Gesetzgebungsleitfaden

Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes

2025

Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD
Bundesamt für Justiz BJ

Impressum

Herausgeber und Copyright
Bundesamt für Justiz, CH-3003 Bern

Kontakt
Bundesamt für Justiz,
Fachbereich Rechtsetzungsprojekte und -methodik, Bundesrain 20, 3003 Bern,
Tel. 058 462 41 37, E-Mail: info@bj.admin.ch

Elektronische Version
www.bj.admin.ch > Staat & Bürger > Legistik > Legistische Hauptinstrumente

5., vollständig überarbeitete und ergänzte Auflage 2025

Vorwort

zur 5., nachgeführten Auflage (2025)

Die vorherige Auflage des Gesetzgebungsleitfadens stammte aus dem Jahr 2019 und bedurfte einer Aktualisierung. Anfang 2024 wurde neben einer Neufassung von Kapitel 14 (Datenschutz) eine erste Serie von Änderungen an verschiedenen Teilen des Leitfadens vorgenommen, insbesondere an den Kapiteln 2 (Gesetz), 12 (Legalitätsprinzip, Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen und Verweisungen) und 17 (Zeitlicher Geltungsbereich). Bis zu dieser fünften Auflage erschienen die geänderten Teile der Auflage von 2019 auf orangefarbenem Hintergrund.

Im Verlaufe des Jahres 2024 wurde der gesamte Leitfaden aktualisiert, mit Ausnahme der Kapitel 6 (Internationales Recht) und 11 (Vereinbarkeit mit internationalem Recht). Diese fünfte Auflage 2025 des Leitfadens ersetzt die Auflage 2019 somit vollständig. Die Entwicklung der Praxis ist in viele Teile eingeflossen. Zudem haben wir darauf geachtet, wenn immer möglich aktuelle Beispiele anzuführen.

Da die elektronische Fassung des Leitfadens zahlreiche Vorteile bietet (Links zu den Rechtstexten, Querverweise, Suchmöglichkeiten usw.) und deutlich häufiger genutzt wird als die gedruckte Fassung, ist diese fünfte Auflage nur elektronisch verfügbar. Die Frage, ob eine gedruckte Fassung sinnvoll wäre, wird zu einem späteren Zeitpunkt geprüft, vor allem gestützt auf die Rückmeldungen der Nutzerinnen und Nutzer.

Ich danke allen Personen, die zur Erarbeitung dieser neuen Auflage beigetragen haben, und hoffe, dass sich der Gesetzgebungsleitfaden in der Praxis bewährt. Hinweise auf allfällige Fehler oder Verbesserungsvorschläge werden gerne entgegengenommen.

Susanne Kuster
Stellvertretende Direktorin
und Leiterin des Direktionsbereichs Öffentliches Recht
Bundesamt für Justiz

Inhaltsverzeichnis

Vorbemerkungen 15

Ziel des Gesetzgebungsleitfadens 15
Aufbau des Gesetzgebungsleitfadens 15

Abkürzungsverzeichnis 16

Teil 1: Rechtsetzungsverfahren, methodisches Vorgehen und Projektmanagement 23

1 Übersicht über das Rechtsetzungsverfahren 23

Massgebliche Akteure 23
Zentrale Aspekte der Rechtsetzungsarbeit 23
Entscheidungsabläufe in der Bundesverwaltung und im Bundesrat 23
Ämterkonsultation und Mitberichtsverfahren 23
Arbeitsschritte 25
Publikation von Erlassen 28
Publikationsorgane 28
Aufbereitung der Texte für die Publikation (KAV-Workflow) 29
Massgebende Rechtsquellen 30
Information und Kommunikation 30
Zuständigkeit 30
Offene Informationspolitik 30
Aktive Information der Öffentlichkeit 30
Passive Information der Öffentlichkeit 31

2 Gesetz 32

Übersicht 32
Grafische Darstellung des Gesetzgebungsverfahrens 33
Auslösung und Planung 34
Konzeptphase, Vernehmlassungsentwurf und erläuternder Bericht 35
Vernehmlassungsverfahren, Botschaft 36
Parlamentarische Beratung, Referendum 37
Umsetzung 38
Auslösung und Planung eines Gesetzgebungsprojekts 39
Auslösung und Auftragserteilung 39
Ein Gesetzgebungsprojekt planen 42
Konzept 48
Vorbereitung der Arbeiten und Informationsbeschaffung 48
Das Problem definieren 51
Die Ziele formulieren 54
Die rechtlichen Rahmenbedingungen ermitteln 56
Geeignete Lösungen suchen 58
Lösungsvarianten bewerten, Auswahl treffen 60
Ein Normkonzept erarbeiten 62

Vernehmlassungsentwurf und erläuternder Bericht 64
Den Vernehmlassungsentwurf redigieren *64*
Die Auswirkungen des Vernehmlassungsentwurfs abschätzen *66*
Den erläuternden Bericht zum Vernehmlassungsentwurf fertig stellen *69*
Vernehmlassungsverfahren 70
Übersicht *70*
Arbeitsschritte und Optionen *71*
Botschaft und Gesetzesentwurf 77
Übersicht *77*
Arbeitsschritte *79*
Spezialfälle *80*
Parlamentarische Phase 82
Übersicht *82*
Arbeitsschritte *84*
Nachparlamentarische Phase 87
Referendum *87*
Erlass von Ausführungsvorschriften, Schaffung der Infrastruktur *88*
Erlasse in Kraft setzen und publizieren *90*
Das Rechtsetzungsprojekt abschliessen *94*
Den Erlass umsetzen *94*
Den Erlass evaluieren *94*

3 Parlamentarische Initiative 95
Übersicht 95
Begriff *95*
Funktion *95*
Rechtsgrundlagen *95*
Information der Öffentlichkeit *95*
Mitwirkung der Bundesverwaltung 95
Verfahren 96
Zwei Phasen *96*
Vorprüfung *96*
Ausarbeitung eines Entwurfs und eines erläuternden Berichts *98*
Vernehmlassung *99*
Definitiver Kommissionsentwurf und -bericht *100*
Stellungnahme des Bundesrats *101*
Parlamentarische und nachparlamentarische Phase *101*

4 Verordnung 102
Übersicht 102
Auslösung und Planung eines Verordnungsprojekts 102
Auslösung und Auftragserteilung *102*
Ein Verordnungsprojekt planen *103*
Konzept 104
Übersicht *104*
Die erforderlichen Informationen erarbeiten *105*
Die rechtlichen Grundlagen überprüfen *105*
Die zuständige Behörde ermitteln *105*

Verordnungsentwurf und erläuternder Bericht 107
Den Verordnungsentwurf redigieren ... *107*
Für eine adäquate Normdichte sorgen ... *107*
Das mutmassliche Datum der Inkraftsetzung der Verordnung frühzeitig bekanntgeben ... *107*
Wirkungsabschätzung ... *108*
Den erläuternden Bericht redigieren ... *108*
Die Übersetzung überprüfen ... *109*
Braucht es vor der Gutheissung der Verordnung noch ein Konsultationsverfahren? ... *109*
Vernehmlassung und Konsultation des Parlaments 109
Braucht es eine Vernehmlassung? ... *109*
Konsultation des Parlaments ... *109*
Die Konsultation des Parlaments nach der Vernehmlassung einplanen ... *110*
Die Ämterkonsultation eröffnen ... *110*
Entscheid über die Eröffnung der Vernehmlassung ... *110*
Die Öffentlichkeit informieren ... *111*
Einen Ergebnisbericht erstellen ... *111*
Schlussfolgerungen aus den Ergebnissen der Vernehmlassung ziehen ... *111*
Den Ergebnisbericht unterbreiten ... *111*
Gutheissung 112
Die Ämterkonsultation eröffnen ... *112*
Das Mitberichtsverfahren eröffnen ... *112*
Formeller Entscheid ... *112*
Aktive und passive Information ... *112*
Umsetzung ... *113*
Retrospektive Evaluation ... *113*

5 Verfassung 114
Auslösung und Arten der Verfassungsrevision 114
Auslösung einer Verfassungsrevision ... *114*
Total- und Teilrevision ... *114*
Besonderheiten der Verfassungsrevision 114
Übersicht ... *114*
Erarbeitung der Abstimmungserläuterungen ... *115*
Referendum und Inkrafttreten ... *115*
Ausführende Gesetzgebung ... *115*
Arbeitsschritte 116
Behördenvorlagen ... *116*
Volksinitiativen ... *116*

6 Internationales Recht 122
Vorbemerkung 122
Begriff des völkerrechtlichen Vertrags 122
Zuständigkeiten 122
Sekundäres Völkerrecht 123
Vernehmlassung 123
Vernehmlassungspflichtige Verträge ... *123*
Nicht vernehmlassungspflichtige Verträge ... *124*

Zeitpunkt der Vernehmlassung *124*
Eröffnung von Verhandlungen und Zusammensetzung der Verhandlungsdelegation 124
Zuständigkeiten *124*
Zusammensetzung der Delegation *125*
Abschluss der Verhandlungen 125
Paraphierung *125*
Einfache Unterzeichnung *125*
Innerstaatliche Genehmigung 126
Genehmigung durch die Bundesversammlung *126*
Ermächtigung des Bundesrats *127*
Vertragsschlusskompetenz des Bundesrats bei Verträgen von beschränkter Tragweite *128*
Delegation der Vertragsschlusskompetenz *128*
Vorgängige Genehmigung eines Vertrags *128*
Jährliche Berichterstattung an die Bundesversammlung *129*
Vorläufige Anwendung von Verträgen *129*
Kompetenz zum Abschluss von rechtlich nicht verbindlichen Instrumenten *130*
Staatsvertragsreferendum 130
Allgemeines *130*
Fakultatives Staatsvertragsreferendum *130*
Unbefristete und unkündbare Verträge *131*
Verträge über den Beitritt zu einer internationalen Organisation *132*
Verträge, die wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthalten oder deren Umsetzung den Erlass von Bundesgesetzen erfordert *133*
Obligatorisches Staatsvertragsreferendum *135*
Organisationen für kollektive Sicherheit *135*
Supranationale Gemeinschaften *136*
Ausserordentliches obligatorisches Referendum *136*
Ratifizierung oder definitive Unterzeichnung 137
Ratifizierung *137*
Definitive Unterzeichnung *137*
Inkrafttreten 137
Umsetzung 137
Zuständigkeiten *137*
Umsetzung durch die Kantone *137*
Umsetzung durch den Bund *138*

Teil 2: Erlassformen und Erlassgestaltung 141

7 Erlassformen 141
Einleitung 141
Rechtssatz 142
Begriff *142*
Unterscheidung Rechtssatz–Verfügung *142*
Unterscheidung zwischen rechtsverbindlicher Verordnung und Verwaltungsverordnung *143*
Einzelne Erlassformen 145
Übersicht *145*

Bundesverfassung *145*
Bundesgesetze und Verordnungen der Bundesversammlung *145*
Bundesbeschluss *147*
Verordnungen des Bundesrates und nachgeordneter Stellen sowie der Gerichte des Bundes *148*
Erlassformen und Referendum 150

8 Erlassgestaltung 151
Festlegung des Inhalts der Erlasse 151
Einleitung *151*
Grundsätze *151*
Formulierung und Gliederung 156
Bedeutung der Gliederung 156
Systematik 157
Gliederungskriterien 158
Übersicht *158*
Gesetzestechnische Gliederungskriterien *158*
Sachliche Gliederungskriterien *158*
Allgemeine Grundsätze bei der Entwicklung einer Gliederung *159*
Der Entscheid über den Aufbau *161*
Übersichtlichkeit in der Bildung von Gliederungseinheiten *161*
Anhänge zu Erlassen 163
Allgemeines *163*
Änderungen *164*
Publikation *165*

Teil 3: Rechtliche Aspekte 167

9 Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen 167
Einleitung 167
Die bundesstaatliche Kompetenzordnung 167
Bundesrechtliche oder kantonalrechtliche Regelung? 168
Subsidiaritätsprinzip *168*
Grundsätze der NFA *169*
Kriterien für die Zuweisung einer Aufgabe *169*
Organisations- und Finanzautonomie der Kantone *170*
Eingriffstiefe *171*
Fiskalische Äquivalenz *171*
Ausführungen in der Botschaft *172*
Typologie der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen 172
Übersicht *172*
Anknüpfungspunkte für die Zuweisung von Bundeskompetenzen *172*
Verhältnis der Bundeskompetenzen zu den kantonalen Kompetenzen *172*
Umfang der Rechtsetzungskompetenzen *173*
Verpflichtung oder Ermächtigung *174*
Kantonaler Spielraum bei bundesrechtlicher Regelung 174
Gestaltungsspielraum im Allgemeinen *174*
Gestaltungsspielraum bei internationalen Angelegenheiten *174*

10 Grundrechte 176
Begriff 176
Die Grundrechte im innerstaatlichen Recht 176
Grundrechtskatalog und rechtsstaatliche Garantien ... 176
Sozialziele ... 177
Die Menschenrechte auf internationaler Ebene 177
Europäische Menschenrechtskonvention ... 177
Andere Menschenrechtsübereinkommen ... 178
Die Rolle der Grundrechte bei der präventiven Kontrolle von Erlassen 179
Grundsatz der präventiven Rechtskontrolle ... 179
Einschränkungen ... 179

11 Vereinbarkeit mit internationalem Recht 183
Übersicht 183
Grundlagen 183
Begriff und Geltungsbereich ... 183
Rechtsquellen ... 183
«Soft law» ... 184
Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht ... 184

12 Legalitätsprinzip, Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen und Verweisungen 189
Legalitätsprinzip 189
Grundsatz ... 189
Ausnahmen ... 190
Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen 191
Grundsätze ... 191
Anforderungen an Delegationsnormen ... 192
Rechtsetzung auf Verordnungsstufe ... 192
Kontrolle über die delegierte Rechtsetzung ... 194
Verweisungen 195
Allgemeines ... 195
Verweisung auf private Normen ... 197
Verweisungen auf internationales Recht und europäisches Recht insbesondere ... 200
Grundsätze für die Rechtsetzung ... 203

13 Verfahrensbestimmungen in Erlassen 205
Einleitung 205
Braucht es in einer Spezialgesetzgebung Verfahrensbestimmungen? 205
Keine Schaffung neuer Gerichte im Bund 206
Möglichkeit zur Anrufung von zwei Rechtsmittelinstanzen 206
Grundsatz ... 206
Besondere Fälle ... 207

Ausschluss der Beschwerde an das Bundesgericht 209
Unmittelbare Vorinstanzen des Bundesgerichts 210
Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht gegen kantonale Entscheide 211
Parteistellung, Beschwerderecht 211
Definition der Anfechtungsobjekte (Verfügung; Vor-, Zwischen-, Teil- und Endentscheid) 212
Beschwerdegründe 212
Rechtsmittelfristen 213
Aufschiebende Wirkung, vorsorgliche Massnahmen 213
Behandlungsfristen 214
Verfahrenskoordination 215
Formvorschriften im öffentlichen Recht des Bundes 216
Allgemeines ... *216*
Hinweise zur Gestaltung von Formvorschriften ... *216*
Formularpflichten ... *218*

14 Datenschutz 219
Grundlagen 219
Grundrechtlicher Schutz der Personendaten ... *219*
Verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung ... *219*
Tragweite des Datenschutzgesetzes ... *220*
Anforderungen an die Rechtsgrundlagen 222
Normstufe und Normdichte ... *222*
Bearbeitung von Personendaten ... *223*
Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten, Profiling, oder andere schwerwiegende Eingriffe in die Grundrechte der betroffenen Person ... *223*
Bekanntgabe als besondere Form der Bearbeitung ... *225*
Durchführung der Risikovorprüfung und der Datenschutz-Folgenabschätzung (DSFA) im Rechtsetzungsverfahren ... *228*

Teil 4: Vielfalt der Handlungsformen 231

15 Staatliche Handlungsinstrumente 231
Einleitung 231
Verhaltensvorschriften 231
Bewilligungs- und Meldepflichten 231
Bewilligungspflichten ... *231*
Meldepflichten ... *232*
Finanzielle Bestimmungen 233
Öffentlich-rechtliche Abgaben ... *233*
Subventionen ... *241*
Strafbestimmungen 244
Einleitung ... *244*
Geltung der allgemeinen Bestimmungen des StGB und des VStrR ... *245*
Notwendigkeit besonderer Strafbestimmungen ... *246*
Gesetzliche Grundlage ... *247*
Formulierung von Strafbestimmungen ... *248*

Administrative Zwangsmittel 251
Exekutorische Zwangsmittel *252*
Repressive Zwangsmittel *252*
Haftpflichtbestimmungen 254
Grundsatz *254*
Haftung des Bundes *254*
Haftung nach Obligationenrecht *254*
Berufshaftpflichtversicherung *255*
Planung 255
Übersicht *255*
Gesamtplanung *255*
Raumplan *257*
Weitere Instrumente 257
Information und Überzeugung *257*
Partnerschaftliche Instrumente *260*
Gewerbliche Nebentätigkeiten von Verwaltungseinheiten und öffentlich-rechtlichen Unternehmungen *268*
Mediation und Schlichtung *269*
Statistik 270

16 Ausserparlamentarische Kommissionen 273
Allgemeines 273
Behördenkommissionen 273
Verwaltungskommissionen 274

Teil 5: Inkraftsetzung, Umsetzung und Evaluation 275

17 Zeitlicher Geltungsbereich 275
Inkrafttreten 275
Grundlagen *275*
Zuständiges Organ *276*
Zeitpunkt des Inkrafttretens *277*
Ausserkrafttreten und Suspendierung 282
Ausserkrafttreten *282*
Suspendierung *284*
Intertemporales Recht 285
Grundsätze *285*
Rückwirkung *285*
Vorwirkung *286*
Rechtsänderungen während des Verfahrens *287*
Spezielle Kollisionsregeln *287*
Materielle Übergangsordnung *289*
Befristung von Erlassen und Versuchsregelungen 290
Befristung *290*
Versuchsregelungen in Pilotprojekten *290*

18 Umsetzung von Erlassen des Bundes 295
Allgemeines 295
Übersicht *295*
Verfassungsgrundlage *296*

Zuteilung der Umsetzungskompetenz 297
Träger der Umsetzung ... *297*
Umsetzung durch die Kantone ... *297*
Umsetzung durch den Bund ... *302*
Gemeinsame Umsetzung durch den Bund und die Kantone ... *306*
Verträge als Umsetzungsmittel ... *307*
Aufsicht 309
Oberaufsicht ... *309*
Bundesaufsicht ... *310*
Aufsichtsmittel ... *311*
Aufgaben des Bundes bei der Umsetzung 314

19 Amtshilfe 316
Gegenstand 316
Abgrenzung 316
Allgemeine Bemerkungen 316
Grenzen der Amtshilfe 316
Regelung der Amtshilfe 316
Regelung der internationalen Amtshilfe 317

20 Evaluation staatlicher Massnahmen 319
Übersicht 319
Begriff ... *319*
Funktionen ... *319*
Wer führt Evaluationen durch? ... *319*
Unterstützung ... *319*
Massgebende Rechtsquellen und Vorgaben ... *319*
Allgemeine Pflichten zur Beobachtung von Umsetzung und Wirkungen von Bundesmassnahmen 320
Spezifische rechtliche Vorkehren zur Beobachtung und zur Evaluation 321
Übersicht ... *321*
Berichtspflichten ... *321*
Evaluationsklauseln ... *322*
Versuchsregelungen ... *322*
Informationsinstrumente 322
Übersicht ... *322*
Politikfeldbeobachtung ... *322*
Monitoring (Beobachtung), Statistik ... *322*
Controlling ... *323*
Retrospektive Evaluationen ... *324*
Quervergleich der Informationsinstrumente ... *325*
Informationsbeschaffung 326
Allgemeines ... *326*
Rechtsvergleichende Studien ... *326*
Aufbau von Controlling- oder Monitoring Systemen ... *327*
Finanzieller und zeitlicher Aufwand 327
Arbeitsschritte und Optionen 328
Ausgangslage ... *328*
Ein Konzept zur Wirksamkeitsüberprüfung entwickeln ... *328*

Die laufende Datenerhebung und das Controlling der Umsetzung des Erlasses sicherstellen 328
Bei Bedarf eine Evaluation des Erlasses in Auftrag geben bzw. durchführen 329
Controlling- und Evaluationsresultate nutzen und umsetzen....329
Ergebnis 329

Literaturverzeichnis 330

Stichwortverzeichnis 340

Vorbemerkungen

Ziel des Gesetzgebungsleitfadens

Der Gesetzgebungsleitfaden stellt aus der Perspektive der in der Bundesverwaltung an Rechtsetzungsprojekten beteiligten Personen die Arbeitsschritte und Etappen des Rechtsetzungsprozesses dar. Er soll den mit Rechtsetzungsaufgaben beauftragten Mitarbeitenden der Bundesverwaltung mit oder ohne juristische Ausbildung im Rechtsetzungsprozess Schritt für Schritt Hilfe bieten. Zudem greift er verschiedene inhaltliche Fragen auf, die sich regelmässig beim Erlass von Normen stellen. 1

Der Gesetzgebungsleitfaden bietet eine methodische Unterstützung und soll die Legistinnen und Legisten in die Lage versetzen: 2

- die knappe Zeit richtig einzusetzen, um die wichtigsten Etappenziele zeitgerecht zu erreichen;
- sachlich und politisch möglichst tragfähige Entscheide vorzubereiten bzw. zu treffen.

Aufbau des Gesetzgebungsleitfadens

Der Gesetzgebungsleitfaden ist in fünf Teile gegliedert. Im ersten Teil werden die Rechtsetzungsverfahren für die verschiedenen Normstufen in ihrem chronologischen Ablauf beschrieben. An erster Stelle und am ausführlichsten wird der Erlass von Normen auf der Stufe Bundesgesetz dargelegt. In den nachfolgenden Kapiteln zu den übrigen Normstufen kann teilweise auf dieses Kapitel verwiesen werden. Im Vordergrund stehen in diesem Teil Fragen des methodischen Vorgehens und des Projektmanagements. 3

Gegenstand des zweiten Teils sind die Erlassformen und die Erlassgestaltung. Der dritte Teil ist verschiedenen rechtlichen Aspekten gewidmet, die für die Rechtsetzung von besonderer Tragweite sind oder die häufig zu Fragen Anlass geben. Im vierten Teil wird eine Auswahl staatlicher Handlungsinstrumente vorgestellt. Der fünfte Teil behandelt die Inkraftsetzung, die Umsetzung und die Evaluation von Erlassen. 4

Den Schluss bildet eine Auswahl an thematisch geordneten Literaturhinweisen. Zudem finden sich auf den Webseiten des Bundesamts für Justiz Hinweise auf weitere Hilfsmittel (www.bj.admin.ch > Staat & Bürger > Legistik). 5

Technischer Hinweis

- In der PDF-Version dieses Leitfadens sind zahlreiche Hinweise auf Fundstellen im Internet verlinkt. Gewisse Hinweise können allerdings nur im Intranet der Bundesverwaltung abgerufen werden.

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Ort
AB	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung
Abs.	Absatz
Abt.	Abteilung
aBV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, aufgehoben, AS 1999 2555
aDSG	Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz
AHV	Alters- und Hinterbliebenenversicherung
AIG	Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz), SR 142.20
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (juristische Zeitschrift)
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
Aufl.	Auflage
Ausserparl.	Ausserparlamentarische [Kommissionen]
BAG	Bundesamt für Gesundheit
BankG	Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz), SR 952.0
BB	Bundesbeschluss
BBl	Bundesblatt
BBL	Bundesamt für Bauten und Logistik
Bd.	Band
BFS	Bundesamt für Statistik
BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts
BGG	Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz), SR 173.110
BGMK	Bundesgesetz vom 22. Dezember 1999 über die Mitwirkung der Kantone an der Aussenpolitik des Bundes, SR 138.1
BGÖ	Bundesgesetz vom 17. Dezember 2004 über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz), SR 152.3
BJ	Bundesamt für Justiz
BK	Bundeskanzlei
BPR	Bundesgesetz vom 17. Dezember 1976 über die politischen Rechte, SR 161.1
BR	Bundesrat
BRB	Bundesratsbeschluss

BS	Bereinigte Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen (1948)
Bst.	Buchstabe
BstatG	Bundesstatistikgesetz vom 9. Oktober 1992, SR 431.01
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
BVG	Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, SR 831.40
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CE	Conformité Européenne [Europäisches Warensiegel]
DBG	Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer, SR 642.11
d.h.	das heisst
dgl.	Dergleichen
DSFA	Datenschutz-Folgenabschätzung
DSG	Bundesgesetz vom 25. September 2020 über den Datenschutz, SR 235.1
DSV	Verordnung vom 31. August 2022 über den Datenschutz, SR 235.11
E.	Erwägung
EDA	Eidgenössiches Departement für auswärtige Angelegenheiten
EFD	Eidgenössisches Finanzdepartement
EFTA	European Free Trade Association [Europäische Freihandelszone]
EG	Europäische Gemeinschaft
Eidg.	Eidgenössisch
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, SR 0.101 (Europäische Menschenrechtskonvention)
EnG	Energiegesetz vom 30. September 2016, SR 730.0
etc.	et cetera (lat.: und so weiter)
ETH	Eidgenössische Technische Hochschule
EU	Europäische Union
evtl.	eventuell
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
f. oder ff.	folgende [Seite/Seiten]
FHG	Bundesgesetz vom 7. Oktober 2005 über den eidgenössischen Finanzhaushalt (Finanzhaushaltgesetz), SR 611.0

FK	Finanzkommission
GPK	Geschäftsprüfungskommission
GRN	Geschäftsreglement des Nationalrates vom 3. Oktober 2003, SR 171.13
GRS	Geschäftsreglement des Ständerates vom 20. Juni 2003, SR 171.14
GSchG	Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer (Gewässerschutzgesetz), SR 814.20
GTR	Gesetzestechnische Richtlinien
Hrsg.	Herausgeber
i. e. S.	im engeren Sinne
IGH	Internationaler Gerichtshof
inkl.	inklusive
insb.	insbesondere
IRSG	Bundesgesetz vom 20. März 1981 über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Rechtshilfegesetz), SR 351.1
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht, SR 291
IV	Invalidenversicherung
i.V.m.	in Verbindung mit
JStG	Bundesgesetz vom 20. Juni 2003 über das Jugendstrafrecht (Jugendstrafgesetz), SR 311.1)
KAV	Kompetenzzentrum Amtliche Veröffentlichungen der Bundeskanzlei
KG	Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz), SR 251
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
LeGes	Gesetzgebung heute [ab 2000: Gesetzgebung & Evaluation]
LFG	Bundesgesetz vom 21. Dezember 1948 über die Luftfahrt (Luftfahrtgesetz), SR 748.0
LMG	Bundesgesetz vom 9. Oktober 1992 über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (Lebensmittelgesetz), SR 817.0
LSV	Lärmschutzverordnung vom 15. Dezember 1986, SR 814.41
LwG	Bundesgesetz vom 29. April 1998 über die Landwirtschaft (Landwirtschaftsgesetz), SR 910.1
m.a.W.	mit anderen Worten
m.w.H	mit weiteren Hinweisen

N	Nationalrat
NF	Nachfolgend
NFA	Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenverteilung
Nr.	Nummer
o. dgl.	oder dergleichen
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), SR 220
ParlG	Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz), SR 171.10
ParlVV	Verordnung der Bundesversammlung zum Parlamentsgesetz und über die Parlamentsverwaltung (Parlamentsverwaltungsverordnung), SR 171.115
PC	Personal Computer
PD	Parlamentsdienste
PL	Projektleitung
PublG	Bundesgesetz vom 18. Juni 2004 über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsgesetz), SR 170.512
PublV	Verordnung vom 17. November 2004 über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsverordnung), SR 170.512.1
PVK	Parlamentarische Verwaltungskontrolle
RPG	Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz), SR 700
RTVG	Bundesgesetz vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen, SR 784.40
RTVV	Radio- und Fernsehverordnung vom 9. März 2007, SR 784.401
RVOG	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997, SR 172.010
RVOV	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998, SR 172.010.1
Rz.	Randziffer
S	Ständerat
S.	Seite
s.	siehe
SBB	Schweizerische Bundesbahnen
SBBG	Bundesgesetz vom 20. März 1998 über die Schweizerischen Bundesbahnen, SR 742.31

SchlT	Schlusstitel
SECO	Staatssekretariat für Wirtschaft
SIA	Schweizerischer Ingenieur- und Architektenverein
s.o.	siehe oben
sog.	so genannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007
SuG	Bundesgesetz vom 5. Oktober 1990 über die Finanzhilfen und Abgeltungen (Subventionsgesetz), SR 616.1
SUVA	Schweizerische Unfallversicherungsanstalt
SVG	Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958, SR 741.01
u.a.	unter anderem
u.a.m.	und anderes mehr
UNO	Organisation der Vereinten Nationen
URG	Bundesgesetz vom 9. Oktober 1992 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz), SR 231.1
USG	Bundesgesetz vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz), SR 814.01
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
UVEK	Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation
UWG	Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb, SR 241
VBS	Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport
VG	Bundesgesetz vom 14. März 1958 über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz), SR 170.32

VGG	Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz), SR 173.32
VGV	Verordnung vom 5. Juli 2000 über Getränkeverpackungen, SR 814.621
VIG	Bundesgesetz vom 18. März 2005 über das Vernehmlassungsverfahren (Vernehmlassungsgesetz), SR 172.061
VIV	Verordnung vom 17. August 2005 über das Vernehmlassungsverfahren (Vernehmlassungsverordnung), SR 172.061.1
VO	Verordnung
Vol.	Volume [frz.: Band]
VPB	Verwaltungspraxis des Bundes
vs.	versus
VStrR	Bundesgesetz vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht, SR 313.0
VwVG	Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz), SR 172.021
WBF	Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung
z.B.	zum Beispiel
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
Ziff.	Ziffer
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008, SR 272
ZSD	Zentraler Sprachdienst
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
z.T.	zum Teil

Teil 1: Rechtsetzungsverfahren, methodisches Vorgehen und Projektmanagement

1 Übersicht über das Rechtsetzungsverfahren

Massgebliche Akteure

Das Rechtsetzungsverfahren beim Bund muss den parlamentarischen, direktdemokratischen, föderalistischen und rechtsstaatlichen Strukturen der Schweiz entsprechen. 6

Das Rechtsetzungsverfahren beim Bund, insbesondere die Verfassungs- und die Gesetzgebung, zeichnet sich deshalb durch einen breiten, sehr systematischen und transparenten Einbezug verschiedener Akteure aus: Volk, Parlament, Bundesrat, Bundesverwaltung, Kantone, Parteien, Verbände u.v.a.m. 7

Zwei Gruppen von Akteuren sind vergleichsweise stark am Rechtsetzungsprozess beteiligt, nämlich die Kantone (Art. 45 f. BV) und die Zivilgesellschaft, letztere in Form der politischen Parteien und der interessierten Kreise (147 BV). 8

Das Kollegialprinzip in der Regierung zeigt sich in der Gleichstellung der Ämter und Departemente im Rahmen des Ämterkonsultations- bzw. des Mitberichtsverfahrens. 9

Zentrale Aspekte der Rechtsetzungsarbeit

Jedes Rechtsetzungsverfahren zeichnet sich durch vier zentrale Aspekte aus, nämlich: 10

- das Projektmanagement (Projektauftrag, Projektplanung usw.);
- den institutionellen Ablauf (Gesetzgebungsverfahren: Auslösung, Entwurf und erläuternder Bericht, Vernehmlassungsverfahren, Botschaft usw.);
- den Problemlösungszyklus bzw. Regulierungsfolgenabschätzungs-Prozess (als Hilfe für komplexe Probleme: Problemdefinition, Zielbestimmung, Lösungssuche usw.); und
- das normative Gestalten (Redaktion von Normkonzept und Erlass).

Entscheidungsabläufe in der Bundesverwaltung und im Bundesrat

Ämterkonsultation und Mitberichtsverfahren

Begriffe

Rechtsetzungsvorhaben, über die der Bundesrat entscheidet oder die er dem Parlament beantragt, sind ihm von der Verwaltung zur Beschlussfassung zu unterbreiten. Diese Anträge durchlaufen vorgängig ein Ämterkonsultations- und anschliessend ein Mitberichtsverfahren. 11

12 Bei der Ämterkonsultation stellt das Fachamt den Entwurf eines Antrags an den Bundesrat den mitinteressierten Dienststellen (Bundesämter, Generalsekretariate anderer Departemente, Bundeskanzlei) zur Stellungnahme zu. Es berücksichtigt deren Stellungnahmen, soweit ihm dies sinnvoll erscheint und leitet den Antrag dem Departement zur Unterschrift zu. Dabei weist es auf allfällige nicht bereinigte Differenzen hin.

13 Beim Mitberichtsverfahren wird der vom Departement unterzeichnete Antrag an den Bundesrat den anderen Departementen und der Bundeskanzlei zur Stellungnahme (zum «Mitbericht») zugeleitet. Der Bundesrat berücksichtigt die Stellungnahmen der Departemente und der Bundeskanzlei bei seiner Entscheidfindung.

Funktion

14 Die Ämterkonsultation und das Mitberichtsverfahren dienen der Vorbereitung des Bundesratsbeschlusses. Sie haben namentlich die folgenden Funktionen:

- Sachgerechte Vorbereitung der Entscheide des Bundesrats als Kollegialbehörde;
- Einbezug des Sachverstands der verschiedenen Dienststellen;
- Bereinigung von Differenzen zwischen den Departementen, damit sich der Bundesrat auf grundsätzliche Aspekte konzentrieren kann.

15 Mit dem Ämterkonsultations- und dem Mitberichtsverfahren soll bei Beschlüssen des Bundesrats das Kollegial- mit dem Departementalprinzip in Übereinstimmung gebracht werden (s. Art. 177 BV). Die Verfahren dienen mit anderen Worten der Koordination von Regierungs- und der Verwaltungstätigkeit.

Beispiele, was Gegenstand eines Bundesratsbeschlusses sein kann

- Eröffnung eines Vernehmlassungsverfahrens;
- Festlegung des weiteren Vorgehens nach Kenntnisnahme des Vernehmlassungsberichts;
- Auftrag zur Ausarbeitung einer Vorlage (Gesetzesentwurf und Botschaft);
- Verabschiedung eines Gesetzesentwurfs und der dazugehörigen Botschaft;
- Festlegung des Inkrafttretens eines Gesetzes.

Massgebende Rechtsquellen

16 Insbesondere die folgenden Rechtsquellen und Vorgaben sind für Ämterkonsultationen und Mitberichtsverfahren massgebend:

- Artikel 177 BV (SR 101);
- Artikel 14–15 Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG, SR 172.010);
- Artikel 3–5 Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung (RVOV, SR 172.010.1).

Für die Vorbereitung und Erledigung der Bundesratsgeschäfte sind die von der Bundeskanzlei veröffentlichten Richtlinien für Bundesratsgeschäfte (sog. «Roter Ordner», nur über Intranet Bundesverwaltung zugänglich) massgebend. Diese enthalten wertvolle Hinweise und vor allem verbindliche Muster für Anträge und Beschlussdispositive, die bei Bundesratsgeschäften zu berücksichtigen sind. 17

Arbeitsschritte

Eröffnung der Ämterkonsultation

Die Ämterkonsultation ermöglicht dem zuständigen Amt, Anliegen und Einwände anderer Stellen der Bundesverwaltung aufzunehmen und allfällige Differenzen nach Möglichkeit zu bereinigen. Das Amt stellt hierzu den Entwurf des Antrags an den Bundesrat mit den Beilagen (z.B. Vernehmlassungsunterlagen, Botschaft und Gesetzesentwurf sowie Beschlussdispositiv) allen Verwaltungsstellen zu, die vom Geschäft betroffen sind bzw. an ihm ein Interesse haben. Normtexte sind bereits in deutsch und französisch vorzulegen. 18

Die Bundeskanzlei führt eine spezielle Webseite über die Ämterkonsultation (intranet.bk.admin.ch > Koordination Bund > Richtlinien für Bundesratsgeschäfte > Geschäftsprozesse > Ämterkonsultation; nur über Intranet Bundesverwaltung zugänglich). Diese enthält unter der Rubrik «Weiterführende Informationen» eine «Adressatenliste Ämterkonsultation», d. h. ein Verzeichnis der E-Mail-Adressen der Dienststellen, welche in eine Ämterkonsultation einbezogen werden können. Unter der Rubrik «Konsultation» wird beschrieben, welche Stelle in welchen Fällen einbezogen werden muss. Angegeben wird ferner, welche Dienststellen immer konsultiert werden müssen und bei welchen Querschnittsfragen bestimmte weitere Dienststellen zu konsultieren sind. 19

Nicht zur Bundesverwaltung gehören die verselbständigten Betriebe (z.B. RUAG, SUVA, SBB, Post, Swisscom); diese werden im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens begrüsst. 20

In seltenen Fällen werden das Bundesgericht oder eine andere richterliche Behörde des Bundes ausnahmsweise als zusätzliche Adressaten in die Ämterkonsultation einbezogen. S. *Rz.211, 249* ff. 21

Eine sorgfältige Prüfung durch die mitinteressierten Ämter setzt voraus, dass ihnen eine angemessene Frist für die Stellungnahme zur Verfügung steht. Die Frist beträgt grundsätzlich drei Wochen. Bei kleinen, voraussichtlich unproblematischen Geschäften und bei Geschäften mit Routinecharakter sind kürzere Fristen zulässig, sollten aber eine Woche nicht unterschreiten. 22

23 Entwürfe von Verfassungsbestimmungen, Gesetzen und wichtigen Verordnungen (namentlich solche, zu denen eine Vernehmlassung durchgeführt wird) müssen der verwaltungsinternen Redaktionskommission in jeder Ämterkonsultation, also auch schon vor der Eröffnung der Vernehmlassung, in deutscher und in französischer Sprache vorgelegt werden, damit diese in beiden Sprachen eine parallele Überprüfung (Koredaktion) durchführen kann.

Überarbeitung des Antrags an den Bundesrat sowie der Beilagen

24 Das zuständige Amt überarbeitet den Antrag sowie die Beilagen, wenn sich im Ämterkonsultationsverfahren Hinweise auf Fehler, Lücken oder eine mangelnde politische Akzeptanz ergeben. Verbleibende Differenzen zwischen den Ämtern sind dem Bundesrat im Antrag transparent aufzuzeigen.

25 Dabei kann es nützlich sein, dass das zuständige Amt wichtige andere Ämter vorgängig über das weitere Vorgehen informiert. Divergenzen werden nach Möglichkeit bereinigt, bevor das Geschäft dem zuständigen Departement zur Unterzeichnung des Antrags an den Bundesrat zugeleitet wird.

26 Werden aufgrund der Stellungnahmen eines Amtes weitreichende Änderungen am Antrag und den Beilagen (Erlassentwurf) vorgenommen, ist gegebenenfalls eine zweite Ämterkonsultation durchzuführen.

27 Im Ergebnis liegen nun der Entwurf des Antrags an den Bundesrat und die dazugehörigen Beilagen in einer mit den betroffenen Ämtern (möglichst weitgehend) abgestimmten Form vor.

Eröffnung des Mitberichtsverfahrens

28 Das Mitberichtsverfahren ermöglicht es dem zuständigen Departement bzw. der Bundeskanzlei, Anliegen sowie Einwände anderer Departemente aufzunehmen und nach Möglichkeit Differenzen vor der Sitzung des Bundesrates zu bereinigen.

Ablauf des Mitberichtsverfahrens *29*

Wer	Was
Antrag	
Das zuständige Amt	leitet den Antrag mit den dazugehörigen Unterlagen dem/der Departementsvorsteher/in zur Unterschrift zu.
Das federführende Departement	eröffnet das Verfahren mit der Unterzeichnung des Antrags und leitet den Antrag an die Bundeskanzlei weiter.
Die Bundeskanzlei	prüft die Unterlagen (nochmals) auf ihre Vollständigkeit und formelle Richtigkeit hin (Übereinstimmung mit den Richtlinien für Bundesratsgeschäfte). Sie stellt sie anschliessend den übrigen Departementen zum Mitbericht zu.
Mitbericht	
Die übrigen Departemente	können sich vor der Bundesratssitzung in Form eines begründeten Mitberichts zum Antrag äussern.
Die Bundeskanzlei	stellt dem Antrag stellenden Departement und den übrigen Departementen allfällige Mitberichte zu.
Stellungnahme	
Das federführende Departement	kann mit einer Stellungnahme zum Mitbericht auf die eingegangenen Mitberichte reagieren: Es kann am Antrag festhalten, den im Mitbericht gestellten Anträgen zustimmen oder aber einen modifizierten Antrag stellen, welcher diese Anträge berücksichtigt.
Departemente, die mit dem ursprünglichen Antrag einverstanden sind	können sich ebenfalls mit einer Stellungnahme zum Mitbericht eines anderen Departements äussern.
Die Bundeskanzlei	stellt die Stellungnahmen den übrigen Departementen zu.
Vernehmlassung zur Stellungnahme	
Die übrigen Departemente	können sich durch eine Vernehmlassung zur Stellungnahme noch einmal äussern. Sie können dabei an ihrer bisherigen Auffassung festhalten oder sich dem modifizierten Antrag anschliessen.

Für die Stellungnahmen im Mitberichtsverfahren ist den Departementen eine Frist von mindestens 6 Tagen einzuräumen. Die knappe Frist bis zum Entscheid des Bundesrats erfordert eine möglichst umgehende Reaktion auf Anträge oder Mitberichte. *30*

Weniger wichtige rechtliche oder rechtspolitische Einwände sollten zur Entlastung des Gesamtbundesrats wenn möglich vor der Einreichung eines Mitberichtes mit dem Antrag stellenden Departement bzw. dem zuständigen Bundesamt bereinigt werden. Das Ergebnis ist mit einem Korrigendum des Antrag stellenden Departements in das Mitberichtsverfahren einzubringen. *31*

Publikation von Erlassen

Publikationsorgane

32 Die Erlasse, die Referendumsvorlagen sowie die bundesrätlichen Botschaften werden in den offiziellen Publikationsorganen des Bundes publiziert:

- *Amtliche Sammlung des Bundesrechts* (Amtliche Sammlung, AS): Hier werden insbesondere die Bundesverfassung, die Bundesgesetze und die Verordnungen publiziert (s. Art. 2 Publikationsgesetz, PublG; SR 170.512). Rechtspflichten entstehen erst mit der Veröffentlichung in der AS (Art. 8 Abs. 1 PublG).
- *Systematische Sammlung des Bundesrechts* (Systematische Sammlung, SR): Die SR ist eine bereinigte und nach Sachgebieten geordnete Sammlung derin der AS veröffentlichten Texte, die noch gelten, mit Ausnahme der nicht rechtsetzenden Bundesbeschlüsse über die genehmigung von völkerrechtlichen Verträgen oder von Beschlüssen des internationalen Rechts, sowie der Kantonsverfassungen. Sie wird laufend nachgeführt (Art. 11 PublG).
- *Bundesblatt* (BBl): Hier werden insbesondere die Botschaften und Entwürfe des Bundesrates und der Kommissionen zu Erlassen der Bundesversammlung sowie die neu verabschiedeten Bundesgesetze (jeweils mit dem Hinweis auf die Referendumsfrist versehen) veröffentlicht (Art. 13 PublG).

33 Die Veröffentlichung erfolgt grundsätzlich über die allgemein zugängliche Online-Plattform. Für Erlasse des Bundes ist die Fassung dieser Publikationsplattform massgebend (Art. 15 Abs. 2 PublG), und nicht mehr – wie bis anhin – die Papierausgabe der AS.

34 Die Sektion Recht der Bundeskanzlei ist die zuständige Fachstelle für publikationsrechtliche Fragen, das Kompetenzzentrum Amtliche Veröffentlichungen (KAV) der Bundeskanzlei die Fachstelle für publikationstechnische Fragen. Beide Stellen sind zu konsultieren, sobald die Inkraftsetzung eines Erlasses absehbar ist.

35 Mit der Publikation des Bundesrechts können die Erlasse des Bundes, die völkerrechtlichen Verträge und die Beschlüsse des internationalen Rechts sowie die Verträge zwischen Bund und Kantonen Rechtswirkung entfalten.

36 Auf die Veröffentlichung eines Textes in der AS und in der SR kann verzichtet und stattdessen ein Verweis mit Angabe der Fundstelle oder der Bezugsquelle publiziert werden, wenn es sich um eine Veröffentlichung besonderen Charakters handelt. Dies ist der Fall, wenn der Erlass:

- nur einen kleinen Kreis von Personen betrifft;
- technischer Natur ist und sich nur an Fachleute wendet; oder
- in einem Format veröffentlicht werden muss, das sich für die Veröffentlichung in der AS nicht eignet.

Zudem kann ein Bundesgesetz oder eine Verordnung der Bundesversammlung die Veröffentlichung ausserhalb der AS anordnen. Texte, die in einem anderen in der Schweiz unentgeltlich zugänglichen Publikationsorgan veröffentlicht sind, werden nur mit dem Titel sowie der Fundstelle in diesem Organ oder der Bezugsquelle in

die AS aufgenommen (Art. 5 Abs. 2 PublG). Rechtsakte der EU, welche im Amtsblatt der EU (ABl.) publiziert und über die Internetseite EUR-Lex abrufbar sind, werden deshalb in der Regel nicht erneut publiziert, sondern nur mit Verweis auf deren Titel und Fundstelle angegeben.

37 Erlasse, völkerrechtliche Verträge und Beschlüsse des internationalen Rechts, die zur Wahrung der inneren oder äusseren Sicherheit oder aufgrund völkerrechtlicher Verpflichtungen der Schweiz geheim gehalten werden müssen, werden in der AS nicht veröffentlicht (Art. 6 Abs. 1 PublG).

Aufbereitung der Texte für die Publikation (KAV-Workflow)

38 Zuständig für die publikationstechnische Kontrolle sowie die Publikation von Texten, die in der Amtlichen Sammlung, der Systematischen Sammlung und im Bundesblatt veröffentlicht werden, ist das Kompetenzzentrum Amtliche Veröffentlichungen der Bundeskanzlei (KAV). Für den Inhalt und die Planung der Projekte sind indessen die Fachämter zuständig.

39 Die Aufbereitung und die Bearbeitung der Texte haben im Workflow des KAV zu erfolgen (s. www.intranet.bk.admin.ch> Koordination Bund > KAV-Workflow). Dieser Workflow erlaubt den elektronischen Zugriff auf die Dokumente durch die verschiedenen involvierten Stellen (Fachämter, KAV, Zentrale Sprachdienste der Bundeskanzlei etc.). Er stellt gleichzeitig sicher, dass stets auf der richtigen, aktuellsten Fassung gearbeitet wird. Der Workflow stellt zudem ein Planungsinstrument dar, das die zu beachtenden Fristen transparent macht. Es empfiehlt sich, die elektronischen Dokumente von Anfang an auf den Vorlagen des KAV-Workflows zu erstellen. Das Dossier im KAV-System sollte spätestens dann eröffnet werden, wenn die Ämterkonsultation beginnt. Das KAV bietet die nötige Unterstützung für technische Fragen.

40 Nach der Ämterkonsultation und vor dem Mitberichtsverfahren führt das KAV den so genannten "Circuit" durch. Dabei durchläuft der Text hintereinander die Zentralen Sprachdienste und die Sektion Recht der Bundeskanzlei und wird dabei einer letzten Prüfung auf sprachliche und formell-rechtliche Richtigkeit unterzogen. Die Änderungen, die die Bundeskanzlei dabei anbringt, gelangen anschliessend zum federführenden Amt, das sie überprüft und den Text finalisiert. Es ist darauf zu achten, dass die dem Bundesrat oder einem anderen erlassenden Organ vorgelegten Texte dem Ergebnis des Circuits entsprechen.

Massgebende Rechtsquellen

41
- Artikel 195 BV (SR 101);
- Publikationsgesetz (PublG; SR 170.512);
- Publikationsverordnung (PublV; SR 170.512.1);
- Artikel 58 des Parlamentsgesetzes (ParlG, SR 171.10) und Artikel 6–8 der Verordnung der Bundesversammlung über die Redaktionskommission (SR 171.105) (Berichtigung von Erlassen der Bundesversammlung).

Information und Kommunikation

Zuständigkeit

42 Der Departementsvorsteher oder die Departementsvorsteherin trifft in Absprache mit der Bundeskanzlei die geeigneten Vorkehren für die Information über die Tätigkeit des Departements und bestimmt, wer für die Information verantwortlich ist (Art. 40 RVOG). Die Vorbereitung der Information der Öffentlichkeit obliegt in der Regel den Ämtern.

Offene Informationspolitik

43 Eine offene Informationspolitik ist ein notwendiges Element der Meinungsbildung. Sie schafft Transparenz und Vertrauen. Öffentlichkeitsarbeit dient der Informationsvermittlung und prägt wesentlich das Bild von Regierung und Verwaltung in der Öffentlichkeit. Öffentlichkeitsarbeit ist deshalb Daueraufgabe, die das gesamte Rechtsetzungsverfahren begleitet, also bereits das Vorverfahren. Sie darf kein blosses Anhängsel sein, dessen man sich nach getaner Rechtsetzungsarbeit auch noch annimmt.

Aktive Information der Öffentlichkeit

44 Die Projektleitung stellt sicher, dass die Öffentlichkeit zu allen wichtigen Etappen eines grösseren Projekts aktiv informiert wird. Solche Etappen sind insbesondere die Einleitung der Vorarbeiten, die Einsetzung einer Expertenkommission, der Bericht der Expertenkommission, die Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens, die Kenntnisnahme des Vernehmlassungsergebnisses und der Beschluss des Bundesrates über das weitere Vorgehen sowie die Verabschiedung von Botschaft und Gesetzesentwurf. Der aktiven Information dienen namentlich folgende Mittel:

- Medienmitteilung, allenfalls Medienrohstoff; je nach Stand des Rechtsetzungsprojekts werden zudem die entsprechenden Unterlagen abgegeben.
- Medienkonferenz: Informationsveranstaltung, an welcher zusätzlich zur Medienmitteilung ein Geschäft auf einer rein fachlichen Ebene mündlich vorgestellt wird, z.B. durch den Präsidenten oder die Präsidentin der Expertenkommission; die Teilnehmenden der Medienkonferenz stehen zudem zur Beantwortung von Fragen und für Interviews zur Verfügung. Unter Umständen können – beispielsweise für besonders komplexe oder umfangreiche Vorlagen – auch

Hintergrundgespräche mit Medienschaffenden durchgeführt werden. Solche Gespräche können durch die Behörde als «vertraulich bis nach (Bundesrats-) Entscheid» deklariert werden.

- Bundesratsmedienkonferenz: Informationsveranstaltung der Bundeskanzlei im Anschluss an die Bundesratssitzungen, an welcher der zuständige Departementsvorsteher bzw. die zuständige Departementsvorsteherin die Grundzüge des Geschäfts vorstellt und die Vorlage politisch würdigt; weitere mögliche Teilnehmende sind Chefbeamtinnen und Spezialisten der zuständigen Verwaltungseinheit, die fachspezifische Fragen der Medienschaffenden beantworten.
- Internet: spezielle, stets nachgeführte Themenseiten über bedeutsame Rechtsetzungsprojekte ermöglichen es der Öffentlichkeit, sich rasch, einfach und rund um die Uhr einen aktuellen Überblick zu verschaffen und an einem Ort alle einschlägigen Unterlagen zu finden. Internetseiten entlasten die Verwaltung von Anfragen.

Die Projektleitung informiert zudem die von einem Rechtsetzungsprojekt besonders betroffenen Kreise, namentlich die Vollzugsträger (also v.a. die Kantone) kontinuierlich über alle für sie relevanten Sachverhalte und Entwicklungen. *45*

Die aktive Information und die Publikation von Dokumenten ist geeignet, die Zahl der Anfragen gestützt auf das Öffentlichkeitsgesetz (BGÖ; SR 152.3) und den damit verbundenen administrativen Aufwand zu reduzieren. *46*

Passive Information der Öffentlichkeit

Zur Öffentlichkeitsarbeit gehört auch die passive Information aufgrund von formlosen Anfragen (insbesondere von Medienschaffenden) oder von Einsichtsgesuchen nach dem Öffentlichkeitsgesetz (BGÖ; SR 152.3). Grundsätzlich ist der freie Zugang zu amtlichen Dokumenten gewährleistet. *47*

Eine wichtige Ausnahme betrifft die Meinungs- und Willensbildung im Bundesrat. Diese ist vertraulich. Erlassentwürfe, die sich im Stadium des Ämterkonsultationsverfahrens befinden, sind für die Öffentlichkeit nicht zugänglich. Sie sind später öffentlich zugänglich, wenn der Bundesrat das Vernehmlassungsverfahren eröffnet hat oder die Botschaft zu Gesetzesvorlagen bzw. das betreffende Verordnungsrecht verabschiedet hat. Der Bundesrat kann jedoch beschliessen, dass diese Dokumente ausnahmsweise auch nach seinem Beschluss nicht zugänglich gemacht werden. Zu den amtlichen Dokumenten des Mitberichtsverfahrens besteht kein Recht auf Zugang (Art. 8 Abs. 1–3 BGÖ). *48*

Weitere Informationen zur Behandlung von Einsichtsgesuchen nach Öffentlichkeitsgesetz finden sich auf der Webseite des Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (www.edoeb.admin.ch> Öffentlichkeitsprinzip > Zugang zu amtlichen Dokumenten). *49*

2 Gesetz

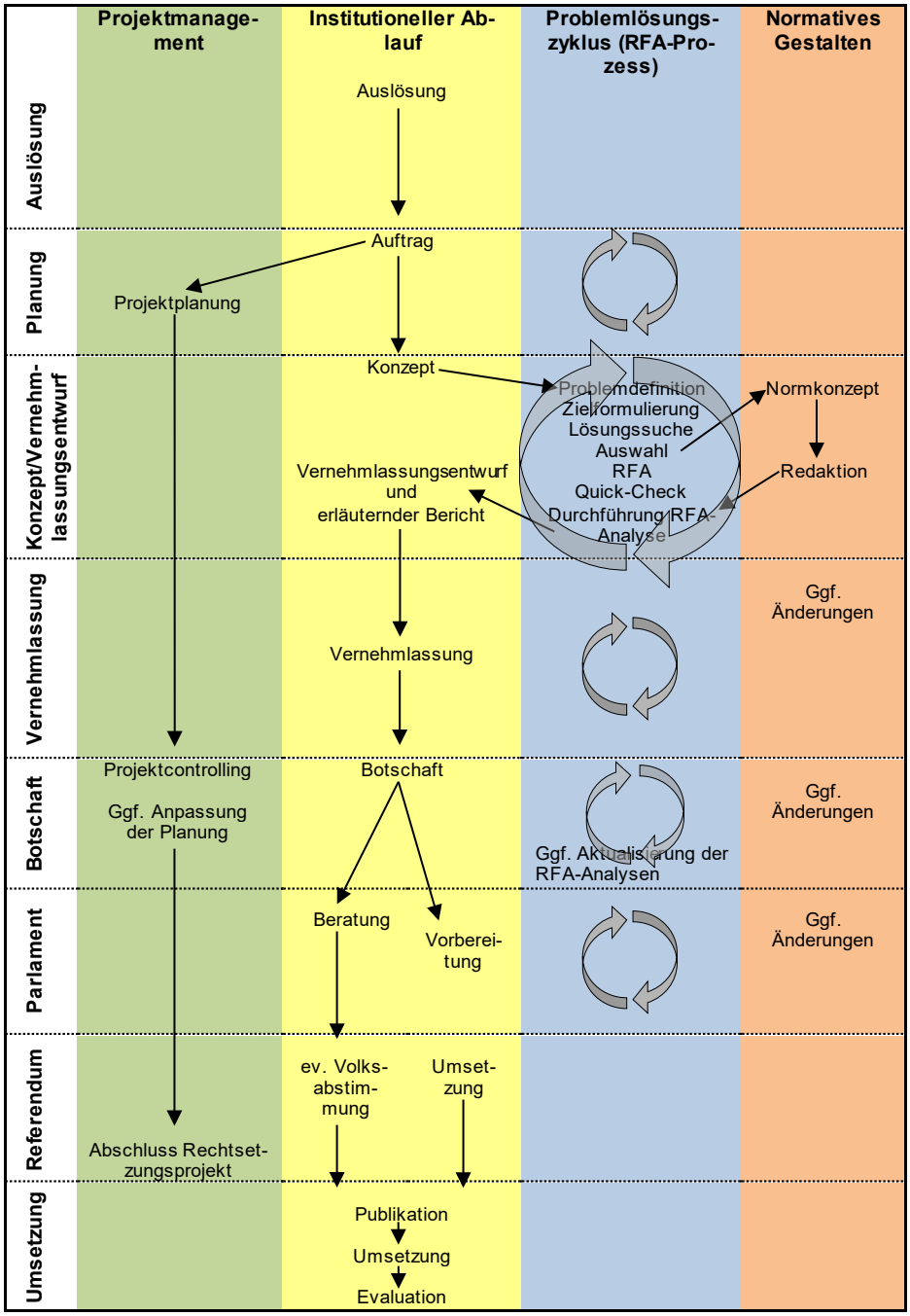
Übersicht

50 Das vorliegende Kapitel beschreibt das Gesetzgebungsverfahren in seinem chronologischen Ablauf, von der Auslösung des Gesetzgebungsprojekts bis zur nachparlamentarischen Phase. Ein grosser Teil der dargestellten Grundsätze und Etappen finden sich auch bei anderen Rechtsetzungsprojekten, insbesondere bei Verordnungen und Verfassungsänderungen.

51 Die nachfolgende Abbildung gibt einen chronologischen Überblick über das Gesetzgebungsverfahren und berücksichtigt dabei die vier zentralen Aspekte der Gesetzgebungsarbeit, nämlich den institutionellen Ablauf, das Projektmanagement, den Problemlösungszyklus und das normative Gestalten. Die Abbildungen auf den daran anschliessenden Seiten beschränken sich auf den institutionellen Ablauf und stellen die wichtigsten Schritte im Einzelnen dar.

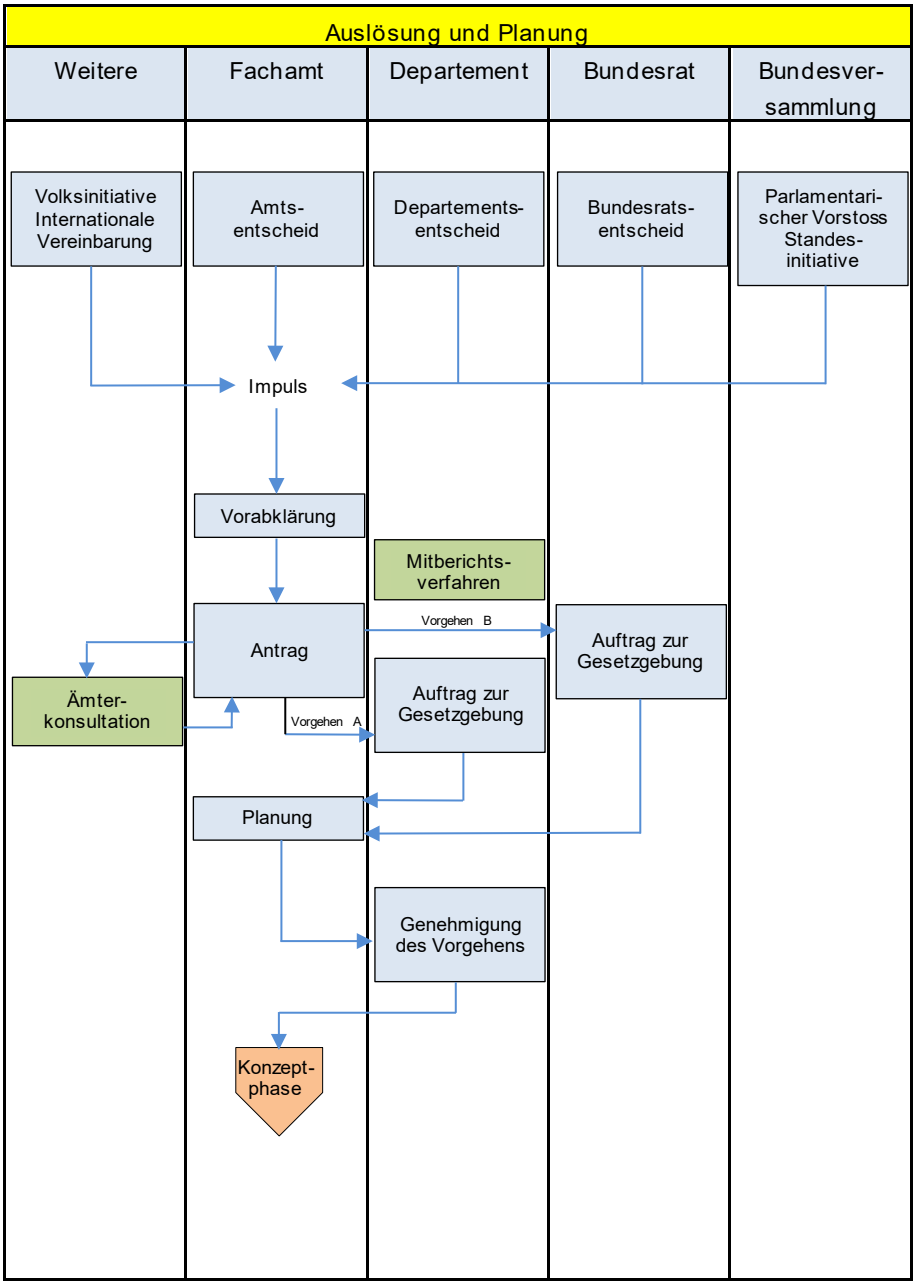
Grafische Darstellung des Gesetzgebungsverfahrens

52

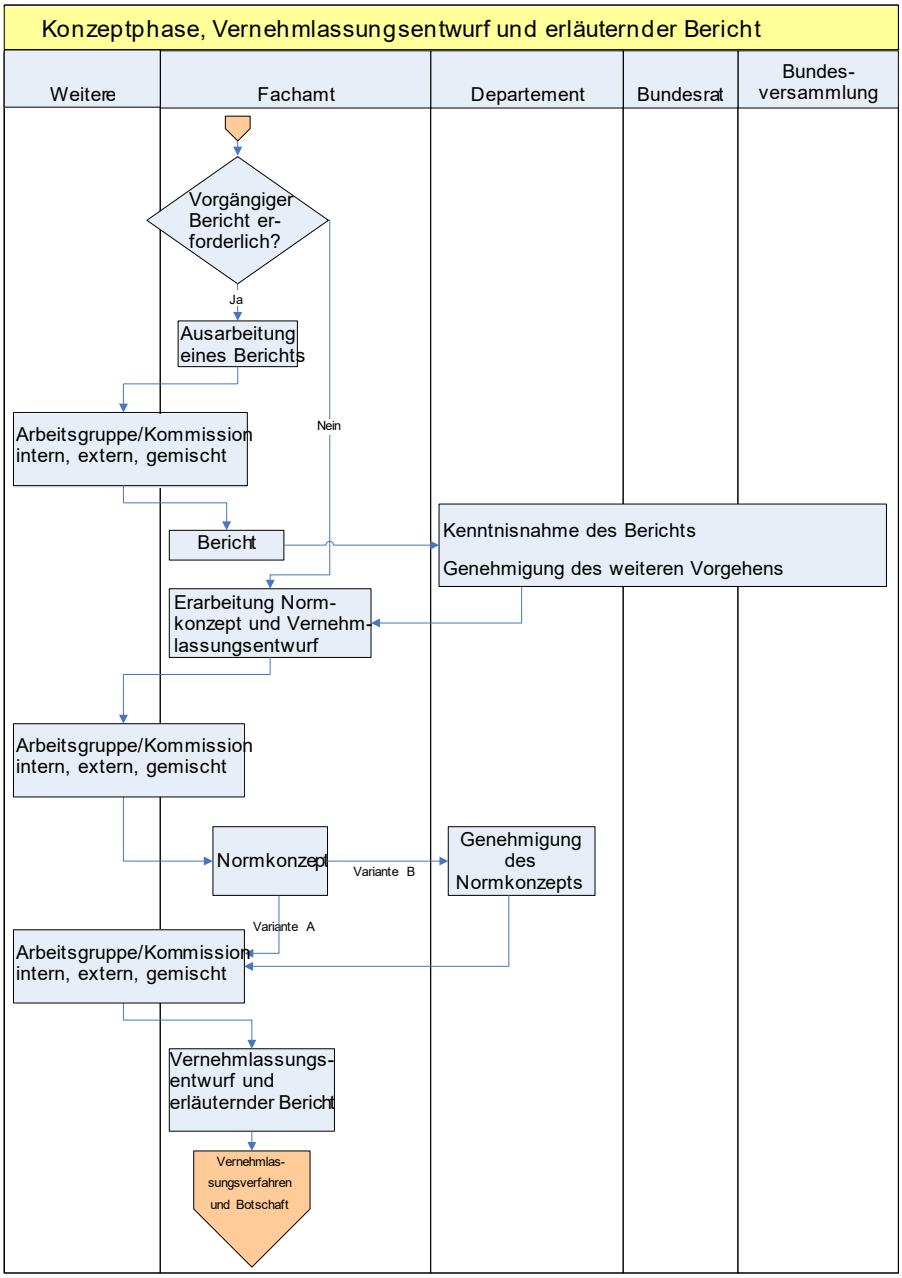


Auslösung und Planung

53



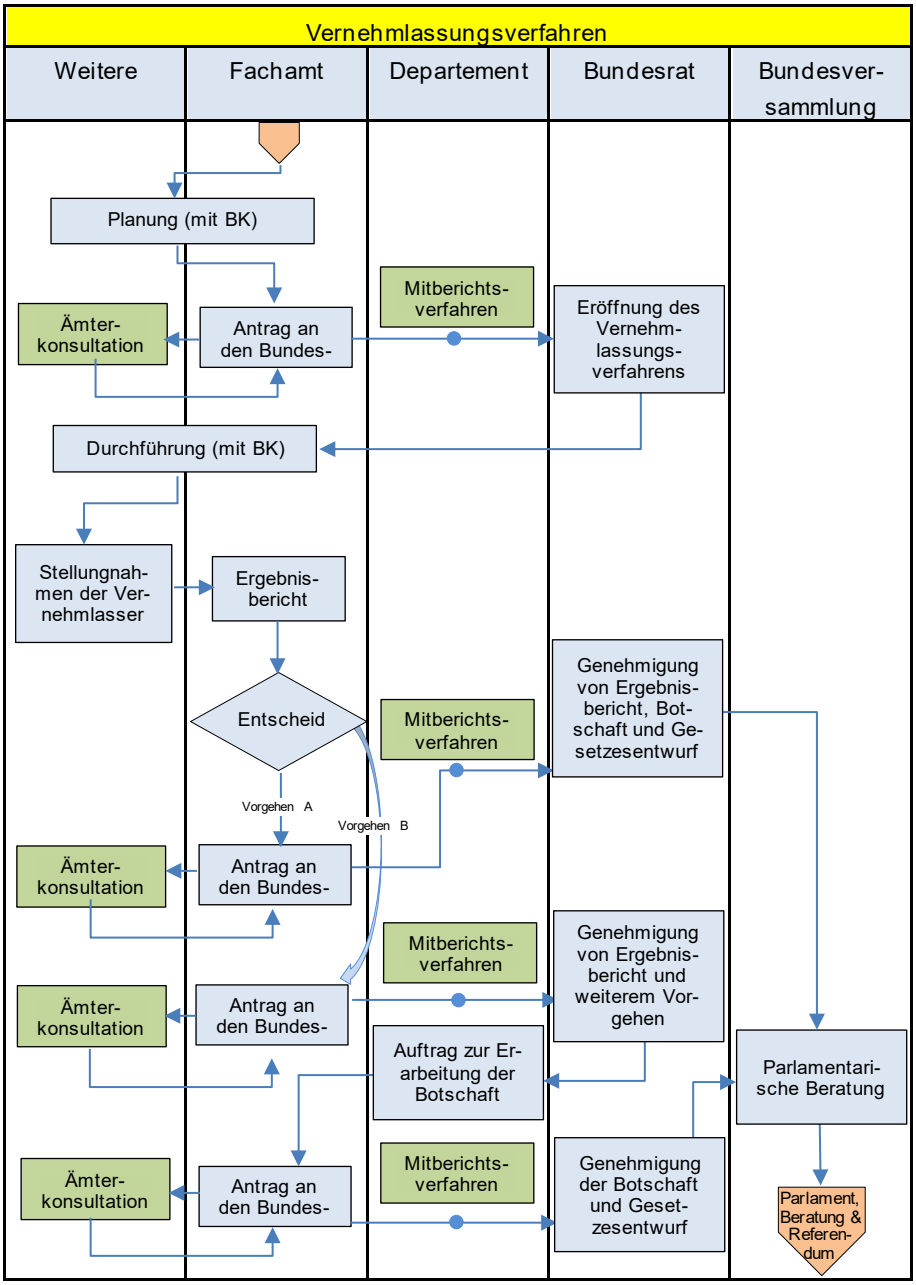
Konzeptphase, Vernehmlassungsentwurf und erläuternder Bericht



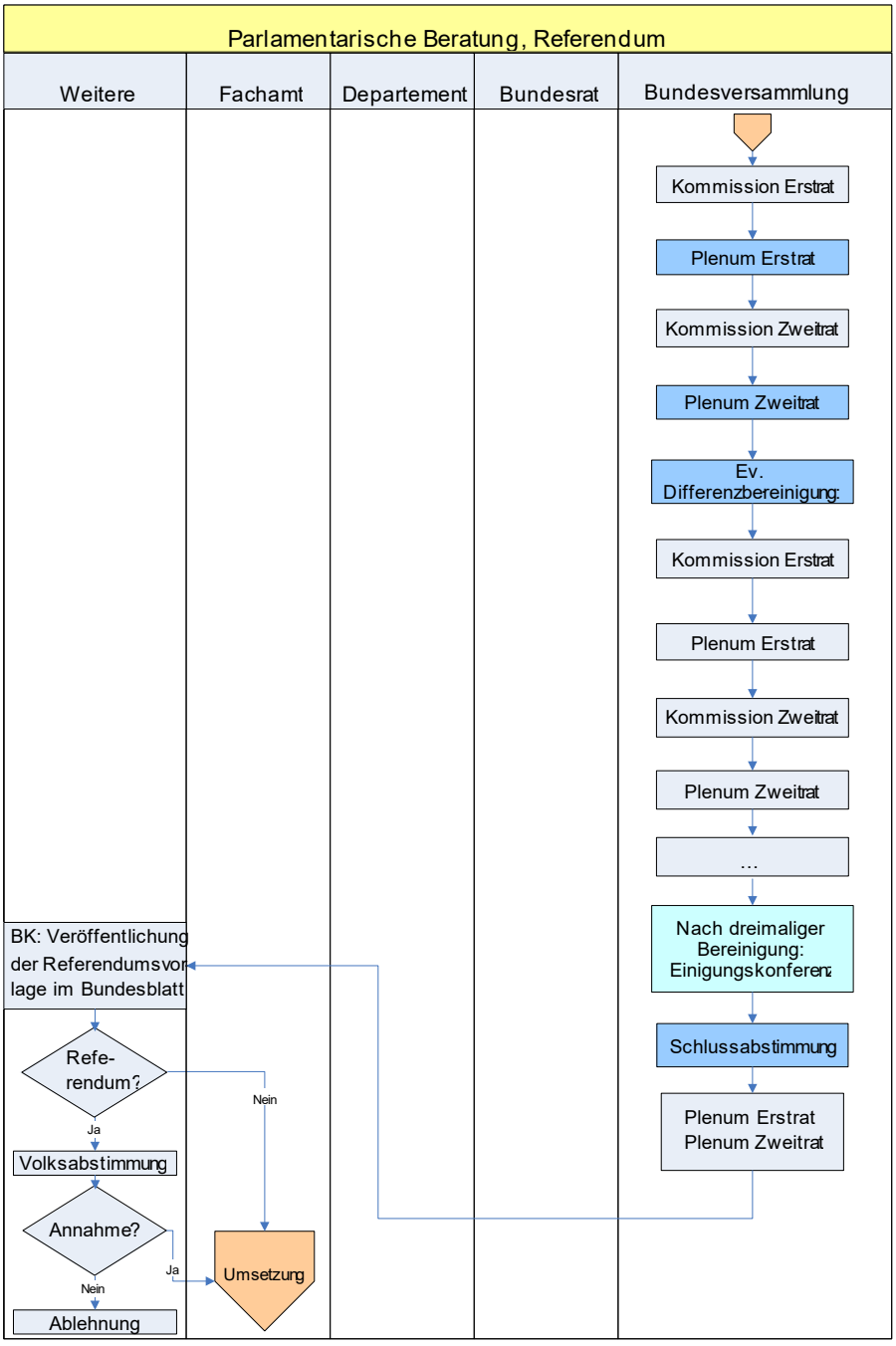
54

Vernehmlassungsverfahren, Botschaft

55

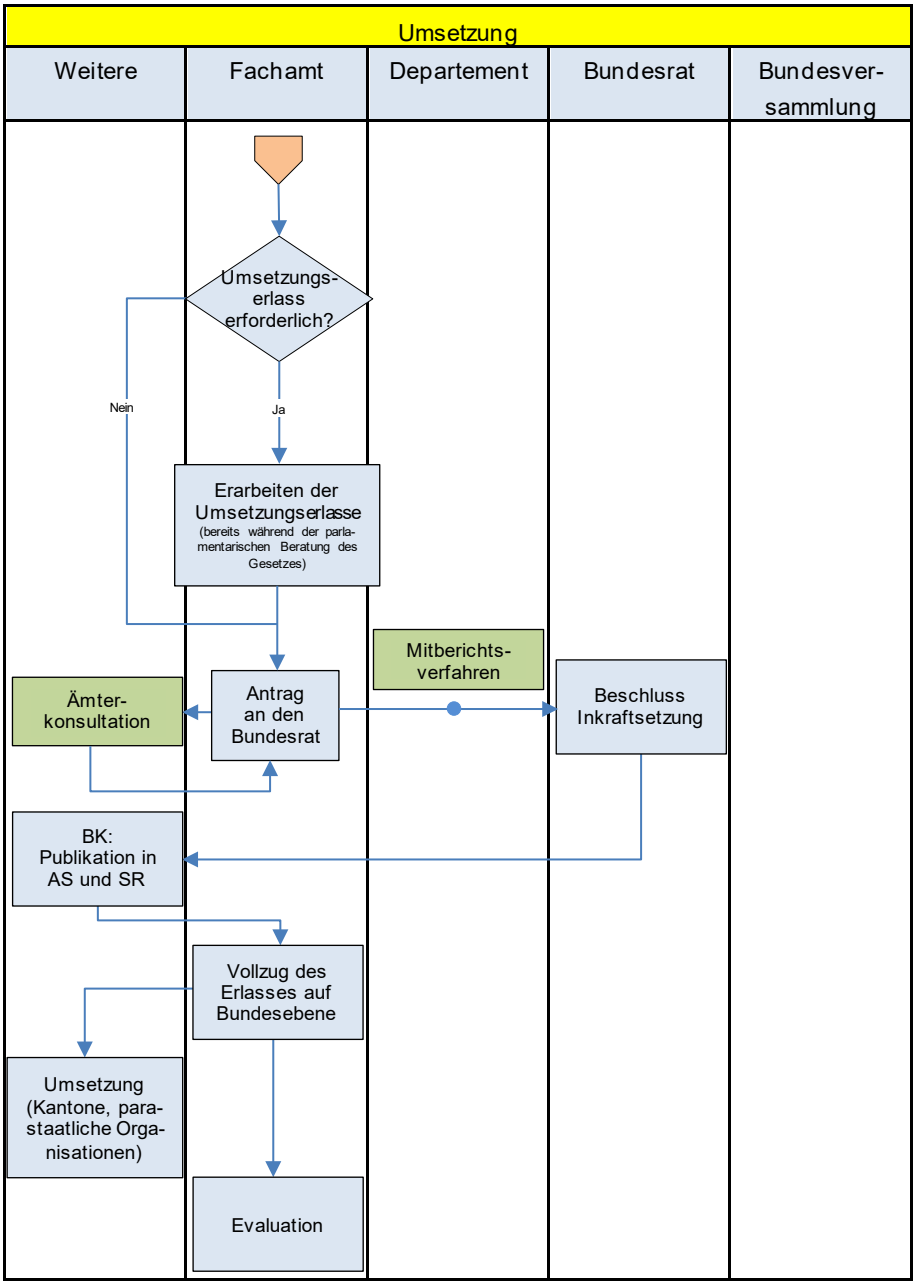


Parlamentarische Beratung, Referendum



Umsetzung

57



Auslösung und Planung eines Gesetzgebungsprojekts

Auslösung und Auftragserteilung

Übersicht

Impulse

Die Impulse für ein Gesetzgebungsprojekt können verschiedene Ursprünge haben, insbesondere: 58

- Entwicklungen in der Gesellschaft, der Wirtschaft, den technologischen Möglichkeiten (z.B. künstliche Intelligenz) oder der Umwelt, die von bestimmten Betroffenengruppen plötzlich als Problem oder Chance wahrgenommen werden, namentlich indem sie neue Möglichkeiten eröffnen, wie Private und Behörden ihre Aufgaben erfüllen können;
- von Vollzugsbehörden festgestellte Schwierigkeiten bei der Umsetzung bestehenden Rechts;
- kritische Medienberichterstattungen;
- Ergebnisse wissenschaftlicher Studien und Evaluationen;
- Entscheide des Bundesgerichts;
- Volksinitiativen;
- Weiterentwicklung übergeordneten Rechts.

Immer bedeutsamer werden Impulse durch übergeordnetes, namentlich internationales Recht. Rechtsentwicklungen in der EU können gesetzgeberischen Handlungsbedarf nach sich ziehen, wenn das EU-Recht, z.B. im Rahmen von bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU, als verbindliches Staatsvertragsrecht übernommen wird. Ob die Schweiz eine autonome gesetzgeberische Reaktion auf neue Probleme entwickeln oder zuerst die Entwicklung neuer Regelungen im Ausland, insbesondere in der EU, abwarten soll, ist in jedem Fall aufgrund aller rechtlichen und politischen Aspekte zu beurteilen. Die anspruchsvolle Aufgabe, die Rechtsentwicklung im Ausland zu beobachten, wird unter Umständen durch bereits vorliegende Ergebnisse allgemeiner Analysen erleichtert (*z.B. EU-Digitalpolitik: Analyse der Auswirkungen auf die Schweiz; Medienmitteilung vom 18. April 2023).* 59

Formalisierung der Impulse

Häufig wird ein politisches Thema oder Problem vorerst in der Öffentlichkeit durch einen oder mehrere Akteure thematisiert: Verbände, Parteien, politische Gruppierungen, kantonale Direktorenkonferenzen, Medien. Anschliessend wird es in eines der verschiedenen institutionalisierten Verfahren aufgenommen: Volksinitiative, Standesinitiative, Motion, parlamentarische Initiative, Initiativrecht des Bundesrats etc. 60

Die institutionalisierten Verfahren sollen eine möglichst breite Öffnung gegenüber den verschiedenen Impulsen gewährleisten. Diese Verfahren ermöglichen also eine Aufnahme von und eine Reaktion auf Anliegen aus diesen Kreisen und deren verbindliche Einspeisung in den Rechtsetzungsprozess. 61

62 Die Aufnahme von Impulsen mittels formalisierter Instrumente soll nicht zuletzt die Koordination und Kohärenz der Rechtsetzungsarbeiten gewährleisten und dazu beitragen, eine Überlastung der politischen Behörden mit zu vielen Rechtsetzungsarbeiten zu vermeiden.

63 Die Gesetzgebungsarbeiten können durch die Bundesversammlung oder durch den Bundesrat (Art. 181 BV) ausgelöst werden. Jedem Ratsmitglied, jeder Fraktion, jeder parlamentarischen Kommission und jedem Kanton steht das Recht zu, der Bundesversammlung Initiativen zu unterbreiten (Art. 160 BV).

Subsidiaritätsprinzip

64 Bei allen Forderungen nach staatlichem Handeln ist der Grundsatz der Subsidiarität staatlichen Handelns (Art. 5*a* BV) zu beachten: Der Staat soll nur jene Aufgaben übernehmen, welche Private (Familien, Wirtschaft usw.) nicht erfüllen können. Der Bund übernimmt nur die Aufgaben, welche die Kraft der Kantone übersteigen oder einer einheitlichen Regelung durch den Bund bedürfen.(Art. 43*a* Abs. 1 BV). Zudem kann der Staat nicht nur rechtsetzend, sondern auch informell tätig werden (Gespräche mit wichtigen Akteuren, Verlautbarungen, Informationen u.a.m.).

Massgebende Rechtsquellen

65 Artikel 5, 5*a*, 43*a*, 138–139*a*, 160, 181 und 184 BV;
Artikel 107–122 ParlG.

Arbeitsschritte

Ausgangslage

66 Das Fachamt ist mit Impulsen zur Rechtsetzung konfrontiert. Dabei können zwei typische Fälle unterschieden werden:

- Eine übergeordnete Stelle hat dem Fachamt einen Auftrag zur Prüfung oder Vorbereitung neuer gesetzlicher Regelungen erteilt, oder es ist davon auszugehen, dass dies erfolgen wird; so stellt sich die Situation regelmässig dar, wenn Gesetzgebungsarbeiten durch einen parlamentarischen Vorstoss oder eine Volksinitiative ausgelöst werden.
- Das Fachamt stellt einen Bedarf an Rechtsetzung fest, ohne dass ein ausdrücklicher Auftrag durch eine vorgesetzte Stelle ergangen wäre. Es will einen klaren Auftrag für ein gesetzgeberisches Tätigwerden erwirken, also dieses formell auslösen. Ein Rechtsetzungsbedarf kann sich unter anderem aufgrund der Ergebnisse von Rechtsgrundlagenanalysen ergeben, die im Rahmen von Informatikprojekten oder im Rahmen der Weiterentwicklung von IT-Systemen während des Betriebs (DevOps-Methode; nach dieser Methode werden die Entwicklung/*Development* und der Betrieb/*Operations* der Systeme vom selben Team sichergestellt) angestellt werden.

Analyse des Auslösers bzw. Auftragsanalyse

Das Vorgehen ist bei beiden Ausgangslagen grundsätzlich dasselbe. 67

1. Die Probleme analysieren und den Ist-Zustand darstellen: Das Vorgehen bei der Problemanalyse folgt in groben Zügen dem Problemlösungszyklus, vgl. *Rz. 104–159.* 68
2. Den Rahmen klären: Ist die Meinungsbildung noch in einem relativ frühen Stadium, kann mit einem Aussprachepapier eine freie Diskussion im Bundesrat und damit ein Einbezug der Gesichtspunkte der verschiedenen Departemente über Ziel, Umfang sowie die grundlegenden zu verfolgenden Optionen der Vorlage ermöglicht werden. Werden in Aussprachepapieren wichtige oder strittige Rechtsfragen aufgeworfen oder werden entgegen dem eigentlichen Zweck des Aussprachepapiers Anträge unterbreitet, ist vorgängig eine Ämterkonsultation durchzuführen. 69

   Eine weitere Gelegenheit zu politischer Orientierung sind Besprechungen in ständigen Kommissionen, in interkantonalen Direktorenkonferenzen oder in anderen Gremien der Meinungsbildung. Auch Diskussionen im Parlament können Orientierungspunkte für Vorlagen bieten. In besonderen Fällen, etwa bei sehr innovativen Projekten, kann es sinnvoll sein, nach einem offensiven Kommunikationskonzept weitere Plattformen für die öffentliche Diskussion zu nutzen. So können etwa öffentliche Veranstaltungen oder informelle Anhörungen durchgeführt oder öffentliche Online-Diskussionsplattformen genutzt werden. Dabei ist auf die Transparenz und die Rechtsgleichheit zu achten. 70
3. Die Arbeiten planen: Bereits im Rahmen der Auftragsanalyse ist zudem eine grobe Abschätzung des zeitlichen und personellen Rahmens vorzunehmen, vgl. *Rz. 87.* Zu prüfen ist beispielsweise auch, ob das Vorhaben allenfalls in ein anderes, bereits laufendes Projekt aufgenommen werden kann. Je nach Problemstellung und Zeitverhältnissen müssen allenfalls Sofortmassnahmen vorgeschlagen werden. 71

Antrag stellen, Auftrag erwirken

Gestützt auf die Auftragsanalyse wird dem Auftraggeber (in der Regel dem Departement oder dem Bundesrat) Antrag über das weitere Vorgehen gestellt. 72

Ein solcher Antrag, mit welchem – je nach Ausgangslage – Antrag zum weiteren Vorgehen gestellt bzw. ein detaillierter Auftrag erwirkt werden soll, könnte sich z.B. wie folgt gliedern:

- Ausgangslage;
- Problemstellung und Zielsetzung;
- Mögliche Lösungsansätze (Varianten);
- Vor- und Nachteile der Varianten;
- Chancen und Risiken;
- Abschätzung des Zeitbedarfs;
- Anträge.

73 Bei Bedarf kann das weitere Vorgehen im Antrag auch stärker konkretisiert werden (vgl. *Rz. 80–87*).

74 Handelt es sich um eine überschaubare Problemstellung mit wenig heiklen politischen Implikationen, um ein kleines Projekt, von dem nur wenige oder keine verwaltungsexternen Kreise betroffen sind, und kann man sich auf eine gute Informationsbasis (insb. bereits früher getätigte Vorarbeiten) stützen, können allenfalls bereits ein Bericht oder eine Normskizze unterbreitet werden.

Ergebnis

75 Ein genehmigter Rechtsetzungsauftrag liegt vor.

Ein Gesetzgebungsprojekt planen

Übersicht

Akteure

76 Für die Projektorganisation sind in der Regel die Ämter zuständig; insbesondere bei grossen oder politisch heiklen Projekten kann sie auch dem Generalsekretariat des Departements zukommen. Gegebenenfalls kann der Bundesrat eine interdepartementale Projektorganisation bilden zur Bearbeitung wichtiger, departementsübergreifender Aufgaben, die zeitlich befristet sind (Art. 56 RVOG). Der Bundesrat und die Departemente können Organisationen und Personen, die nicht der Bundesverwaltung angehören, zur Beratung beiziehen (Art. 57 RVOG). Grossprojekte bedingen nicht nur einen engagierten Einsatz von Projektleitung und Projektteam, sondern auch eine gute Unterstützung durch die Departements- und Amtsleitung. Häufig wird der Aufwand für grössere und insbesondere komplexe Projekte anfänglich unterschätzt; er kann ein Mehrfaches des Aufwands für ein einfaches Projekt betragen.

Einbezug der Öffentlichkeit

77 Es empfiehlt sich, zu Beginn eines Projekts nicht zu hohe Erwartungen der Öffentlichkeit und der interessierten Kreise zu wecken. Bei grösseren Projekten mit hoher Wahrscheinlichkeit einer Referendumsabstimmung ist es nützlich, sich bereits in der vorparlamentarischen Phase darüber Gedanken zu machen, wie Inhalt und praktische Konsequenzen des Erlasses einer breiteren Öffentlichkeit kommuniziert und wie die betroffenen Kreise einbezogen werden können.

Massgebende Rechtsquellen und Vorgaben

78
- Artikel 5, 34, 36, 40, 43, 56 und 57 Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG, SR 172.010);
- Artikel 11–23 und 27 Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung (RVOV, SR 172.010.1);
- Richtlinien für Bundesratsgeschäfte sowie Ablauf eines Bundesratsgeschäfts (nur über Intranet Bundesverwaltung zugänglich).

Hilfsmittel

- Mit HERMES (www.hermes.admin.ch) steht eine Projektmanagement-Methode zur Verfügung für Projekte im Bereich der Informatik, der Entwicklung von Dienstleistungen und Produkten sowie der Anpassung der Geschäftsorganisation. Sie ist von der schweizerischen Bundesverwaltung entwickelt worden und steht als offener Standard jedermann zur Verfügung. Ein Rechtsetzungsbedarf, der in der Initialisierungsphase im Rahmen der Rechtsgrundlagenanalyse ermittelt wird, sollte anhand des vorliegenden Leitfadens bearbeitet werden. Das IT-Projekt und das Rechtsetzungsprojekt sind als Teilprojekte eines Gesamtprojekts aufeinander abzustimmen. Es genügt nicht, diese Abstimmung einmalig anhand der Rechtsgrundlagenanalyse vorzunehmen, sondern sie ist eine Daueraufgabe über den gesamten Projektverlauf.

Arbeitsschritte

Ausgangslage

Es liegt ein Rechtsetzungsauftrag vor. Nun ist das Rechtsetzungsprojekt im Detail zu planen. Diese Aufgabe umfasst die nachfolgend dargelegten Aspekte. 79

Das Umfeld berücksichtigen

Die Planung ist auch abhängig vom regulatorischen Umfeld. Sind Erlasse oder laufende bzw. geplante Rechtsetzungsvorhaben in demselben Gebiet oder in benachbarten Rechtsgebieten mit betroffen? Sollten allenfalls Ergebnisse eines laufenden Vorhabens zunächst abgewartet werden? Bedingt das Rechtsetzungsvorhaben Anpassungen auf übergeordneter oder nachgeordneter Regelungsstufe? An welchen Lösungen, die z.B. im Ausland oder in der Privatwirtschaft bereits zu beobachten sind, will man sich orientieren? Wie präsentiert sich die Dynamik relevanter Entwicklungen, z.B. auf technischer und wirtschaftlicher Ebene im Zug der Digitalisierung? 80

Ein besonderes Augenmerk ist auf die Sicherstellung der inhaltlichen Koordination mit allfälligen parallel ablaufenden Rechtsetzungsprozessen zu richten, zu denen Querbezüge bestehen, beispielsweise eine Änderung von Erlassen, die ihrerseits Gegenstand einer Revision sind (vgl. dazu die Gesetzestechnischen Richtlinien des Bundes, Ziff. 54). 81

Komplexität reduzieren

Bei sehr komplexen Rechtsetzungsverfahren ist der Steuerung besonderes Augenmerk zu schenken. Um diese zu vereinfachen, empfiehlt es sich, die Komplexität des Rechtsetzungsprojekts so weit wie möglich zu reduzieren, z.B. durch dessen Aufteilung bzw. Etappierung. 82

Den Zeitbedarf realistisch einschätzen

83 Als Erstes gilt es, sich ein Bild über den Ablauf der Rechtsetzungsarbeiten zu machen (*Rz. 52*). Es empfiehlt sich, das Projekt entsprechend den Phasen des Gesetzgebungsprozesses zu planen.

84 Zur Abschätzung der zeitlichen Dauer für ein Gesetzgebungsprojekt (Auslösung bis Inkraftsetzung) können folgende Angaben dienen:

- Die Hälfte der Gesetzgebungsverfahren (Änderungen und Totalrevisionen) dauert 33 Monate und weniger; der Durchschnitt liegt bei 51 Monaten, d.h. etwas mehr als 4 Jahre. Davon fallen etwas mehr als zwei Drittel der Zeit auf die Vorbereitung durch Bundesrat und Bundesverwaltung, der Rest auf die Beratungen im Parlament und auf die nachparlamentarische Phase.
- Was das Vernehmlassungsverfahren angeht, ist Folgendes zu beachten: Es dauert formell mindestens drei Monate. Die Vorbereitung, die Durchführung sowie die Zusammenstellung und Auswertung der Ergebnisse erfordern aber einen erheblich höheren Zeitbedarf (häufig mehr als ein Jahr). Für eine realistische Planung muss deshalb frühzeitig abgeklärt werden, ob eine Vernehmlassung durchgeführt werden muss oder soll. Bei Bedarf kann die Bundeskanzlei konsultiert werden.
- Es ist ausreichend Zeit (mindestens ein Jahr) einzuplanen, falls vor der Erarbeitung des Entwurfs ein Bericht erstellt wird (*Rz. 96*).
- Zudem sollte ausreichend Zeit für die Durchführung der Regulierungsfolgenabschätzung/RFA-Analysen (s. Rz 160) eingeplant werden. Die Analysen sollten möglichst früh lanciert werden, da deren Resultate in die Vernehmlassungsunterlagen einfliessen. Anhand des RFA-Quick-Checks lässt sich der Analysebedarf frühzeitig abschätzen.
- Bei der Planung sind gegebenenfalls Vorentscheide zu treffen über die Informationsbeschaffung (*Rz. 100*, vgl. auch Rz. 70 zu möglichen Formen der Kommunikation mit der Öffentlichkeit) sowie über die Form des Einbezugs von Sachverstand (verwaltungsinterne Arbeitsgruppe, Studienkommission, Expertenkommission usw., *Rz. 101*). Beides kann nämlich Auswirkungen auf den Zeitbedarf haben.
- Es ist ausreichend Zeit für die parallele Redaktion und für Übersetzungen einzusetzen (zur parallelen Redaktion vgl. Rz. 176). Nicht zu unterschätzen ist auch der Zeitbedarf für die Bereinigung von Entwürfen im Anschluss an Ämterkonsultationen, namentlich bei verwaltungsintern kontroversen Themen oder einer grossen Zahl von interessierten Stellen. Dieser wiederkehrende Verfahrensschritt kann jeweils zeitraubende Diskussionen erfordern, sei es mit interessierten Stellen oder amts- bzw. departementsintern (Genehmigung von Änderungen durch die vorgesetzten Stellen).
- Sind die Kantone bzw. die Gemeinden mit der Umsetzung des Erlasses betraut, so sind ihnen ausreichende Umsetzungsfristen einzuräumen (*Rz. 292*

und *1074*).

Die Abweichung von den oben genannten Angaben zum Zeitbedarf kann gross sein: Einerseits gibt es komplexe, politisch und fachlich anspruchsvolle Projekte, die viel länger dauern. Andererseits können bei entsprechender politischer Priorisierung verschiedene Projektphasen auch deutlich kürzer ausgestaltet werden. Folgende Ansatzpunkte können helfen, um einem politischen Wunsch nach schnellem Vorwärtskommen nachzukommen:

- Es kann ein besonders gut dotiertes Projektteam bereitgestellt werden (vgl. Rz. 85 und 87). Dazu dient eine Priorisierung des Einsatzes vorhandenen Personals und allenfalls der Beizug zusätzlicher Fachleute.
- Gewisse Prozesse können parallel durchgeführt werden, solange dies ihre Wirkung nicht kompromittiert. So kann etwa das Dossier dem Generalsekretariat bereits zur inhaltlichen Prüfung weitergeleitet werden, während der sogenannte KAV-Circuit (Rz. 252) noch läuft; es ist aber der Departementsvorsteherin oder dem Departementsvorsteher erst nach Abschluss des Circuit vorzulegen. Sodann können Übersetzungen unter Wahrung der Termine gemäss den Richtlinien der Bundeskanzlei für Bundesratsgeschäfte ("Roter Ordner", Rubrik Geschäftsprozesse > Übersetzungen) parallel zu anderen Etappen in Auftrag gegeben werden.
- Ausnahmsweise können Fristen für Konsultations- und Prüfprozesse bei ausgewiesener Dringlichkeit in Absprache mit den zuständigen bzw. betroffenen Stellen verkürzt werden. Eine Verkürzung der ordentlichen Ämterkonsultationsfrist von drei Wochen ist mit den wichtigsten Adressaten abzusprechen und muss dennoch die seriöse Bearbeitung der Unterlagen ermöglichen; zudem muss ausreichend Zeit für die Auswertung der Ämterkonsultation und die Bereinigung bleiben (Art. 4 Abs. 2 RVOV). Der Zeitbedarf für die Bearbeitung durch das Generalsekretariat des Departements und für das Mitberichtsverfahren ist mit dem Generalsekretariat zu klären. Zur Verkürzung der Vernehmlassungsfrist vgl. Rz. 208.

Zum Sonderverfahren der Bundesversammlung vgl. Rz. 256, zur Dringlicherklärung von Bundesgesetzen Rz. 556, 286, 306, 1002, 1008 und 1044.
Zur dringlichen Veröffentlichung vgl. Rz. 310 und 1003 bis 1005.
Besonders wirksam ist im Dienst einer zeitgerechten Bereitstellung von Rechtsgrundlagen sodann ein zielgerichteter und souveräner Umgang mit den Themen Normdichte und Normstufe (vgl. Rz. 698 ff., insb. 701).

Die richtige Organisation wählen

85 Rechtsetzungsprojekte erfordern in der Regel den Einbezug vielfältiger Kenntnisse und Fähigkeiten. Sie basieren deshalb in der Regel auf interdisziplinärer Zusammenarbeit. Rechtsetzungsarbeiten sollen immer in Zusammenarbeit mit Juristin-

nen und Juristen geplant und durchgeführt werden. In die Projekte müssen insbesondere aber auch Spezialistinnen und Spezialisten für die jeweilige Rechtsetzungsmaterie (z.B. Fachleute aus Ökonomie, Naturwissenschaften, Ingenieurwesen, Informationstechnologie [IT], Medizin) sowie die Sprachdienste des Amts oder Departements einbezogen werden. Die Rolle der IT im Projekt kann auf unterschiedlichen Ebenen spielen: Sie kann Regulierungsobjekt sein, als Werkzeug zur Erfüllung der zu regelnden Behördenaufgaben eingesetzt werden oder das zu regelnde Verhalten der Rechtsadressaten prägen. Dies sollte sich in der Auswahl der betreffenden Fachleute spiegeln. Eine enge Zusammenarbeit aller betroffenen Fachrichtungen ist ab den frühesten Projektphasen notwendig und sinnvoll. Sie ist aber mit einer einmaligen Abstimmung nicht erledigt. Vielmehr muss sie über den gesamten Projektverlauf gezielt eingesetzt werden, um sicherzustellen, dass die resultierende Regelung aus jeder fachlichen Perspektive überzeugt. Besonders relevant ist dies, wenn, vor allem im IT-Kontext, Projekte "agil" geführt werden und sich mit dem Fortschreiten der Arbeiten stark wandeln (vgl. auch Rz. 78 zur Projektmanagementmethode HERMES).

86 Zu achten ist auch auf die sprachliche Zusammensetzung des Projektteams. Der Einbezug von Personen unterschiedlicher Sprache (Deutsch, Französisch, ggf. Italienisch) erleichtert die parallele Redaktion sowie die spätere Übersetzung und die sprachliche Überprüfung der Texte und trägt zur Qualität der Rechtstexte bei.

Genügend personelle und finanzielle Ressourcen bereitstellen

87 Gestützt auf die Ablaufplanung und die organisatorischen Festlegungen sind die personellen und finanziellen Mittel für das Projekt abzuschätzen. Nachfolgend einige Bemerkungen zu den einzelnen Phasen des Rechtsetzungsprojekts:

- Vorverfahren der Rechtsetzung: Hier fällt erfahrungsgemäss der grösste Aufwand an: Erarbeiten des Entwurfs (inkl. Durchführung des RFA Quickchecks und allenfalls der RFA-Analyse), Vernehmlassung, Erarbeiten von Botschaft und Gesetzesentwurf.
- Parlamentarische Phase: Auch hier kann beträchtlicher Aufwand anfallen: Erarbeiten von Führungsdossiers, von ergänzenden Berichten und ggf. von alternativen Regelungsvorschlägen, Prüfung von und Stellungnahme zu Anträgen, die in Kommissionen und Räten gestellt werden.
- Eine allfällige Abstimmungsphase löst ebenfalls grössere Arbeiten aus: Erarbeiten von Texten für die Erläuterungen des Bundesrates, Abstimmungsargumentarium, Vorbereiten von Referaten für Mitglieder des Bundesrats.
- Nachparlamentarische Phase: Ist gleichzeitig die Ausführungsgesetzgebung vorzubereiten, kann der Aufwand in der parlamentarischen und nachparlamentarischen Phase etwa gleich hoch oder gar höher als in der vorparlamentarischen Phase sein. Bei der Zeitplanung für eine Verordnung lohnt es sich, auch für die Phase danach (z.B. Erarbeitung von Vollzugshilfen) ausreichende Ressourcen vorzusehen.

Finanziell fallen (neben den Salären für die internen Projektmitarbeitenden, die aber nicht separat budgetiert werden müssen) vor allem Aufwendungen für Beratung (Expertenhonorare, Gutachten und andere externe Mandate), für Spesen (z.B. Reiseentschädigungen), für allfällige Pilotversuche (vgl. Rz. 190 und 1046–1048) sowie für Übersetzungen an (häufig müssen Übersetzungen aufgrund des Zeitdrucks extern vergeben werden). Bei sehr grossen Projekten fallen allenfalls weitere Kosten an (Büro, Infrastruktur für die Informations- und Kommunikationstechnologie, Public Relations u.a.m.). 88

Für Information und Kommunikation sorgen

Auch der Information und Kommunikation ist bei der Planung ausreichend Beachtung zu schenken, insbesondere wenn ein offensives Kommunikationskonzept verwendet werden soll (vgl. Rz. 70). Die Informationsdienste sind rechtzeitig zu dokumentieren, s. *Rz. 44 ff*. 89

Die Projektplanung genehmigen lassen

Die Projektplanung bedarf der Genehmigung durch die beauftragende Stelle (in der Regel die Amtsdirektion, manchmal das Departement oder der Bundesrat), damit sie für die unmittelbaren Beteiligten verbindlich wird. Das entsprechende Planungsdokument (z.B. ein Projektplan) gibt namentlich über folgende Punkte Auskunft: 90

- Ausgangslage und Inhalt;
- Konnexe Geschäfte;
- Mitbeteiligte;
- Finanzielle Ressourcen;
- Vorgehensplanung;
- Geplante Analysen (z.B. RFA) oder Gutachten.

Das Projektcontrolling sicherstellen

Die Projektleitung sowie ggf. zusätzlich eine mit Controlling-Aufgaben betraute Stelle des Amtes oder des Departements überprüfen den Projektfortschritt laufend im Hinblick auf die gesetzten Etappenziele. Die Projektleitung passt die Projektplanung an allfällige Änderungen der Ziele, des Zeitplans, der verfügbaren Ressourcen usw. an. Über wesentliche Änderungen in der Planung sind die übergeordneten Behörden zu informieren bzw. zu konsultieren. 91

Ergebnis

Es liegt eine genehmigte Projektplanung vor. Das Projektcontrolling ist sichergestellt. 92

Konzept

Vorbereitung der Arbeiten und Informationsbeschaffung

Übersicht

Begriff und Funktion

93 Die Konzeptphase ist der Redaktion des Entwurfs und des erläuternden Berichts vorgeschaltet. Sie besteht in der Erarbeitung einer tragfähigen Grundlage für den Entwurf. Dies setzt verschiedene Arbeitsschritte (Problemdefinition, Zielformulierung, Lösungsauswahl) voraus. Gestützt darauf wird ein Normkonzept erarbeitet (vgl. *Rz.* 161 ff). Dessen Erarbeitung und Genehmigung ermöglichen die sachgerechte Steuerung der nachfolgenden Erlassredaktion. Schon bei den ersten Vorarbeiten ist die Interdisziplinarität und damit auch der Einbezug von Juristinnen oder Juristen in die Projektorganisation sicherzustellen.

Massgebende Rechtsquellen

94 Artikel 7, 57 und 57*a*–57*g* Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG, SR 172.010).
Artikel 8*a*–8*t* Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung (RVOV, SR 172.010.1): Zu beachten bei der Einsetzung von ausserparlamentarischen Kommissionen.

Arbeitsschritte

Ausgangssituation

95 Ein Auftrag zur Erarbeitung eines Erlassentwurfs liegt vor.
Eine Planung des Rechtsetzungsprojekts (vgl. *Rz.76 ff.*) ist erfolgt.
Nun ist die Beschaffung der zur Erarbeitung eines Entwurfs nötigen Informationen sicherzustellen. Dabei sind folgende drei Aspekte zu berücksichtigen:

Erarbeitung vorgängiger Wissensgrundlagen in Form eines Berichts?

96 Meist ist kein Bericht nötig. Die Erarbeitung eines Berichts vorgängig zu den Gesetzgebungsarbeiten kann für das zuständige Amt aber namentlich in folgenden Fällen angezeigt sein:

- Es gelingt dem Amt (auch in Zusammenarbeit mit anderen Bundesämtern, den Kantonen und den interessierten Kreisen) nicht, die nötigen Wissensgrundlagen beschaffen;
- das Amt ist mit umfangreichen, neuen Problemen oder mit Unsicherheiten über die aktuelle Situation und über die mit dem Erlass zu verfolgenden Ziele konfrontiert; gegebenenfalls sind neue, komplexe Handlungsinstrumente zu schaffen.

97 Der Bericht kann durch das Fachamt, eine verwaltungsinterne Arbeitsgruppe, durch eine Studienkommission, durch eine Arbeitsgruppe Bund-Kantone oder durch Expertinnen oder Experten erarbeitet werden (vgl. *Rz. 102*).

Der Auftrag zur Erarbeitung eines Berichts erfolgt in der Regel durch das Departement bzw. wird vom zuständigen Amt beim Departement erwirkt. Manchmal ergeht der Auftrag durch die Amtsleitung. 98

Mögliche Adressaten und Zwecke eines solchen Berichts können sein: 99

- Departementsvorsteher/in: Grundlage für Vorentscheide;
- Bundesrat: Grundlage für eine vertiefte Diskussion, Vorentscheide und Weichenstellungen oder zur Einleitung eines Vernehmlassungsverfahrens (Grundsatzfragen ohne Normtexte);
- Bundesversammlung.

Informationsquellen bestimmen

Das Fachamt kann erforderliche Informationen namentlich auf folgenden, kombinierbaren Wegen zusammentragen: 100

- Systematisches Aufarbeiten bestehender öffentlich zugänglicher Informationen (z.B. Expertenberichte, Berichte des Bundesrats an die Bundesversammlung, Berichte parlamentarischer Kommissionen, statistische Daten);
- Beschaffen von Informationen bei anderen Dienststellen der Bundesverwaltung (z.B. Bundesamt für Statistik);
- Beschaffen von Informationen bei kantonalen oder anderen Behörden (z.B. im Rahmen einer Umfrage in Zusammenarbeit mit einer kantonalen Direktorenkonferenz);
- Vergabe eines externen Auftrags (z.B. Ländervergleich beim Schweizerischen Institut für Rechtsvergleichung, Grundlagenstudie oder Evaluation der geltenden Regelung durch ein Universitätsinstitut oder durch ein privates Büro);
- Durchführung eines Hearings (z.B. bei Kantonen, Gemeinden, Organisationen, Verbänden) oder andere Formen der öffentlichen Kommunikation (vgl. Rz. 70).

Form des Einbezugs von Sachverstand bestimmen

Gelegentlich können die für die Erarbeitung des Erlasses notwendigen Informationen rein amtsintern (Sachbearbeiter, amtsinterne Arbeitsgruppe) beschafft werden. In der Regel und insbesondere bei umfangreichen und bei politisch konfliktträchtigen Themen wird bei der Erarbeitung eines Entwurfs auf amts- oder verwaltungsexternen Sachverstand zurückgegriffen. Bei Vorhaben, die wesentliche Interessen der Kantone oder der Gemeinden betreffen, namentlich bei der Umsetzung, sind diese über eine geeignete Vertretung einzubeziehen. Ist ein solcher Beizug nicht möglich oder nicht angezeigt, ist dies zu begründen. 101

102

Arbeitsgruppe oder Begleitsgruppe	
Eignung	Arbeitsgruppen eignen sich vor allem, wenn der Sachverstand bei der Verwaltung konzentriert ist. Sie können auch eingesetzt werden, um den Arbeitsrahmen abzustecken und das weitere Vorgehen zu bestimmen.
Zusammensetzung, Präsidium	Kleiner Personenkreis (sieben bis zehn Personen) unter verwaltungsinterner Leitung, der sich vor allem aus Angehörigen der Bundesverwaltung zusammensetzt.
Einsetzung	Arbeitsgruppen werden in der Regel durch das Amt eingesetzt.
Studienkommission	
Eignung	Studienkommissionen eignen sich für wissenschaftlich-methodische Aufgaben, z.B. für Vorstudien oder für das Erarbeiten eines Berichts. Sofern notwendig, können politische Anliegen durch Hearings, eventuell ergänzt durch ein Frageschema, in Erfahrung gebracht werden.
Zusammensetzung, Präsidium	Eine Studienkommission besteht aus Sachverständigen und sollte höchstens 15 Mitglieder aufweisen. Den Vorsitz übernimmt in der Regel eine Person aus der Verwaltung. Ein verwaltungsexternes Präsidium kann sich aufdrängen, wenn die entsprechende Person über grossen Sachverstand, praktische Erfahrung und/oder grosse Unabhängigkeit verfügt.
Einsetzung	Studienkommissionen werden durch das Departement eingesetzt.
Expertenkommission	
Eignung	Expertenkommissionen werden mit der Erarbeitung eines Erlassentwurfs oder von Detailstudien betraut. Sie haben oft auch konsensbildende Funktionen und eignen sich somit für konfliktträchtige Fragen.
Zusammensetzung, Präsidium	Expertenkommissionen bestehen in der Regel überwiegend aus verwaltungsexternen Fachleuten, welche bezüglich Interessengruppen, Geschlechtern, Sprachen, Regionen und Altersgruppen möglichst ausgewogen zusammengesetzt sind. Je grösser die Zahl der Mitglieder ist, desto höher sind in der Regel auch der administrative Aufwand, die Kosten und desto schwerfälliger sind häufig die Diskussionen. Eine Expertenkommission sollte deshalb höchstens 20 Mitglieder haben. Sie kann sich in Subkommissionen organisieren. Sie steht unter verwaltungsinterner (Regelfall) oder externer Leitung (besonderer Sachverstand und Erfahrung, grosse Unabhängigkeit, hohe Akzeptanz).
Einsetzung	Expertenkommissionen werden durch den Bundesrat oder nach Orientierung des Bundesrats durch das Departement eingesetzt.
Ausserparlamentarische Kommission	
Eignung	Ausserparlamentarische Kommissionen stehen dem Bundesrat oder einem Departement in bestimmten Gebieten beratend und für vorbereitende Aufgaben dauerhaft zur Verfügung.
Zusammensetzung, Einsetzung	Sie werden nach den Grundsätzen von Artikel 57*a*–57*g* RVOG (SR 172.010) und Artikel 8*a*–8*i* RVOV (SR 172.010.1) eingesetzt. Die Amtsdauer der Mitglieder beträgt vier Jahre. Sie richtet sich nach der Legislaturperiode des Nationalrates.

Kommission Bund-Kantone	
Eignung	Diese Kommissionen sind vor allem angezeigt, wenn Rechtsetzungsvorhaben die Kantone in hohem Masse betreffen.
Zusammensetzung, Präsidium	Sie sind aus Vertretern des Bundes und der Kantone zusammengesetzt, allenfalls ergänzt durch weitere Vertreter (namentlich Gemeindeverband, Städteverband). Die Leitung kann durch einen Vertreter des Bundes oder der Kantone und gegebenenfalls auch gemeinsam (Co-Leitung) wahrgenommen werden.
Einsetzung	Diese Kommissionen werden vom Bundesrat, allenfalls vom Departement im Einvernehmen mit den Kantonen eingesetzt.
Experte, Expertin	
Eignung	Expertinnen und Experten sind geeignet, wenn Sachverstand bei einer spezifischen Person gebündelt ist und das Thema politisch konfliktträchtig ist.
Einsetzung	Expertinnen und Experten werden durch das zuständige Amt beauftragt.

Ergebnis

Das Vorgehen zur Erarbeitung des Entwurfs, namentlich die Form der Wissensbeschaffung, ist geklärt. *103*

Nun beginnt die eigentliche inhaltliche Arbeit. Dabei sind vorerst das Problem, die Ziele, die rechtlichen Rahmenbedingungen, die geeigneten Lösungen sowie die anzustrebende Lösung zu umschreiben, bevor ein Normkonzept und anschliessend die Normtexte erarbeitet werden.

Das Problem definieren

Übersicht

Die Problemdefinition gibt Aufschluss darüber, ob und gegebenenfalls aus welchen Gründen ein Tatbestand neu oder anders als bisher geregelt werden muss. *104*

Die Problemdefinition ist vor allem bedeutsam, um anschliessend den exakten Handlungsbedarf auszuloten und die geeigneten Instrumente auszuwählen. Sie ist deshalb die Basis für alle nachfolgenden Arbeitsschritte. Sie stellt sicher, dass vor dem Einleiten von Massnahmen die Situation ausreichend abgeklärt wird. Dies ist eine notwendige Voraussetzung, damit namentlich dem Subsidiaritätsprinzip (s. *Rz. 64*) Genüge getan wird. Aus diesem Grunde ist eine umfassende, sorgfältige und ausgewogene Problemanalyse wichtig. *105*

Die einzelnen Schritte des Problemlösungszyklus (Problemdefinition, Zielbestimmung usw.) werden hier in einem linearen Ablauf präsentiert. Es handelt sich aber häufig um einen iterativen Prozess. Beispielsweise zeigt sich bei der Zielbestimmung, dass die Problemdefinition noch nicht genügend aussagekräftig ist und ergänzt werden muss, oder es stellt sich bei der Lösungsbewertung heraus, dass die Zielbestimmung noch Mängel aufweist und dass die Ziele umfassender und präziser festgelegt werden müssen. *106*

107 Die einzelnen Schritte des Problemlösungszyklus ermöglichen nicht nur das systematische Finden einer geeigneten Lösung. Sie führen auch zur Bereitstellung von wichtigen Grundlagen für den erläuternden Bericht. Schriftliche Texte sind möglichst so abzufassen, dass sie integral in den erläuternden Bericht übernommen werden können.

108 Die Problemanalyse ist eng verwoben mit der Analyse des Ist-Zustands (Problem = Differenz zwischen Ist- und Sollzustand). Gelegentlich ergibt sich ein Bedarf für Rechtsetzung nicht aufgrund eigentlicher Probleme, sondern deshalb, weil die Entwicklung des Rechts, der Wirtschaft, der Technik usw. fortschreitet, sich neue Spielräume ergeben und bessere Lösungsmöglichkeiten vorliegen. So kann es etwa geschehen, dass neue technische Möglichkeiten nur mit einer Anpassung von Erlassen effektiv genutzt werden können (z.B. autonome Fahrzeuge) oder dass sie neue gesetzgeberische Herangehensweisen ermöglichen (z.B. indem es möglich wird, den von bestimmten Daten betroffenen Personen direkten Online-Zugriff auf diese Daten zu geben, so dass administrativ anspruchsvolle Auskunftsgesuche überflüssig werden).

109 Manchmal ist es sinnvoll, die Problemanalyse anderen Bundesstellen (vom Sachverhalt betroffene andere Dienststellen) oder externen Expertinnen und Experten zur Stellungnahme vorzulegen oder sie öffentlich zur Diskussion zu stellen (vgl. Rz. 70).

Arbeitsschritte

Ausgangslage

110 Ein Auftrag für das Erarbeiten eines Entwurfs liegt vor und die Modalitäten für die Grundlagenbeschaffung und den Einbezug von Sachverstand sind bestimmt.
Die Problemanalyse bzw. die Ermittlung des Ist-Zustands umfassen folgende – zum Teil parallel, zum Teil nacheinander – ablaufende Arbeitsschritte:

Analyse des Auftrags/Auslösers

111 Der Auslöser bzw. Auftrag für ein Rechtsetzungsprojekt nennt üblicherweise gewisse Probleme und verlangt mehr oder weniger konkret formulierte Abhilfen. Meist ist der Auftrag bzw. der Auslöser auf die dahinterliegenden Ziele sowie die Übereinstimmung mit der vorgeschlagenen Stossrichtung der Massnahmen zu überprüfen und inhaltlich zu vertiefen.

112 Manchmal ist die Problemdefinition nämlich zu einseitig gehalten und auf bestimmte Lösungsvorschläge ausgerichtet, bzw. sie schliesst andere Lösungen aus oder ist sehr allgemein gehalten.
Gelegentlich werden auch Gründe für staatliches Handeln genannt, die zu wenig durchdacht sind und nicht den eigentlichen Absichten der Behörden entsprechen.

Ermitteln von Problemursache und -dynamik

Das zuständige Amt nimmt aufgrund seines eigenen Sachverstandes und allenfalls mit Hilfe beigezogener Expertinnen und Experten eine eigene Analyse des Problems und seiner Dynamik vor. Verschiedene Kriterien ermöglichen eine solche Analyse: 113

- Beschaffenheit: Worin besteht das Problem, worin äussert es sich?
- Ursache: Worauf ist das Problem zurückzuführen, welches sind seine Entstehungsgründe?
- Umfeld: Welches sind die Rahmenbedingungen in der Gesellschaft, der Wirtschaft, der Umwelt, der Technik (inkl. IT)? usw.? Wie beurteilt die Zivilgesellschaft (Öffentlichkeit, politische Parteien, interessierte Kreise) das Problem?
- Bisherige Massnahmen: Welche Massnahmen wurden bisher von den Gemeinden und Kantonen, seitens des Bundes und auf internationaler Ebene ergriffen? Warum haben sie nicht ausreichend gewirkt? Wurden die Massnahmen bereits evaluiert? Welche Erkenntnisse haben sich ergeben?
- Dynamik: Ist eine Entwicklung erkennbar (periodische Ausprägungen, Regelmässigkeiten)?
- Dauer: Ist das Problem vorübergehender oder dauerhafter Natur?
- Betroffenheit: Wer oder was ist wie stark von diesem Problem betroffen?
- Schnittstellen: Mit welchen anderen Bereichen und Staatsaktivitäten hängt das Problem zusammen?
- Folgen eines Handlungsverzichts: Was würde geschehen, wenn auf eine Intervention verzichtet würde? Auf welche Weise und in welcher Intensität würden andere Sachgebiete betroffen?

Gegebenenfalls Darstellung der Problemursachen in Form einer grafischen Darstellung

Bei Bedarf können die Ursachen und die Zusammenhänge des Problems sowie dessen Dimensionen in einer grafischen Darstellung veranschaulicht werden (kausale Modellierung). 114

Bei Bedarf: Entwicklung von Szenarien

Häufig werden Szenarien, d.h. alternative Zukunftsentwürfe über das Problem und das künftige Regelungsfeld, entwickelt. Damit kann den Unsicherheiten der Entwicklung und – anschliessend bei der Bewertung möglicher Lösungen – den Chancen und Risiken bestimmter Lösungsstrategien besser Rechnung getragen werden. 115

Ergebnis

Die Problemdefinition liegt in schriftlicher Form vor (ggf. ergänzt mit einer grafischen Abbildung). 116

Sie bildet die Grundlage für das Kapitel «Ausgangslage» im erläuternden Bericht und später in der Botschaft zum Erlassentwurf.

Die Problemdefinition bildet ferner die Grundlage für die anschliessende Zielbestimmung und für die Lösungssuche.

117 Der Rechtsetzungsprozess kann auch abgebrochen werden, wenn davon ausgegangen werden kann, dass die Gesellschaft, die Wirtschaft oder die Kantone und Gemeinden mit dem Problem innert nützlicher Frist selbst fertig werden können. Weitere Massnahmen nicht-rechtsetzenden Charakters (Realakte, Praxisänderung usw.) oder vertragliche Regelungen können ebenfalls ins Auge gefasst werden. Es ist aber zu beachten, dass staatliches Handeln auch dann eine adäquate gesetzliche Grundlage haben muss, wenn es z.B. die Form von Realakten oder Verträgen hat.

Die Ziele formulieren

Übersicht

118 Im Rahmen der Zielformulierung wird festgelegt, welche Situation erreicht oder zumindest angestrebt werden sollte.

119 Die Zielformulierung hat vier Funktionen. Sie:

- gibt die Richtung für die anschliessende Lösungssuche vor;
- ist ist ein wichtiges Kriterium für die Bewertung von Lösungsalternativen;
- ist bedeutsam für die spätere Auslegung des Erlasses;
- bildet zudem einen Referenzpunkt für eine spätere Evaluation der Wirksamkeit des Erlasses.

120 Die Zielformulierung wird im erläuternden Bericht bzw. in der Botschaft des Bundesrats in der Regel im Kapitel «Ausgangslage» wiedergegeben. Sie kann später im Erlass als Ziel oder Zweck verankert werden. Die entsprechenden Bestimmungen geben den rechtsanwendenden oder rechtsprechenden Behörden Hinweise für die Interpretation der einzelnen Bestimmungen.

121 Die Zielformulierung soll lösungsneutral sein, d.h. nicht von einer fixierten Lösungsidee ausgehen; dadurch wächst die Chance, dass bei der Lösungssuche auch Ideen auftauchen, die sonst bereits ausgeschlossen worden wären; alle sinnvollen Lösungen sollen in Betracht gezogen werden. Insbesondere sollten konkrete Vorstellungen bestimmter technischer oder administrativer Umsetzungsmöglichkeiten hier noch nicht zu einer Verengung des Blickfelds führen.

122 Es sind diejenigen Kontrollkriterien zu definieren, an denen die erarbeiteten Lösungsvarianten gemessen werden sollen (Operationalisierung der Ziele; quantitative und qualitative Ziele).

123 Ziele und Mittel lassen sich nicht immer trennscharf unterscheiden, sondern ergeben sich aus der Abstraktionshöhe des Betrachters oder der Betrachterin.

Arbeitsschritte

Ausgangslage

Ein Auftrag für das Erarbeiten eines Entwurfs liegt vor, und die Modalitäten für die Grundlagenbeschaffung und den Einbezug von Sachverstand sind bestimmt. Eine Problemanalyse liegt ebenfalls vor. 124

Zielanalyse des Auftrags und des politischen Umfelds

Die impliziten oder expliziten Ziele im Auftrag werden ermittelt. In die Zielanalyse werden alle relevanten Dokumente (Legislaturplanung, parlamentarische Vorstösse und Stellungnahmen des Bundesrats, Stellungnahmen in den eidgenössischen Räten bzw. in parlamentarischen Kommissionen u.a.m.) einbezogen. 125

Setzen konsensfähiger und realistischer Ziele

Es werden realistische und möglichst konkrete Ziele formuliert. 126

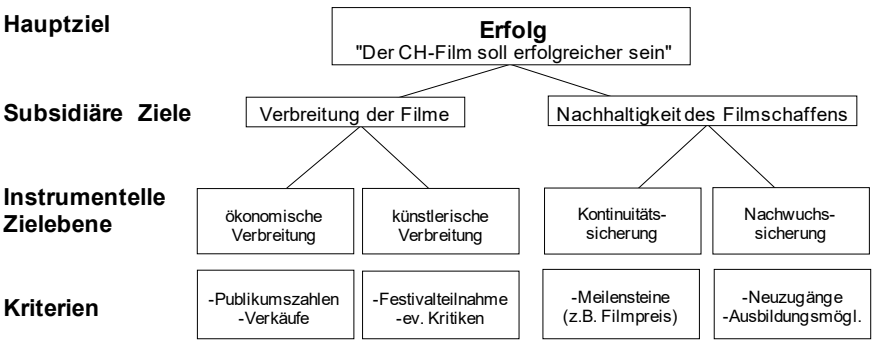
Bei Bedarf: Erarbeiten eines Zielbaums

Nicht selten besteht für den Gegenstand, für welchen eine Regelung in Betracht gezogen wird, ein komplexes Zielgefüge. Dabei können die einzelnen Ziele miteinander harmonisieren oder sich widersprechen. 127

Zu berücksichtigen sind auch die Rahmenbedingungen. Es werden Vorgaben (z.B. Kostenneutralität, Umsetzung durch Kantone, Minimierung von Nebenwirkungen) festgelegt, welche bei der Problemlösung nicht verletzt werden dürfen.

Das Verhältnis der Ziele zueinander (z.B. Ober-, Mittel-, Unterziele) lässt sich in grafischer Form durch einen Zielbaum veranschaulichen. 128

Beispiel: Zielbaum Filmförderung



Quelle: Cine-Bulletin 12/2005

Bei Bedarf: Operationalisierung der Ziele

Die Zielformulierung gewinnt an Klarheit und Präzision, wenn die Ziele nicht in unbestimmte Rechtsbegriffe gekleidet sind, sondern präzise Vorgaben enthalten, die mit Kennzahlen oder Indikatoren gemessen werden können. 129

Beispiel

- Statt «eine namhafte Senkung der Treibhausgase» präziser formulieren: «Reduktion der Treibhausgasemissionen bis 2050 auf null».

Ergebnis

130 Eine Zielformulierung liegt in schriftlicher Form (ggf. ergänzt durch grafische Abbildung) vor. Sie kann in den erläuternden Bericht (Kapitel «Ausgangslage», «geprüfte Alternativen und gewählte Lösung») integriert werden.

Die rechtlichen Rahmenbedingungen ermitteln

Übersicht

131 Jeder neue oder geänderte Erlass muss sich in den bestehenden rechtlichen Rahmen einfügen. Sein Inhalt muss ausreichend früh im Prozess festgelegt werden, damit geprüft werden kann, ob eine Rechtsetzungskompetenz besteht und die Übereinstimmung mit höherrangigem Recht und die Kohärenz der Rechtsordnung sichergestellt wird.

132 Die rechtlichen Rahmenbedingungen werden nicht nur zu Beginn des Prozesses ermittelt, sondern mit dem Projektfortschritts ständig neu abgeglichen. Das ist vor allem dann wichtig, wenn ein agil geführtes Projekt im IT-Kontext sich gegenüber den ursprünglichen Überlegungen wandelt. Zur Notwendigkeit einer dauerhaften interdisziplinären Zusammenarbeit vgl. *Rz.* 85.

133 Die rechtlichen Rahmenbedingungen (z.B. fehlende Verfassungsgrundlage für bestimmte Lösungsansätze) sind ein wichtiges Element bei der Lösungssuche und -bewertung. Für die Wahl einer Lösung können sie nicht alleine ausschlaggebend sein, doch können sie die Wahl anderer Lösungen ausschliessen, wenn sich diese als unzulässig erweisen.

134 Zu berücksichtigen sind namentlich die Querschnittgesetze (z.B. allgemeine verfahrensrechtliche Bestimmungen, das Datenschutzgesetz oder die Subventionsgesetzgebung).

135 Die Neuschaffung oder Änderung des Erlasses ist mit anderen Rechtsetzungsarbeiten zu koordinieren, welche die gleiche Materie oder die gleichen Erlasse betreffen. Der Koordinationsbedarf kann ebenso inhaltliche wie formale Aspekte (z.B. Verweise zwischen den Erlassen) betreffen. Zu den Fällen, in denen Koordinationsbestimmungen notwendig sind, und zur Art, wie diese eingebracht werden können, vgl. GTR *Rz.* 54.

Arbeitsschritte und Optionen

Ausgangslage

136 Ein Auftrag für das Erarbeiten eines Entwurfs liegt vor und die Modalitäten für die Grundlagenbeschaffung und den Einbezug von Sachverstand sind bestimmt. Die Ermittlung der Rahmenbedingungen kann nach der Problemdefinition und Zielbestimmung einsetzen, gegebenenfalls aber auch parallel laufen.

Rechtsetzungskompetenz des Bundes

Bei der Schaffung eines Erlasses gilt es abzuklären, ob der Bund eine ausreichende Verfassungsgrundlage hat, um in einem Aufgabengebiet tätig zu werden und eine bestimmte Massnahme zu treffen. Besteht eine Verfassungsgrundlage, dann ist ihre Tragweite abzuklären und, falls sie nicht ausreichend ist, ihre Änderung ins Auge zu fassen. Fehlt eine Verfassungsgrundlage, ist deren Schaffung vorzusehen oder auf eine Bundesregelung zu verzichten. 137

Rechtlicher Rahmen

Zu berücksichtigen sind das internationale Recht, das EU-Recht sowie das Bundesrecht. Dazu gehören das sich bereits in Kraft befindliche Recht, aber auch bereits bestehende Entwürfe bzw. laufende (Rechtsetzungs-)Vorhaben. 138

- Internationales Recht: Zum für die Schweiz verbindliche Völkerrecht zählen alle internationalen Verträge, welche die Schweiz mit ausländischen Staaten, internationalen Organisationen und anderen Völkerrechtssubjekten abgeschlossen hat. In materieller Hinsicht gilt es abzuklären, ob das zu lösende Problem nicht Gegenstand dieses internationalen Rechts bildet. Die entsprechenden Teile der Systematischen Sammlung des Bundesrechts sind zu konsultieren. Auch das internationale Recht, an welches die Schweiz völkerrechtlich nicht gebunden ist, ist in die rechtlichen Überlegungen einzubeziehen. Ohne Not sollte man nicht von im internationalen Recht gesetzten Standards abweichen, um nicht das Risiko von Widersprüchen im Falle eines späteren Beitritts zu einer internationalen Vereinbarung zu schaffen.
- EU-Recht: Die verschiedenen bilaterale Verträge der Schweiz mit der EU führen zu völkerrechtlichen Verpflichtungen für die Schweiz. Dabei gilt der im Abkommen festgelegte Rechtsbestand der EU (der «Acquis communautaire») auch für die Schweiz. Hat die Schweiz in einem Bereich kein Abkommen mit der EU abgeschlossen, muss das EU-Recht grundsätzlich nicht ins Bundesrecht übernommen werden. Es gilt allerdings, rechtliche Unterscheidungen zu vermeiden, die den Interessen der Schweiz zuwiderlaufen könnten.
- Bundesrecht: Eine Überprüfung der Bestimmungen des Bundesrechts hilft zu entscheiden, welche Aspekte des Problems bereits Gegenstand einer rechtlichen Regelung sind und ob es besser ist, einen neuen Erlass zu erarbeiten oder einen bestehenden Erlass zu ändern.

Ergebnis

Die rechtlichen Rahmenbedingungen sind den Projektverantwortlichen bekannt und werden laufend in ihre Überlegungen einbezogen. 139

Geeignete Lösungen suchen

Übersicht

140 Ein systematisches Vorgehen bei der Lösungssuche soll vermeiden, dass sich die Auswahl bzw. die spätere Erlassredaktion vorschnell auf eine (z.B. in der Öffentlichkeit geforderte) unzweckmässige Regelung beschränkt. Es soll sicherstellen, dass unterschiedliche Handlungsoptionen (staatliche Handlungsinstrumente) berücksichtigt werden bzw. neue Lösungen geprüft und allenfalls angewendet werden. Gefragt sind konsensorientierte Lösungen.

Beachten Sie bei der Suche und Bewertung möglicher Lösungen auch den RFA-Prüfpunkte (vgl. Rz. 160) sowie die im Unternehmensentlastungsgesetz (UEG; SR 930.31) verankerten Regulierungsgrundsätze (Art. 1 und 2 UEG) und Prüf-pflichten (Art. 4 UEG).

Arbeitsschritte

Ausgangslage

141 Probleme und Ziele sind festgelegt.

Inventar möglicher Lösungen erstellen

142 Es gilt Lösungen zu finden, die geeignet sind, das Problem zu bewältigen bzw. die gesetzten Ziele zu erreichen. Zu prüfen sind: formelles und informelles staatliches Handeln, Handeln auf Ebene sowohl des Bundes als auch der Kantone und Gemeinden, unterschiedliche Formen der Zusammenarbeit mit Privaten, auch Nicht-Handeln.

143 Die Suche nach möglichen Lösungen setzt eine eingehende Kenntnis des Problems und der festgelegten Ziele und gegebenenfalls der bestehenden Lösungsansätze in anderen Staaten oder Gliedstaaten sowie in ähnlich gelagerten Fragen voraus.

144 Die Lösungssuche ist aber auch ein kreativer Prozess (u.a. auch Einsatz von Kreativitätstechniken wie Brainstorming oder Mind-Mapping), aus dem sich auch neue Ansätze herauskristallisieren können.

145 Folgende Überlegungen können bei der Suche nach möglichen geeigneten Lösungen helfen:

- Welche Logik liegt dem vorliegenden Problem zugrunde? Wie kann der Staat auf die entsprechenden Akteure einwirken, damit eine positive Veränderung erreicht werden kann?
- Welche Lösungen zum vorliegenden Problem sind in der politischen Öffentlichkeit vorgeschlagen worden?
- Welche Lösungen bzw. konkreten Regelungen gibt es auf Ebene der Kantone bzw. in vergleichbaren Staaten zum vorliegenden Problem bzw. Sachverhalt (Ergebnis eines Rechtsvergleichs)?
- Gibt es in anderen Sachgebieten ähnliche Problemstellungen? Welche Lösungen wurden dort getroffen?

- Welche möglichen Handlungsinstrumente gibt es?(vgl. *Rz. 827 ff.*)
- Gibt es bestimmte Lösungsansätze bzw. -strategien, welche für das vorliegende Problem besonders geeignet sind? Etwa: marktwirtschaftliche Strategien, d.h. das Schaffen (neuer) funktionierender Märkte, privatrechtliche Strategien (z.B. das Schaffen zusätzlicher Rechtsansprüche), Verbots- und Strafstrategien, pädagogische Strategien (Vorbildfunktion des Staates, Schaffen von Labels, Informationskampagnen usw.), partnerschaftliche Strategien (Zusammenarbeit Staat-Private)?

Wenig geeignete Lösungen ausscheiden

Aufgrund einer summarischen Prüfung können in der Regel gewisse Lösungen ausgeschieden werden, z.B. weil sie: *146*

- unverhältnismässig sind (andere, geeignete Lösungen stehen zur Verfügung, welche geringere Belastungen der Privaten zur Folge haben),
- wenig wirksam erscheinen,
- zu teuer sind,
- rechtlich schwierige Probleme stellen (Unvereinbarkeit mit bereits getroffenen anderen Lösungen, Notwendigkeit einer Verfassungsrevision u.a.m.),
- zu rigide sind, etwa weil sie zu sehr auf eine bestimmte technische Umsetzung ausgerichtet und damit zu wenig zukunftsoffen sind (vgl. Rz. 698 ff., insb. 701 zum Verhältnis zwischen Normstufe, Normdichte und Flexibilität/Technologieneutralität),
- kaum konsensfähig sind.

Geeignete Lösungskombinationen und -alternativen entwickeln

Die Lösungsansätze können wie folgt weiterentwickelt werden: *147*

- Lösungen, die sich in ihren Wirkungen gegenseitig ergänzen oder verstärken, werden zu Lösungspaketen zusammengefasst. Dabei kann es sich auch um Lösungen handeln, welche in eine logische Reihenfolge gebracht werden können (z.B. mildere Massnahmen am Anfang, stärkere für den Fall, dass diese zu wenig wirksam sind).
- Lösungen oder Lösungspakete, die sich ausschliessen, bilden Alternativen, welche einander gegenübergestellt werden können.
- Lösungen, die in sich unterschiedlich ausgestaltet werden können, können zu Teilvarianten gruppiert werden.
- Regelungskonzepte, die zwar zu den heutigen (z.B. technischen, IT-) Bedingungen passen, aber zu wenig zukunftsoffen sind, können unter Wahrung des Legalitätsprinzips (Bestimmtheitsgebot) offener ausgestaltet werden.

Ergebnis

Es liegt ein Inventar der grundsätzlich geeigneten Lösungen vor. *148*
Dieses bildet einen Bestandteil des Kapitels «Begründung und Bewertung der vorgeschlagenen Lösung» im erläuternden Bericht bzw. in der Botschaft.

Lösungsvarianten bewerten, Auswahl treffen

Übersicht

149 Die grundsätzlich geeigneten Lösungen werden auf ihren Beitrag zum Erreichen der Ziele und somit mit Blick auf die mutmasslichen Auswirkungen bewertet. Gestützt auf die Bewertung wird entschieden, welche Massnahmen bzw. Regelungen ausgewählt werden.

150 In dieser Phase werden die Lösungen in der Regel noch nicht als Gesetzesbestimmungen ausformuliert; dieser Schritt erfolgt erst in der nachfolgenden Phase (Vorentwurf und erläuternder Bericht; s. *Rz. 170 ff.*).

151 Es wird empfohlen, bereits in der Konzeptphase von den Richtlinien für die Risikovorprüfung und die Datenschutz-Folgenabschätzung bei Datenbearbeitungen durch die Bundesverwaltung Kenntnis zu nehmen.

Arbeitsschritte

Ausgangslage

152 Die für die Behebung des Problems grundsätzlich geeignet erscheinenden Lösungen wurden bestimmt, die Ziele ebenfalls.

Bestimmung der Bewertungskriterien

153 Gestützt auf die Zielformulierung (*Rz. 118*) werden die für die Bewertung der Lösungen massgeblichen Kriterien bestimmt. Es ist darauf zu achten, dass in die Bewertung möglichst alle relevanten Faktoren, darunter auch allgemein relevante Ziele (wie z.B. Wirksamkeit, Wirtschaftlichkeit, Umsetzungseignung, politische Akzeptanz usw.) und Rahmenbedingungen (wie z.B. Notwendigkeit, Verhältnismässigkeit, Auswirkungen auf die Grundrechte (Art. 35 BV), Regulierungsfolgen (vgl. *Rz. 178 ff.*), Kosten, Personalbedarf, administrativer Aufwand, Subsidiarität usw.) einbezogen werden. Wandelt sich der Gegenstand der Regelung relativ rasch (etwa bei Bezügen zur IT), hat die Zukunftsoffenheit der Regelung besonderes Gewicht; sie kann in den Grenzen des Legalitätsprinzips (Bestimmtheitsgebot) als wichtiges Bewertungskriterium aufgenommen werden (vgl. Rz. 717 ff., insb. 701). Anliegen aus der Wirtschaft (v.a. möglichst geringe administrative Belastung der Wirtschaft, insbesondere der KMU, und möglichst geringe Einschränkung der unternehmerischen Freiheit), der Gesellschaft (Stärkung der gesellschaftlichen Integration, Verbesserung der öffentlichen Gesundheit und Sicherheit, Stärkung der Solidarität unter und zwischen den Generationen) und der Umwelt (Senkung der Umweltbelastung) sowie weitere Aspekte (z.B. Gleichstellung von Frau und Mann, Datenschutz) sind ebenfalls mit einzubeziehen. Damit können (positive und negative) Nebenwirkungen der Lösungsalternativen ermittelt werden.

Bewertung der Lösungsalternativen (prospektive Evaluation)

Für die Auswahl der Handlungsalternativen gibt es Vorgehensweisen mit unterschiedlichem Formalisierungsgrad. Alle haben ihre Stärken und Schwächen und werden deshalb mit Vorteil kombiniert eingesetzt. 154

Weniger formalisierte Techniken beruhen auf einer genauen Kenntnis der Funktionsweise möglicher Lösungen. Deren Wirkungsweise wird systematisch durchgedacht sowie in sprachlicher und ergänzend auch in grafischer Form zur Darstellung gebracht. Durch das systematische Vergleichen der Wirkungsweise unterschiedlicher Lösungen treten auch ihre Vor- und Nachteile ans Licht. Die Bewertung ist nicht völlig systematisiert; sie beruht auf Erfahrungen (z.B. persönliche Erfahrungen, Rechenschaftsberichte, Evaluationen) mit dem Interventionsfeld, über das vorgesehene Instrumentarium, über die Vollzugsinstanzen, über die betroffenen Normadressaten u.a.m. 155

Formalisierte Techniken beinhalten eine systematische Bewertung, häufig gar eine Quantifizierung der Kosten und des Nutzens der verschiedenen Lösungsalternativen. 156

Die Bewertung darf sich nicht auf Idealvorstellungen über die Eignung und Wirkungsweise von Lösungen abstützen, sondern muss von möglichst realistischen und evidenzbasierten Informationen geleitet werden, wie sich die Lösungen in der Wirklichkeit bewähren. Zur Erhebung der für die Regulierungsfolgenabschätzung nötigen Daten ist dabei oft «Feldforschung» unabdingbar. So ergeben sich aus Interviews mit Vertreterinnen und Vertretern von Unternehmen, Universitäten oder Verbänden oder aus Umfragen bei kantonalen Behörden oft interessante Resultate, die die Qualität der prospektiven Evaluation verbessern können. Auch aus einer intensiven öffentlichen Kommunikation (vgl. Rz. 70) können Erkenntnisse für die Abschätzung der Auswirkungen gewonnen werden. 157

Verfeinerung einzelner Lösungen

Gestützt auf die Ergebnisse der ersten Bewertung können Erfolg versprechende Lösungen verfeinert und verbessert bzw. neue, bessere Kombinationen von Lösungsansätzen geschaffen werden. Es können auch Untervarianten geschaffen werden. In dieser Phase empfiehlt es sich, insbesondere bei komplexen Projekten, die Regulierungsfolgenabschätzung (prospektive Evaluation) zu überarbeiten, um die festgestellten Folgen zu präzisieren oder zu quantifizieren. 158

Ergebnis

Ein Entscheid liegt vor, welche Lösungen zu einem Normkonzept weiterbearbeitet werden sollen. Die Lösungsbewertung enthält Elemente für das Kapitel «Begründung und Bewertung der vorgeschlagenen Lösung» und «Auswirkungen» im erläuternden Bericht und in der Botschaft. 159

(RFA) planen und durchführen

Begriff

160 Die Regulierungsfolgenabschätzung (RFA) ist das Instrument zur Untersuchung und Darstellung der volkswirtschaftlichen Auswirkungen von Vorlagen des Bundes.

Funktion

Die RFA dient dazu, den Regulierungsbedarf, alternative Handlungsoptionen, die erwarteten Auswirkungen und die Vollzugstauglichkeit systematisch zu untersuchen. Der RFA-Prozess begleitet den Rechtssetzungsprozess und soll so früh wie möglich initiiert werden. Für alle Vorlagen ist möglichst früh im Prozess der Quick-Check (Quick-Check Formular) durchzuführen, idealerweise parallel zum Problemlösungszyklus. Der Quick-Check ist eine Kurzabschätzung der RFA-Prüfpunkte und dient dazu, die Notwendigkeit weiterer Analysen zu bestimmen. Der Quick-Check wird der ersten Ämterkonsultation (z.B. zu einem Aussprachepapier zur Bestimmung der Stossrichtungen – spätestens aber bei Eröffnung der Vernehmlassung) beigelegt.

Je nach Relevanz der Vorlage sind zusätzliche Analysen notwendig. Die Ergebnisse dieser Analysen werden im Bundesratsantrag, dem erläuternden Bericht für die Vernehmlassung und in der Botschaft dargelegt.

Hilfsmittel

RFA-Handbuch

RFA-Quick-Check

Ein Normkonzept erarbeiten

Übersicht

Begriff

161 Das Normkonzept skizziert den wesentlichen Inhalt des Erlasses, zeigt möglichst Varianten auf und enthält erklärende und wesentliche inhaltliche Erläuterungen. Es enthält noch keine ausformulierten Normtexte.

Funktion

162 Die Erarbeitung des Normkonzepts ist eine wichtige Etappe zwischen der Festlegung der wichtigsten normativen Inhalte und der eigentlichen Formulierung der Normtexte. Das Normkonzept hat zwei Funktionen:

- Gesetzesmethodisches Hilfsinstrument: Das Normkonzept bildet eine strukturierte Grundlage für die Redaktion der Normtexte.
- Führungsinstrument der Amtsleitung: Das Normkonzept ermöglicht es der Amtsleitung, inhaltliche und gesetzestechnische Weichenstellungen vorzunehmen und Grundsatzentscheide zu treffen.

Die Erarbeitung des Normkonzepts ist in der Regel Aufgabe der mit den Rechtsetzungsarbeiten beauftragen Stelle (Fachamt, Arbeitsgruppe, Expertenkommission). 163

Ein von einer Arbeitsgruppe oder Studienkommission erarbeiteter Bericht enthält meist bereits Elemente, auf die bei der Erarbeitung des Normkonzepts aufgebaut werden kann. 164

Bei geringfügigen Änderungen, wenn keine eigentlichen gesetzestechnischen Weichenstellungen zu treffen sind oder bei eng vorgegebenem Erlassinhalt (z.B. durch höherrangiges Recht oder Vorgaben des Parlaments) kann das Normkonzept vereinfacht oder weggelassen werden. 165

Hilfsmittel

- Weisung betreffend die Unterbreitung von Normkonzepten für Gesetzgebungsvorhaben des Bundesamtes für Justiz

Arbeitsschritte

Ausgangslage

Die Probleme sind definiert, die rechtspolitischen Ziele bestimmt und die wesentlichen Inhalte der zu erlassenden Regelung festgelegt. Die Projektplanung ist abgeschlossen. 166

Erstellen des Normkonzepts

Im Normkonzept sind insbesondere folgende Punkte zu behandeln: 167

- Vorschläge zur Normstufe (vgl. Rz. 698 ff.) und zur systematischen Einordung: Das Normkonzept legt fest, auf welcher Erlassstufe normiert wird (hier: Bundesgesetz) und auf welche Rechtsgrundlage sich der Erlass stützt. Zudem wird geklärt, wieweit der Gesetz- oder Verordnungsgeber allenfalls Aufgaben mittels Delegationsnormen an untergeordnete Instanzen delegiert (z.B. vom Bundesrat an eine ihm nachgeordnete Instanz). Festgelegt wird auch, in welchen Erlass die neue Regelung eingegliedert oder ob ein neuer Erlass geschaffen werden soll und inwieweit bestehende Bestimmungen zu ändern sind. Es geht also insbesondere auch darum, die Eingliederung neuer Normen in das bestehende normative Umfeld zu klären.
- Ausführungen zum normativen Umfeld und Vorschläge zur Erlassform: Berücksichtigung des normativen Umfelds (welche bestehenden Erlasse sind in die Überlegungen einzubeziehen und allenfalls anzupassen oder aufzuheben?); Darlegung, ob neuer Erlass, Total- oder eine Partialrevision, Mantelerlass.
- Überlegungen zur Grobstruktur des Erlasses: Kurze Erläuterung der Gliederungskriterien; Gliederung in Kapitel, Abschnitte usw.; Darstellung der Standardbestimmungen des Einleitungsteils wie Gegenstand, Zweck, Geltungsbereich, Begriffsdefinitionen usw.; Darstellung der wichtigsten Artikel des Hauptteils in nachvollziehbarer Reihenfolge (Erkennbarkeit des Gliederungskriteri-

ums); Auflistung der Standardbestimmungen des Schlussteils wie Vollzug, Aufhebung oder Änderung bisherigen Rechts, Übergangsbestimmungen, Inkrafttreten usw. Die Artikel figurieren nur mit Sachüberschriften und eventuell mit weiteren Stichworten zum Inhalt, noch nicht als ausformulierte Bestimmungen.

- Vorschläge zur Normdichte: Beachtung des Bestimmtheitsgebots (Legalitätsprinzip); Klärung, welche normative Dichte auf welcher Normstufe erforderlich ist (vgl. Rz. 698 ff., insb. 701); Beachtung des Gestaltungsspielraums der Kantone bei der Umsetzung von Bundesrecht (Art. 46 Abs. 3 BV) sowie der adäquaten Aufgabenteilung zwischen den rechtsetzenden und rechtsanwendenden Behörden (funktionale Eignung).
- Zusammenfassung der wichtigen normativen Inhalte: Umschreibung der wichtigen normativen Inhalte des Erlasses, insbesondere persönlicher und sachlicher Geltungsbereich, Rechte und Pflichten Privater, Schaffung von staatlichen Organen sowie Regelung ihrer Aufgaben und Zuständigkeiten, Verfahrensvorschriften etc. in Form von Thesen, Leitsätzen und Eckwerten.
- Kommentierung der Thesen und Vorschläge: Kommentare zu den normativen Inhalten und zu den Vorschlägen betreffend Normstufe, Detaillierungsgrad, Varianten.
- Ausführungen über die Auswirkungen des Erlasses auf personelle und finanzielle Ressourcen und IT bei allen relevanten Akteuren (insb. Private, Behörden von Bund, Kantonen und Gemeinden) sowie die Auswirkungen auf Wirtschaft, Gesellschaft und Umwelt.
- Diskussionswürdige Varianten: Umschreibung und Bewertung von Varianten zu inhaltlichen Aspekten (andere normative Inhalte, insbesondere andere Lösungen betreffend Geltungsbereich und Effizienz) und zu gesetzestechnischen Aspekten (z.B. neues Gesetz oder Gesetzesänderung, Total- oder Partialrevision).

Genehmigung des Normkonzepts

168 Das Normkonzept wird von der zuständigen Stelle (z.B. Amts- oder Departementsleitung) genehmigt.

Ergebnis

169 Es liegt ein genehmigtes Normkonzept vor.

Vernehmlassungsentwurf und erläuternder Bericht

Den Vernehmlassungsentwurf redigieren

Übersicht

Begriff und Funktion

170 Ein Vernehmlassungsentwurf besteht aus einem Erlassentwurf und wird von einem erläuternden Bericht begleitet. Beides dient als Grundlage für die Beurteilung im anschliessenden Vernehmlassungsverfahren.

Hilfsmittel

- Die Hilfsmittel und Weisungen, die für die Erarbeitung des Gesetzentwurfs und der Botschaft massgebend sind (vgl. *Rz. 244*).

Unterstützung

Die Redaktion erfordert den Beizug der verschiedenen Fachspezialisten (Interdisziplinarität). Juristische Unterstützung bieten Fachleute aus dem Rechtsdienst des Amts oder des Departements, subsidiär des Bundesamts für Justiz oder der Bundeskanzlei. 171

Die Redaktion des Erlassentwurfs und des erläuternden Berichts werden hier als zwei nacheinander folgende Etappen dargestellt. Diese Arbeiten werden aber häufig parallel durchgeführt. 172

Arbeitsschritte

Ausgangslage

Es liegt ein genehmigtes Normkonzept vor. Dieses bildet die Grundlage für die Redaktion der Normtexte. 173

Gliederung

Die Norminhalte sind in möglichst logischer Weise zu gliedern (vgl. *Rz. 594* ff.). 174

Formulierung

Die Normen können entweder in zwei oder allenfalls sogar drei Sprachen formuliert werden (parallele Redaktion), oder aber zunächst nur in einer Sprache, um anschliessend in die andern Amtssprachen übersetzt zu werden. Die mehrsprachige Redaktion erleichtert es, Unstimmigkeiten und Ungenauigkeiten zu ermitteln bzw. zu klären. 175

Übersetzung

Die Übersetzung in die beiden andern Amtssprachen bedarf der Kontrolle durch Juristinnen oder Juristen sowie durch Fachleute, soweit die Texte nicht ohnehin von diesen übersetzt werden. Da Fachleute in sprachlichen Fragen nicht immer bewandert sind, kann es nützlich sein, durch sie erstellte Übersetzungen von Sprachspezialistinnen oder -spezialisten stilistisch überprüfen zu lassen. 176

Ergebnis

Der Vernehmlassungsentwurf liegt ausformuliert vor und entspricht den Vorgaben (*Rz. 244*). 177

Die Auswirkungen des Vernehmlassungsentwurfs abschätzen

Übersicht

Ausgangslage

178 Die Auswirkungen eines Vernehmlassungsentwurfs sind die aufgrund des Erlasses zu erwartenden Veränderungen bei den Vollzugsinstanzen (z.B. betreffend Finanzen, Personal, Leistungen) und bei den Normadressaten sowie die sich daraus ergebenden Veränderungen in Wirtschaft, Gesellschaft und Umwelt.

179 Die Abschätzung der Auswirkungen eines Vernehmlassungsentwurfs dient der Überprüfung seiner Eignung, der allfälligen Verbesserung des Vernehmlassungsentwurfs (bei festgestellten Mängeln) und der Formulierung der Erläuterungen zum Vernehmlassungsentwurf (vgl. *Rz. 193*).

180 Sofern ein Verzicht auf die geplante Regelung nicht aus rechtlichen Gründen ausgeschlossen ist, sind ferner auch die Folgen des Verzichts auf die geplante Regelung darzulegen. Das Augenmerk liegt jedoch auf den Auswirkungen des Vernehmlassungsentwurfs. Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich deshalb auf diesen Aspekt.

Massgebende Rechtsquellen und Vorgaben

181 Massgeblich sind:

- Artikel 141 des Parlamentsgesetzes (ParlG, SR 171.10);
- Artikel 4 und 5 des Unternehmensentlastungsgesetzes (UEG, SR 930.31);
- Leitfaden für Botschaften des Bundesrates (s. Erläuterungen zu A Allgemeines Botschaftsschema, Ziffer 3, Auswirkungen);
- Richtlinien des Bundesrates für die Regulierungsfolgenabschätzung bei Rechtsetzungsvorhaben des Bundes (RFA-Richtlinien, BBl 2024 664);
- Arbeitsinstrumente zur Gleichstellungsfolgenabschätzung in Gesetzgebungsprojekten;
- Begleitdokumente des BJ zur Risikovorprüfung und zur Datenschutz-Folgenabschätzung.

Diese Vorgaben gelten insbesondere für Botschaften, Vernehmlassungsunterlagen und Anträge an den Bundesrat für Verordnungen.

Unterstützung

182 Das SECO (Direktion für Wirtschaftspolitik, Ressort Regulierungsanalyse und –politik, www.seco.admin.ch/rfa) berät Dienststellen bei der Vorbereitung und Durchführung von Regulierungsfolgenabschätzungen.

Arbeitsschritte

Ausganglage

183 Ein redigierter Vernehmlassungsentwurf liegt vor.

Wirkungsabschätzung (detaillierte prospektive Evaluation)

184 Die Wirkungen des geplanten Erlassentwurfes sind abzuschätzen und gemäss Botschaftleitfaden im erläuternden Bericht darzulegen. Dabei sind für die volkswirtschaftlichen Folgen insbesondere dDie Richtlinien des Bundesrates für die Regulierungsfolgenabschätzung sowie das Handbuch RFA zu beachten. Konkret ist beispielsweise abzuschätzen:

- wie der Erlass umgesetzt wird und welche staatliche Ebene davon betroffen ist (Bund, Kanton, Gemeinde);
- welche Akteure direkt und indirekt betroffen sind und wie sich deren Verhalten verändert; dabei sind gemäss Artikel. 5 UEG die Regulierungskosten für Unternehmen zu schätzen;
- welche positiven und negativen Wirkungen verursacht werden, z.B. auf die Wirtschaft, auf die Gesellschaft, auf die Umwelt, auf die Geschlechtergleichstellung;
- was für Kosten entstehen; zu den Kosten zählen nicht nur die finanziellen Auswirkungen auf die Haushalte von Bund, Kantonen und Gemeinden, sondern auch die volkswirtschaftlichen Kosten (z.B. der Aufwand für das Einreichen von Gesuchen oder der Ausbildungsaufwand zur sachgerechten Umsetzung anspruchsvoller Vorschriften, Investitionen in IT-Lösungen und die zu deren Bedienung erforderliche Schulung).

Unsicherheit über Nebenwirkungen vermindern

185 Bei der Ermittlung der Auswirkungen ist darauf zu achten, dass die Wirkungsabschätzung nicht von den Wunschvorstellungen des Fachamts geprägt ist. Die Sicht und die Eigeninteressen der Vollzugsbehörden sowie der Normadressaten und anderer beteiligter Akteure sind bei der Wirkungsabschätzung zu berücksichtigen. Dies kann den Blick für die Handlungslogik der betroffenen Akteure und für durch die Norm ausgelöste mögliche unerwünschte Verhaltensänderungen öffnen, welche die Wirkung des Erlasses unter Umständen beeinträchtigen können.

186 Vereinzelt kann es sinnvoll sein, Erlassentwürfe im Rahmen von Planspielen oder Praxistests mit den betroffenen Akteuren anhand von realistischen Situationen oder Fällen zu testen.

Häufig wirken sich Massnahmen nur unter bestimmten Rahmenbedingungen entsprechend der Erwartungen aus. Das gedankliche oder modellhafte Simulieren einer Massnahme unter verschiedenen Szenarien hilft, Risiken der gewählten Lösung zu erkennen.

187 Zu diesem Zeitpunkt ist (nochmals) zu überprüfen, ob der Nutzen des Erlasses (zielbezogene Wirkungen sowie allfällige positive Nebenwirkungen auf andere Ziele) grösser sind als die Kosten. In die Betrachtung einzubeziehen sind materielle und immaterielle, quantifizierbare und nicht quantifizierbare sowie monetari-

sierbare und nicht monetarisierbare Aspekte. Bei einem ungünstigen Kosten-Nutzen-Verhältnis der beabsichtigten Regelung kann sich ein Verzicht auf die Schaffung oder Änderung eines Erlasses aufdrängen.

Aufgrund der Wirkungsanalyse den Vernehmlassungsentwurf verbessern

188 Bei absehbaren Wirkungsmängeln z.B. aufgrund ungenügender Effektivität oder Effizienz ist der Erlassentwurf zu überarbeiten und zu verbessern. Ist aufgrund der Wirkungsabschätzung absehbar, dass mit den vorgesehenen Massnahmen die angestrebten Ziele nicht erreicht werden können, so sind entweder griffigere Massnahmen auszuwählen oder die Ziele sind bescheidener zu formulieren, was zu einer entsprechenden Anpassung des Zweckartikels bzw. der Erläuterungen führen kann.

Unvermeidlichen Unsicherheiten über Wirkungen Rechnung tragen

189 Bestehen trotz der durchgeführten Wirkungsabschätzung noch grosse Unsicherheiten über den Wirkungsverlauf (z.B. bei neuen Interventionsmöglichkeiten oder neuen technischen Lösungen), so kann das Vernehmlassungsverfahren (*Rz. 198*) zum Beheben von Wissenslücken genutzt werden: Das Fachamt kann die Vollzugsinstanzen, die Normadressaten und die Betroffenen (bzw. deren Repräsentativorgane) im Orientierungsschreiben oder mit einem Fragebogen um Angaben zu den Wirkungen ersuchen.

190 Um Wissenslücken zu schliessen, können auch folgende Möglichkeiten geprüft werden:

- Beschränkung des Geltungsbereichs des Gesetzes während einer Testperiode auf eine bestimmte Region oder eine bestimmte Personengruppe (Modellversuch), wenn dies durch den mutmasslichen Erfahrungsgewinn gerechtfertigt ist und soweit eine verfassungsmässige Grundlage gegeben ist; bei Eignung anschliessend Ausweitung der Massnahme auf das gesamte Zielgebiet bzw. auf die gesamte Zielgruppe. Unter Umständen können Versuchsregelungen auf niedrigerer Normstufe stehen; siehe dazu die Randziffern 1046–1048.
- Ausgestaltung des Gesetzes als Versuchsregelung (Befristung verbunden mit einer Evaluationsklausel); bei Nichtbewährung entfällt der Erlass nach Abschluss der Versuchsperiode; andernfalls wird die Massnahme in eine dauerhafte Regelung überführt.
- Unbefristeter Erlass verbunden mit einer Evaluationsklausel oder einer Berichtspflicht. Informationen über Evaluationsklauseln bietet die Webseite des Bundesamts für Justiz: Materialien zu Wirksamkeitsüberprüfungen / Evaluationen.
- Betrifft die Ungewissheit nicht wichtige Fragen, die der Gesetzgeber zu regeln hat (vgl. Art. 164 Abs. 1 BV und Rz. 698 ff.), sondern nachgelagerte Detail- oder Umsetzungsfragen oder Aspekte, in denen die Privatautonomie der Adressaten gewahrt bleiben kann, so gilt es, die Ungewissheit auszuhalten und

die betreffenden Fragen im Gesetz offen zu lassen. Zu klären ist in diesem Fall, ob die offen gelassenen Punkte auf Verordnungsebene geregelt werden müssen, um dem Bestimmtheitsgebot gerecht zu werden, oder ob sich die Gesetzgebung insgesamt davon dispensieren kann und soll, sie zu beantworten. Sind Verordnungsbestimmungen notwendig, ist abzuklären, ob sie einer Delegationsnorm im Gesetz bedürfen (vgl. Rz. 703 ff.). Der erläuternde Bericht bzw. später die Botschaft des Bundesrats sollte die Überlegungen zu diesen Punkten darstellen.

Ergebnis

Es liegt ein schriftlicher Text (mit allfälligen weitergehenden Materialien) vor, der ein möglichst objektives und transparentes Bild der mutmasslichen Auswirkungen des Vernehmlassungsentwurfs (mit Chancen und Risiken) vermittelt und angibt, auf welchen Grundlagen die Wirkungsbeurteilungen beruhen. *191*

Dieser Text bildet die Grundlage für die Redaktion des Kapitels «Begründung und Bewertung der vorgeschlagenen Lösung» und «Auswirkungen» des erläuternden Berichts bzw. der Botschaft. *192*

Den erläuternden Bericht zum Vernehmlassungsentwurf fertig stellen

Übersicht

Begriff und Funktion

Der erläuternde Bericht orientiert über die Grundzüge der Vorlage, er kommentiert den Vernehmlassungsentwurf und stellt die Auswirkungen, das Verhältnis zur Legislaturplanung und zentrale rechtliche Aspekte dar. Er dient der Information der Vernehmlassungsadressaten über den Inhalt und die Tragweite des Vernehmlassungsentwurfs. *193*

Massgebende Rechtsquellen und Vorgaben

Die für die Erarbeitung der Botschaft und des Gesetzesentwurfs geltenden Vorgaben (*Rz. 244*) sind weitgehend auch bei der Erarbeitung des erläuternden Berichts zum Vernehmlassungsentwurf (bzw. sinngemäss bei den Erläuterungen in Anträgen an den Bundesrat oder an das Departement) zu beachten. Der erläuternde Bericht ist so zu gestalten, dass er anschliessend möglichst einfach in die Botschaft des Bundesrats überführt werden kann. *194*

Arbeitsschritte

Ausgangslage

Ein Vernehmlassungsentwurf liegt vor. *195*

Aus den vorangegangenen Phasen (insb. Problemdefinition, Lösungssuche, Bewertung der Lösung, Abschätzung der Auswirkungen) liegen Texte vor, welche in den erläuternden Bericht integriert werden können.

Fertigstellung des erläuternden Berichts

196 Die bestehenden Textfragmente sind zu einem Ganzen zusammenzufügen und die Lücken (insb. Kommentierung der Bestimmungen des Erlasses) zu füllen.

Ergebnis

197 Ein Vernehmlassungsentwurf und ein erläuternder Bericht liegen vor.

Vernehmlassungsverfahren

Übersicht

Funktion

198 Vernehmlassungen bezwecken die Beteiligung der Kantone, der politischen Parteien, der gesamtschweizerischen Dachverbände der Gemeinden, Städte und Berggebiete, der Dachverbände der Wirtschaft und weiterer interessierter Kreise an der Meinungsbildung und Entscheidfindung des Bundes bei wichtigen Erlassen und anderen Vorhaben von grosser Tragweite.

199 Vernehmlassungen sollen Aufschluss geben über die sachliche Richtigkeit, die Vollzugstauglichkeit und die Akzeptanz eines Vorhabens des Bundes. Darüber hinaus dienen sie dem Einbezug von Fachwissen und stellen die Information der betroffenen Kreise über vorgesehene Massnahmen sicher.

200 Die Ergebnisse einer Vernehmlassung bilden eine wichtige Entscheidungsgrundlage für den Bundesrat.

Massgebende Rechtsquellen und Hilfsmittel

201
- Artikel 147 BV (SR 101);
- Vernehmlassungsgesetz (VIG, SR 172.061);
- Vernehmlassungsverordnung (VIV, SR 172.061.1);
- Informationen der Bundeskanzlei (nur über Intranet Bundesverwaltung zugänglich);

Rolle der Bundeskanzlei

202 Die Bundeskanzlei (Sektion Recht) ist die zuständige Fachstelle für Vernehmlassungen. Sie bietet den Ämtern bei allen Fachfragen Unterstützung und führt ein Verzeichnis der ständigen Vernehmlassungsadressaten.

203 Die Bundeskanzlei erfasst alle Vernehmlassungen der Bundesverwaltung und macht sie auf ihrer Internetseite zu den Vernehmlassungen zugänglich.

204 Der Bundeskanzlei obliegt es zu prüfen, ob die Verfahrensvorschriften eingehalten werden und die Unterlagen vollständig sind. Die Vernehmlassungsvorlage ist deshalb vor Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens der Bundeskanzlei vorzulegen. Die Bundeskanzlei ist ebenfalls zu konsultieren, wenn auf ein Vernehmlassungsverfahren verzichtet werden soll (Art. 3*a* VIG).

Arbeitsschritte und Optionen

Notwendigkeit einer Vernehmlassung abklären

Eine Vernehmlassung ist zwingend durchzuführen, wenn folgende Erlasse vorbereitet werden (Art. 3 Abs. 1 VlG): *205*

- Verfassungsänderungen;
- neue Gesetze oder Gesetzesänderungen im Sinne von Artikel 164 Absatz 1 Buchstaben a–g BV;
- völkerrechtliche Verträge, die nach den Artikeln 140 Absatz 1 Buchstabe b und 141 Absatz 1 Buchstabe d Ziffer 3 BV dem Referendum unterliegen oder wesentliche Interessen der Kantone betreffen; s. FAQ der BK zum revidierten Vernehmlassungsrecht, Ziff. 7, abrufbar unter intranet.bk.admin.ch > Koordination Bund > Vernehmlassungen (nur über Intranet Bundesverwaltung zugänglich);
- Verordnungen und andere Vorhaben (Konzepte, Berichte) mit einer grossen politischen, finanziellen, wirtschaftlichen, ökologischen, gesellschaftlichen oder kulturellen Tragweite;
- übrige Verordnungen, wenn sie Kantone erheblich betreffen oder in erheblichem Masse ausserhalb der Bundesverwaltung vollzogen werden.

Liegen sachliche Gründe für den Verzicht auf ein Vernehmlassungsverfahren vor, so kann trotz erfüllter Voraussetzungen (*Rz. 205*) auf das Verfahren verzichtet werden, wenn: *206*

- es um Organisations- oder Verfahrensnormen von Bundesbehörden oder um die Abgrenzung von Zuständigkeiten der Bundesbehörden geht; oder
- von der Vernehmlassung keine neuen Erkenntnisse zu erwarten sind (z.B. weil die Positionen der interessierten Kreise bereits hinlänglich bekannt sind).

Umgekehrt kann bei Bedarf für Vorhaben eine Vernehmlassung durchgeführt werden, auch wenn sie die Voraussetzungen von Artikel 3 Absatz 1 VlG (*Rz. 205*) nicht erfüllen. *207*

Die Vernehmlassung planen

Die Vernehmlassungsfrist beträgt mindestens drei Monate. Diese Frist wird unter Berücksichtigung von Ferien- und Feiertagen sowie Inhalt und Umfang der Vorlage angemessen verlängert (vgl. Art. 7 Abs. 3 VlG). Bei Dringlichkeit kann die Frist ausnahmsweise verkürzt werden (Art. 7 Abs. 4 VlG). Die Verkürzung ist gegenüber der eröffnenden Behörde, der Bundeskanzlei und den Vernehmlassungsadressaten sachlich zu begründen (Art. 4 Abs. 1, Art. 4*a* und Art. 9 Abs. 1 VlV). *208*

Der Zeitbedarf ist rechtzeitig und realistisch zu planen: Vernehmlassungen bedeuten einen erheblichen Aufwand für die Bundesverwaltung (i.d.R. recht umfangreiche Dokumente in den drei Amtssprachen; ausreichende Zeit für Übersetzungen vorsehen) und für die Adressaten. *209*

Den Kreis der Vernehmlassungsadressaten bestimmen

210 An einer Vernehmlassung kann sich grundsätzlich jede Person und jede Organisation beteiligen und eine Stellungnahme einreichen.

211 In eine Vernehmlassung zwingend einzubeziehen und anzuschreiben sind:

- die Kantonsregierungen;
- die in der Bundesversammlung vertretenen politischen Parteien;
- die gesamtschweizerischen Dachverbände der Gemeinden, Städte und Berggebiete;
- die gesamtschweizerischen Dachverbände der Wirtschaft;
- weitere, im Einzelfall interessierte Kreise bzw. allenfalls von der Vorlage betroffene Institutionen. Dazu können neben ausserparlamentarischen Kommissionen auch Organisationen ausserhalb der Bundesverwaltung gehören (z.B. verselbständigte Bundesbetriebe wie RUAG, Skyguide, SBB, Post, Swisscom). Betrifft eine Vorlage das Verfahren vor dem Bundesgericht oder vor einer anderen richterlichen Behörde des Bundes, werden das Bundesgericht und die andere betroffene richterliche Behörde des Bundes zur Stellungnahme eingeladen (vgl. Art. 11 Abs. 1 VlV). Betrifft eine Vorlage die Stellung, Organisation oder Verwaltung des Bundesgerichts oder einer anderen richterlichen Behörde des Bundes, werden diese vor der Eröffnung der Vernehmlassung zu einer Stellungnahme im Rahmen einer Anhörung eingeladen. In der Vernehmlassung werden sie nochmals begrüsst (vgl. Art. 11 Abs. 2 VlV).

212 Die Bundeskanzlei führt eine Liste der ständigen Vernehmlassungsadressaten.

213 Die Konsultation von Verwaltungseinheiten (zentrale/dezentrale Bundesverwaltung) erfolgt im Rahmen der Ämterkonsultation und des Mitberichtsverfahrens.

Das Vernehmlassungsverfahren eröffnen

214 Ziel ist die Ermächtigung der zuständigen Amtsstelle, ein Vernehmlassungsverfahren durchzuführen.

215 Vernehmlassungen werden wie folgt eröffnet:

- vom Bundesrat bei Vorhaben, zu denen obligatorisch eine Vernehmlassung durchgeführt wird (Art. 3 Abs. 1 VlG, vgl. *Rz. 205*);
- vom zuständigen Departement oder von der Bundeskanzlei bei den freiwillig durchgeführten Vernehmlassungen (Art. 3 Abs. 2 VlG);
- von einer Verwaltungsstelle, wenn diese im betreffenden Bereich zur Rechtsetzung befugt ist;
- von der zuständigen parlamentarischen Kommission, wenn das Vorhaben von der Bundesversammlung ausgeht.

216 Im Rahmen der Ämterkonsultation sind nebst den an der Vorlage materiell interessierten Ämtern weitere Ämter (Querschnittämter) zu begrüssen (vgl. *Rz. 18 ff.*). Zu diesem Zeitpunkt liegt der Vernehmlassungsentwurf in deutscher und französischer Sprache vor.

Anschliessend wird das Mitberichtsverfahren eingeleitet. Dem Bundesrat bzw. dem Departement werden folgende Dokumente unterbreitet (Art. 7 VlV): 217

- Antrag zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens (einschliesslich Beschlussdispositiv);
- Vernehmlassungsentwurf und erläuternder Bericht (auf Deutsch und Französisch);
- bei einer Erlassänderung: eine übersichtliche Darstellung der geplanten Änderungen im Vergleich zum geltenden Recht (Synopse);
- falls vorhanden: Bericht zur Regulierungsfolgenabschätzung (Deutsch oder Französisch);
- ev. Fragebogen (auf Deutsch und Französisch);
- Schreiben an die Vernehmlassungsadressaten (in den drei Amtssprachen);
- Liste der Vernehmlassungsadressaten;
- Medienmitteilung (auf Deutsch und Französisch).

Spätestens am Tag der Beschlussfassung des Bundesrates müssen alle Vernehmlassungsunterlagen in den drei Amtssprachen vorliegen. Bei völkerrechtlichen Verträgen können die Vernehmlassungsvorlage und der erläuternde Bericht in dringlichen Fällen in nur einer oder zwei Amtssprachen erstellt werden (Art. 7 Abs. 3 VlV).

Ausgestaltung der Dokumente

Die Vernehmlassung wird den Adressaten (*Rz. 210 ff.*) mit einem *Orientierungsschreiben* angekündigt. Die Schreiben werden je an die drei Vernehmlassungsgruppen Kantone, Gerichte – sofern einbezogen – und übrige Vernehmlasser adressiert. Das Orientierungsschreiben an die Kantone wird an die Staatskanzlei oder an den Regierungsrat adressiert, nicht an eine andere Stelle der kantonalen Verwaltung. Für die kantonsinterne Koordination sorgt der Kanton (Bericht der gemeinsamen Arbeitsgruppe Bund-Kantone «Die Umsetzung von Bundesrecht durch die Kantone» vom 13. Februar 2012, Empfehlung 6, S. 36). 218

Mit dem Erlassentwurf wird den Vernehmlassungsadressaten ein erläuternder Bericht unterbreitet. Gemäss Artikel 6*a* VlG orientiert sich dieser Bericht im Wesentlichen an den Vorgaben für Botschaften (vgl. Botschaftsleitfaden; *Rz. 244*). 219

Die Vernehmlassungsunterlagen können auch einen Fragenkatalog umfassen. Im Orientierungsschreiben kann zudem erwähnt werden, zu welchen Punkten oder Fragen eine Stellungnahme besonders erwünscht ist. Den Vernehmlassungsadressaten sind insbesondere spezifische Fragen zur Umsetzung des geplanten Erlasses und zu den Regulierungsfolgen (vgl. *Rz. 178 ff*) zu stellen (vgl. Bericht der gemeinsamen Arbeitsgruppe Bund-Kantone «Die Umsetzung von Bundesrecht durch die Kantone» vom 13. Februar 2012, Empfehlung 5, S. 36). Entsprechende Hinweise der Vernehmlassungsadressaten können anschliessend in die Botschaft 220

aufgenommen werden (namentlich im Kapitel «Umsetzung»). Ferner können ausdrücklich Alternativen oder kantonale Lösungen erfragt werden. Es ist dabei auf eine neutrale und offene Fragestellungen zu achten.

221 In aller Regel genügt eine gewöhnliche Auflistung der Fragen, auf die in freier Form in der Stellungnahme geantwortet wird.

222 Gelegentlich kann es Sinn machen, den Fragebogen als *Antwortformular* mit Textfeldern und allenfalls mit anzukreuzenden Antworten zu unterbreiten. Das kann, wenn es klug konzipiert ist und bei den Adressaten die nötige Akzeptanz geniesst, die systematische Erfassung der Stellungnahmen erleichtern.

223 Es ist in jedem Fall sinnvoll, neben allfälligen Ankreuzfeldern explizit auch Raum für weitere Bemerkungen (Freitextfelder) anzubieten. Bedenken Sie, dass sich auch – und gerade! – diejenigen äussern sollen, deren Einwände Sie noch nicht bedacht haben und die alternative Vorschläge machen möchten. Versuchen Sie nicht, den Umfang dieser Bemerkungen durch fixe Textfeldgrössen zu beschränken. Technisch empfehlen wir unter anderem deswegen Word-Dokumente und raten von PDF- und Online-Formularen ab.

224 Alle Teilnehmer haben das Recht, ihre Meinung in der Form und dem Umfang kundzutun, die ihnen adäquat erscheinen. Erwecken Sie nicht den Anschein, die Vernehmlassungsteilnehmer seien rechtlich verpflichtet, ihre Stellungnahme in das Formular einzutragen. Überzeugen Sie vielmehr durch eine kluge Gestaltung des Formulars, die allen Seiten die Arbeit erleichtert!

Die Vernehmlassung durchführen

225 Das Fachamt versendet die Schreiben an die Vernehmlassungsadressaten. Die Schreiben enthalten bloss einen Link auf die elektronische Bezugsquelle der Vernehmlassungsunterlagen.

226 Die Bundeskanzlei sorgt dafür, dass die Eröffnung der Vernehmlassung im Bundesblatt angekündigt wird. Die Vernehmlassungsunterlagen werden in elektronischer Form öffentlich zugänglich gemacht.

227 Das Verfahren wird grundsätzlich schriftlich durchgeführt. Gemäss Artikel 7 Absatz 2 VIG kann die für die Durchführung des Vernehmlassungsverfahrens zuständige Behörde die interessierten Kreise zusätzlich zu Sitzungen einladen. Diese Sitzungen sind zu protokollieren. Die Protokolle sind wie die schriftlichen Stellungnahmen der Vernehmlasser zu veröffentlichen.

228 Parlamentarische Kommissionen können für die Durchführung von Vernehmlassungen zu ihren Vorlagen die Bundesverwaltung beiziehen (Art. 6 VIG).

Die Vernehmlassung auswerten und einen Ergebnisbericht erstellen

229 Das zuständige Amt sammelt die Vernehmlassungen und bereitet sie (i.d.R. in tabellarischer Form; Muster) auf und erstellt gestützt darauf einen Ergebnisbericht (vgl. Vorschlag zur Strukturierung des Ergebnisberichts). Dieser fasst in geraffter

Form, übersichtlich und ohne jegliche Wertung die eingereichten Stellungnahmen zusammen. In der Regel enthält der Ergebnisbericht einen allgemeinen Teil (allgemeine Stossrichtung der Stellungnahmen) sowie weitere Teile, die nach den wichtigsten Inhalten des Vernehmlassungsentwurfs (z.B. Hauptinhalte, Artikel des Gesetzes) gegliedert sind. Der Ergebnisbericht wird in den drei Amtssprachen erstellt und der Bundeskanzlei zugestellt. Sobald der Bundesrat von den Ergebnissen der Vernehmlassung Kenntnis genommen hat, kann die Bundeskanzlei den Bericht auf der Internetseite (www.admin.ch>Bundesrecht>Vernehmlassungen>Abgeschlossene Vernehmlassungen) publizieren.

Information der Öffentlichkeit

Zugängliche Dokumente

Öffentlich zugänglich sind: *230*

- Die Vernehmlassungsunterlagen;
- nach Ablauf der Vernehmlassungsfrist: die Stellungnahmen der Vernehmlasser und die Protokolle allfälliger Sitzungen mit den Vernehmlassern;
- nach Kenntnisnahme durch die eröffnende Behörde: Ergebnisbericht.

Aus Gründen des Datenschutzes sollte im Vernehmlassungsschreiben auf die Veröffentlichung hingewiesen werden. Allfällige personenbezogene Daten, die es für die Identifkation des Urhebers der Stellungnahme nicht unbedingt braucht, sollten bei der Veröffentlichung geschwärzt werden.

Information anlässlich der Eröffnung des Verfahrens

Das Fachamt verfasst eine Medienmitteilung in Absprache mit dem Informationsdienst des Departements und der Bundeskanzlei. Bei sehr wichtigen Vorlagen wird eine Medienkonferenz durchgeführt. Bei sehr wichtigen Vorlagen führt anstelle des Fachamts das Departement die Medienkonferenz durch. *231*

Die Bundeskanzlei schaltet die Vernehmlassungsunterlagen auf der Webseite auf (Laufende Vernehmlassungen). Das Fachamt hat die Unterlagen der BK deshalb umgehend elektronisch zur Verfügung zu stellen. *232*

Information nach Vorliegen des Ergebnisberichts

Nachdem die Stelle, welche die Vernehmlassung eröffnet hat (Bundesrat, Departement, parlamentarische Kommission), vom Ergebnisbericht Kenntnis genommen hat, informiert das Fachamt die Vernehmlassungsadressaten in Absprache mit dem Informationsdienst des Departements und der Bundeskanzlei und weist auf die elektronische Bezugsquelle hin. Medienmitteilungen sind durch das Fachamt zu entwerfen und den Informationsdiensten vorzulegen. Schriftliche Unterlagen werden nur ausnahmsweise verschickt. *233*

Schlussfolgerungen aus den Ergebnissen der Vernehmlassung ziehen

234 Während und nach dem Erstellen des Ergebnisberichts zieht das zuständige Amt Schlussfolgerungen aus den Vernehmlassungsergebnissen. Es gewichtet dabei die Stellungnahmen und die geäusserten Argumente, z.B. bezüglich Betroffenheitsgrad, Repräsentativität oder politischem Gewicht der Verfasser sowie bezüglich der sachlichen Richtigkeit, der Vollzugstauglichkeit und der politischen Akzeptanz. Die Stellungnahmen der Kantone werden besonders berücksichtigt, wenn es um Fragen der Umsetzung von Bundesrecht geht (vgl. Leitfaden der Konferenz der Kantonsregierungen für die Ausarbeitung von Vernehmlassungen).

Antrag stellen

Bei vom Bundesrat eröffneten Vernehmlassungen

235 Das zuständige Amt fügt seine Schlussfolgerungen nicht in den Ergebnisbericht ein, sondern in einen Antrag an den Bundesrat. Es hat dabei die Möglichkeit, mit dem Ergebnisbericht dem Bundesrat entweder zugleich die Botschaft oder aber Vorschläge über das weitere Vorgehen zu unterbreiten. In der Praxis wird meistens gerade eine Botschaft eingereicht.

236

Wenn diese Voraussetzungen gegeben sind:	**dann empfiehlt sich folgendes Vorgehen:**
Gesetzesentwurf und Botschaft können innert vertretbarer Zeit erarbeitet werden; die Stossrichtung der Vernehmlassungen ist klar erkennbar.	Antrag an den Bundesrat mit Botschaft und Gesetzesentwurf. Gestützt auf die Auswertung der Vernehmlassungsergebnisse wird der Vernehmlassungsentwurf – je nach Vernehmlassungsergebnis – unverändert oder mit Modifikationen zum eigentlichen Entwurf umgearbeitet. Analog wird der erläuternde Bericht zur Botschaft umgeformt (*Rz. 241*). Dem Antrag werden folgende Dokumente beigelegt: • Antrag zur Kenntnisnahme des Ergebnisberichts und zur Genehmigung der Botschaft und des Gesetzesentwurfs; • Beilagen: Ergebnisbericht, Botschaft, Gesetzesentwurf, Entwurf der Medienmitteilung (in den drei Amtssprachen).
Disparates Ergebnis der Vernehmlassung; divergierende Meinungen innerhalb der Bundesverwaltung; grosse Unsicherheit über den einzuschlagenden Weg.	Der Bundesrat hat über das weitere Vorgehen zu entscheiden. Deshalb wird ihm ein Antrag mit folgendem Inhalt unterbreitet: • Kenntnisnahme des Ergebnisberichts; • Schlussfolgerungen aus den Ergebnissen (z.B. Überarbeitung wichtiger Punkte, Prüfauftrag zur Vertiefung einzelner Fragen); • Grundsatzentscheid (Erarbeitung von Botschaft und Gesetzesentwurf oder Verzicht darauf, andere Form der Verwirklichung von Inhalten des Entwurfs usw.); • Zeitplan für die Überarbeitung. Folgende Dokumente werden beigelegt: • Antrag; • Beilage: Ergebnisbericht und Medienmitteilung.

Das zuständige Amt eröffnet die Ämterkonsultation und leitet anschliessend das Mitberichtsverfahren ein (vgl. *Rz. 18 ff.*). 237

Bei von andern Stellen eröffneten Vernehmlassungen

Bei Vernehmlassungsverfahren, die von einem Departement oder von der Bundeskanzlei eröffnet wurden, ist im Wesentlichen analog vorzugehen wie bei Anträgen an den Bundesrat. 238

Bei Vernehmlassungen, die von der Bundesversammlung initiiert wurden, unterbreitet die Verwaltung, welche die Vernehmlassung ausgewertet hat, die Ergebnisse der zuständigen Kommission. 239

Ergebnis

Im Ergebnis hat die das Vernehmlassungsverfahren eröffnende Stelle: 240

- vom Ergebnisbericht formell Kenntnis genommen;
- über das weitere Vorgehen entschieden (Bundesrat: Botschaft und Gesetzesentwurf gutgeheissen oder anderweitig über das weitere Vorgehen entschieden);
- die Öffentlichkeit informiert, vgl. *Rz. 231 ff.*

Falls der Bundesrat zeitgleich die Vorlage (Botschaft und Gesetzesentwurf) verabschiedet, wird diese anschliessend der Bundesversammlung zur Beratung zugeleitet.

Botschaft und Gesetzesentwurf

Übersicht

Begriff

Die Botschaft ist der erläuternde Bericht des Bundesrats an die eidgenössischen Räte zu einem von ihm verfassten Erlassentwurf. Botschaften begleiten Entwürfe von Verfassungsänderungen, von neuen Gesetzen sowie von Gesetzesänderungen, von Bundesbeschlüssen, von neuen Verordnungen der Bundesversammlung und deren Änderungen sowie von Staatsverträgen, die dem Parlament zur Genehmigung unterbreitet werden. 241

Beispiel einer Botschaft zu einer Verordnung der Bundesversammlung

- Botschaft zu Via sicura, Handlungsprogramm des Bundes für mehr Sicherheit im Strassenverkehr (BBl 2010 8447, 8518).

Funktion

Mit der Botschaft soll der Bundesrat dem Parlament die verfolgten politischen Ziele und Lösungsansätze darlegen und seinen Antrag begründen. Botschaft und Gesetzesentwurf bilden die Grundlagen für die Beratung und Entscheidung der Bundesversammlung. Bei einer Referendumsabstimmung dient die Botschaft den Befürwortern und Gegnern einer Vorlage als Orientierung über deren Ziele und In- 242

halte. Tritt ein Erlass in Kraft, ist die Botschaft eine wichtige Quelle für die Auslegung (vollziehende Behörden, Gerichte).

243 Sie sollte deshalb sprachlich eine möglichst gute Qualität aufweisen, systematisch übersichtlich gegliedert sein und auf knappem Raum die politisch und rechtlich relevanten Fragen zur Vorlage beantworten sowie die einzelnen Artikel kenntnisreich und verständlich erläutern.

Massgebende Rechtsquellen und Vorgaben

244 Artikel 141 Parlamentsgesetz (ParlG, SR 171.10) enthält die wesentlichen Vorschriften, denen Botschaften genügen müssen. Zu beachten sind ferner die Artikel 4 und 5 des Unternehmensentlastungsgesetzes (UEG, SR 930.31). Die nachstehend aufgeführten Weisungen und Leitfäden definieren die formellen Anforderungen an Botschaften bzw. Gesetzesentwürfe:

- Leitfaden für Botschaften des Bundesrates: s. insbesondere die verschiedenen Botschaftsschemas (Allgemeines Schema, Volksinitiative, Finanzvorlage, völkerrechtlicher Vertrag, Sonderfall);
- Gesetzestechnische Richtlinien des Bundes;
- Regulierungsfolgenabschätzung;
- Risikovorprüfung und Datenschutz-Folgenabschätzung
- KAV-Workflow mit besonderen Dokumentenvorlagen für Normtexte und Botschaften;
- Schreibweisungen der Bundeskanzlei;
- Leitfaden zur deutschen Rechtschreibung;
- Leitfaden zum geschlechtergleichen Formulieren;
- Hilfsmittel für Textredaktion und Übersetzung.

Unterstützung

245 Unterstützung bieten die Dienststellen, welche in Ämterkonsultationen immer zu konsultieren sind bzw. welche für bestimmte Querschnittfragen zuständig sind (*Rz. 19*). Die Dossierverantwortlichen im KAV begleiten die für ein Geschäft zuständige Person bis zur Erteilung des «Gut zum Druck» für die Veröffentlichung im Bundesblatt oder in der Amtlichen Sammlung (vgl. *Rz. 38 ff.*).

Information der Öffentlichkeit

246 Nach der Verabschiedung der Vorlage durch den Bundesrat erfolgt die Information der Öffentlichkeit. Bei Vorlagen von geringerer Tragweite erfolgt eine schriftliche Information: Das federführende Departement verfasst eine Medienmitteilung. Bei wichtigen Vorlagen findet eine von der Bundesratssprecherin oder dem Bundesratssprecher geleitete Medienkonferenz statt, an der in der Regel die Vorsteherin

oder der Vorsteher des federführenden Departements sowie allenfalls ein Direktionsmitglied und Spezialistinnen oder Spezialisten des zuständigen Amtes teilnehmen.

Arbeitsschritte

Ausgangslage

Der Ergebnisbericht liegt vor und es besteht Klarheit über das weitere Vorgehen im Hinblick auf die Erarbeitung von Botschaft und Gesetzesentwurf. Der Vernehmlassungsentwurf (Vorentwurf) und der erläuternde Bericht sind nun weiterzubearbeiten zu Gesetzesentwurf und Botschaft. *247*

Botschafts- und Gesetzesentwurf erarbeiten

Nach der Durchführung und Auswertung des Vernehmlassungsverfahrens werden der Vorentwurf und der erläuternde Bericht – unter Berücksichtigung der Vernehmlassungsergebnisse und gegebenenfalls in Zusammenarbeit mit den interessierten Ämtern sowie mit Kantonen oder interessierten Kreisen – zur Botschaft mit Gesetzesentwurf umgearbeitet. Sind bei komplexen Vorlagen erhebliche Änderungen vorzunehmen, kann der Aufwand beträchtlich sein (Überarbeitung von Inhalt und Systematik des Erlasses, Anpassung der Erläuterungen der einzelnen Artikel, gegebenfalls Aktualisierung der Regulierungsfolgenabschätzung). Bei der Überarbeitung ist namentlich auf folgende Punkte zu achten *248*

- Die Botschaft und der Gesetzesentwurf entsprechen inhaltlich und formal allen Vorgaben (vgl. *Rz. 244*).
- Für die Ämterkonsultation liegt der Gesetzesentwurf in deutscher und französischer Sprache vor, damit eine parallele Überprüfung (Koredaktion) durch die verwaltungsinterne Redaktionskommission (VIRK) möglich ist; die Botschaft liegt in einer Amtssprache vor.
- Auf die Koordination mit andern Vorlagen achten, die möglicherweise in Vorbereitung sind oder in parlamentarischer Beratung stehen. Unter Umständen ist in den Schlussbestimmungen eine Bedingung aufzunehmen im Sinne von «... tritt nur in Kraft, wenn .. ». Das Bundesamt für Justiz ist bei der Formulierung komplizierter Übergangsbestimmungen behilflich.

Ämterkonsultation und Mitberichtsverfahren zur Botschaft und zum Gesetzesentwurf einleiten

Die von einem Amt oder einer anderen Dienststelle erarbeitete Botschaft sowie der Gesetzesentwurf werden in die Ämterkonsultation gegeben. Diese dient nicht nur dazu, Differenzen vor der politischen Entscheidfindung im Bundesrat möglichst zu beseitigen, sondern auch dazu, Übersehenes zu ergänzen und allfällige Lücken zu schliessen. *249*

250 Im Rahmen der Ämterkonsultation sind nebst den an der Vorlage materiell interessierten Ämtern weitere Ämter (Querschnittämter) zu begrüssen (s. *Rz. 18 ff.*).

251 Spätestens bis zur Eröffnung der Ämterkonsultation sollten die Botschaft und der Gesetzesentwurf im KAV-System (*Rz. 18 ff.*) aufgenommen sein.

252 Die zuständige Dienststelle ist dafür verantwortlich, dass nach Abschluss der Ämterkonsultation und Überarbeitung der Texte und noch vor der Unterzeichnung durch den Departementsvorsteher oder die Departementsvorsteherin eine Qualitätssicherung innerhalb der Bundeskanzlei (KAV-Circuit) durchgeführt werden kann.

253 Nach der Unterzeichnung des Antrags durch die Departementsspitze kann das Mitberichtsverfahren (*Rz. 29 ff.*) eröffnet werden. Dem Bundesrat unterbreitet werden folgende Dokumente:

- Antrag zur Genehmigung der Botschaft und des Gesetzesentwurfs in deutscher oder französischer Sprache;
- Beschlussdispositiv in deutscher oder französischer Sprache;
- Beilagen: Botschaft und Gesetzesentwurf in deutscher und französischer Sprache (die italienische Fassung wird später durch die Sprachdienste der Departemente und der Bundeskanzlei fertiggestellt) und Medienmitteilung.

Die Vorlage der Bundesversammlung zuleiten

254 Nach dem Entscheid des Bundesrats werden die Botschaft und der Gesetzesentwurf der Bundesversammlung zugeleitet. Die Bundeskanzlei ist zuständig für die Überweisung ans Parlament und die Veröffentlichung im Bundesblatt.

Spezialfälle

Nachträgliche Änderungen

255 Hat der Bundesrat nach der Weiterleitung einer Botschaft an das Parlament – beispielsweise aufgrund neuer Sachverhalte oder eines Rückweisungsbeschlusses des Parlaments – den Wunsch oder die Pflicht, seinen Erlassentwurf punktuell oder umfassend zu überarbeiten, stehen aufgrund des Antragsrechts (Art. 160 Abs. 2 BV) und des Initiativrechts (Art. 181 BV) verschiedene Möglichkeiten offen:

- **Botschaft zu einem neuen Erlassentwurf** (inkl. Antrag auf Abschreibung des ursprünglichen Erlassentwurfes): In Ausübung seines Initiativrechts unterbreitet der Bundesrat eine Botschaft, wenn vollständig neue Entwürfe vorgelegt werden, die inhaltlich keinen Zusammenhang mit der Ursprungsbotschaft aufweisen. Der Bundesrat verfügt dabei über einen gewissen politischen Handlungsspielraum. So hätte man die Zusatzbotschaft vom 13. Oktober 2010 zur Regierungsreform (01.080; BBl 2010 7811), mit welcher dem Parlament vollständige neue Entwürfe unterbreitet wurden, auch als Botschaft zu einem neuen Erlassentwurf ausgestalten können.

- **Zusatzbotschaft zu einem neuen Erlassentwurf** (inkl. Antrag auf Abschreibung des ursprünglichen Erlassentwurfes): In Ausübung seines Initiativrechts unterbreitet der Bundesrat Zusatzbotschaften zu neuen Erlassentwürfen, wenn der neue Entwurf in einem direkten Zusammenhang mit der Ursprungsbotschaft steht. Dies wird insbesondere bei Rückweisungsbeschlüssen der Bundesversammlung häufig der Fall sein.

Beispiele

  - Zusatzbotschaften zur Bahnreform 2, 05.028, BBl 2007 2681
  - Zusatzbotschaft vom 27. Oktober 2010 zur Änderung des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit («BWIS II reduziert»), 07.057, BBl 2010 7841.

- **Änderungsantrag des Bundesrats mit Zusatzbotschaft**: In Ausübung seines Antragsrechts unterbreitet der Bundesrat Anträge im Rahmen einer im Bundesblatt zu publizierenden Zusatzbotschaft, sofern die Änderungen von solcher Bedeutung sind, dass das Prinzip der Transparenz und Nachvollziehbarkeit der Rechtssetzung sowie die Vollständigkeit der Materialien eine entsprechende Kommentierung verlangen.

Beispiele

  - Zusatzbotschaft vom 21. September 2018 zur Teilrevision des Obligationenrechts (Schutz bei Meldung von Unregelmässigkeiten am Arbeitsplatz), 13.094, BBl 2018 6127;
  - Zusatzbotschaft vom 4. März 2016 zur Änderung des Ausländergesetzes (Integration), 13.030, BBl 2016 2821.

- **Änderungsantrag des Bundesrates ohne Zusatzbotschaft**: Geringfügige Änderungen, die einen Entscheid des Bundesrates erfordern, bringt der Bundesrat ausnahmsweise als Einzelanträge ohne Zusatzbotschaft in das Gesetzgebungsverfahren ein.

Sonderverfahren

Ein Sonderverfahren wird eingeleitet, um bei der Bundesversammlung die dringliche Behandlung einer Botschaft oder eines Berichts zu beantragen. Die Behandlung eines dringlichen Geschäfts erfolgt in beiden Räten während der gleichen Session, d.h. die Zuteilung an die Kommissionen findet in der ersten, die Behandlung in beiden Räten (Erstrat / Zweitrat) in der zweiten Session statt. Das Sonderverfahren richtet sich nach Artikel 85 Absatz 2 ParlG. *256*

Das federführende Departement stellt dem Bundesrat Antrag für die Behandlung eines Geschäfts im Sonderverfahren durch die eidgenössischen Räte (Details vgl. Roter Ordner der Bundeskanzlei, nur im Intranet zugänglich). *257*

Beispiele

- Botschaft vom 12. August 2020 zum Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz), 20.058, BBl 2020 6563; behandelt von beiden Räten in der Herbstsession 2020;
- Botschaft vom 29. April 2020 zu einer dringlichen Änderung des Luftfahrtgesetzes angesichts der COVID-19-Krise, 20.039, BBl 2020 3667; behandelt von beiden Räten in der ausserordentlichen Session in Mai 2020.

Parlamentarische Phase

Übersicht

Begriff und Funktion

258 Die parlamentarische Beratung erfolgt in den parlamentarischen Kommissionen und in den beiden Räten der Bundesversammlung. Die Beratung in den beiden Räten ist eine zentrale und in der Öffentlichkeit besonders sichtbare Phase des Gesetzgebungsprozesses.

259 Die Bundesverwaltung begleitet die parlamentarischen Arbeiten, indem sie einerseits den Departementsvorsteher oder die Departementsvorsteherin bzw. den Bundeskanzler oder die Bundeskanzlerin unterstützt. Andererseits steht sie auch den Sachbereichskommissionen der Bundesversammlung zur Verfügung, um in deren Auftrag Änderungen eines Erlassentwurfs auszuarbeiten und zu kommentieren.

Massgebende Rechtsquellen und Hilfsmittel

260
- Artikel 148–173 BV, insb. Artikel 156 und 160 Absatz 2 BV (SR 101);
- Artikel 44 Absatz 2, 47 Absatz 1, 68, 74, 83, 85, 89–95, 149, 150, 159 und 160 Parlamentsgesetz (ParlG, SR 171.10);
- Artikel 6–8 und 18 Absatz 2 der Parlamentsverwaltungsverordnung (ParlVV, SR 171.115);
- Artikel 4 der Verordnung der Bundesversammlung über die Redaktionskommission (SR 171.105);
- Datenbank der Parlamentsdienste (Curia vista).

Ablauf der parlamentarischen Beratungen

261 Die Päsidentinnen bzw. die Präsidenten des National- und des Ständerats beschliessen gemeinsam, welcher Rat die Vorlage als Erstrat beraten soll. Anschliessend erfolgen die parlamentarischen Beratungen in den nachfolgend umschriebenen vier Phasen.

Erstrat

Die vorberatende Kommission des Erstrats berät den Erlassentwurf und unterbreitet ihrem Rat Anträge. Dieser entscheidet zunächst über das Eintreten (Art. 74 Abs. 1 ParlG). Beschliesst er Eintreten, berät er den Erlassentwurf artikelweise und entscheidet dabei über die Änderungsanträge. Anschliessend folgt die Gesamtabstimmung. In der Folge wird der Erlassentwurf der vorberatenden Kommission des Zweitrats zugeleitet. Hat der Erstrat entschieden, auf die Vorlage einzutreten, kann er sie auch zur Überarbeitung an den Bundesrat oder an die vorberatende Kommission zurückweisen (Art. 75 Abs. 1 ParlG). *262*

Entscheidet der Erstrat, auf den Erlassentwurf nicht einzutreten, wird dieser dem Zweitrat zugeleitet. Entscheidet sich dieser ebenfalls für Nichteintreten, ist der Erlassentwurf endgültig gescheitert. Beharrt der Erstrat auf Nichteintreten, obschon der Zweitrat zuvor Eintreten beschlossen hat, ist die Vorlage ebenfalls endgültig gescheitert. *263*

Zweitrat

Das Vorgehen ist gleich wie beim Erstrat (vorberatende Kommission, anschliessend Plenum jeweils mit Eintretensdebatte und Detailberatung). *264*

Entscheidet der Zweitrat, nicht auf den Erlassentwurf einzutreten, geht dieser wieder an den Erstrat. Beschliesst der Zweitrat Eintreten, kann auch er den Erlassentwurf an den Bundesrat oder an die vorberatende Kommission zurückweisen. *265*

Differenzbereinigung

Bestehen nach Beratung eines Erlassentwurfs Differenzen zwischen den Räten, setzt die Differenzbereinigung ein. Die abweichenden Beschlüsse des einen Rates gehen zur Beratung an den anderen Rat zurück, bis eine Einigung erreicht ist. Die Beratungen in jedem Rat beschränken sich dabei auf die Fragen, über welche keine Einigung zustande gekommen ist (Art. 89 ParlG). Die umstrittenen Fragen werden zunächst in der vorberatenden Kommission und dann im Plenum behandelt. *266*

Bestehen nach drei Detailberatungen in jedem Rat noch Differenzen, so wird eine Einigungskonferenz eingesetzt. Diese besteht aus je 13 Mitgliedern der vorberatenden Kommissionen beider Räte (Art. 91 ff. ParlG). Wird der Einigungsantrag der Einigungskonferenz nicht von beiden Räten gutgeheissen, dann ist der Erlassentwurf definitiv gescheitert (Art. 93 Abs. 2 ParlG). *267*

Schlussabstimmung in den beiden Räten

Der Erlassentwurf wird zur Schlussabstimmung unterbreitet, wenn sich die beiden Räte über den gesamten Erlassentwurf einig sind und nachdem der entsprechende Text von der Redaktionskommission des Parlaments bereinigt worden ist. Die beiden Räte stimmen am gleichen Tag (in der Regel am letzten Sessionstag) getrennt über den Erlassentwurf ab. *268*

269 Wenn beide Räte dem Erlassentwurf zustimmen, ist das Gesetz zustande gekommen. Lehnt einer der beiden Räte den Erlassentwurf ab, so ist dieser definitiv gescheitert.

Arbeitsschritte

Ausgangslage

270 Die Botschaft und der Gesetzesentwurf sind der Bundesversammlung zugeleitet worden.

Vorberatende Kommission

271 Die an den Sitzungen der vorberatenden Kommission beteiligten Mitarbeitenden des federführenden Amtes erfüllen mehrere Teilaufgaben. Sie:

- bereiten für den Departementsvorsteher oder die Departementsvorsteherin das Führungsdossier vor. Dieses umfasst namentlich das Eintretensvotum sowie in der Regel Sprechnotizen und ein Argumentarium zu den einzelnen Bestimmungen des Erlassentwurfs (der Inhalt des Führungsdossiers wird durch die einzelnen Departemente festgelegt);
- informieren sich beim Kommissionssekretariat über allfällige Änderungsanträge und bereiten zuhanden des Departementsvorstehers oder der Departementsvorsteherin das erforderliche Argumentarium vor;
- stellen dem Kommissionssekretariat zeitgerecht in Deutsch und Französisch die notwendigen Dokumente (z.B. Rechtsgutachten, Notizen, redaktionelle Vorschläge) zur Verfügung, für welche sie einen Auftrag von der vorberatenden Kommission erhalten haben;
- stellen bei Bedarf die materielle Koordination mit anderen Erlassentwürfen sicher, welche sich in der parlamentarischen Beratung befinden; sie weisen auf einen allfälligen Anpassungsbedarf hin;
- unterstützen den Departementsvorsteher bzw. die Departementsvorsteherin oder seine bzw. ihre Vertretung während der Sitzungen.

Vertraulichkeit, Information der Öffentlichkeit

272 Die Mitglieder der Verwaltung beachten die Vertraulichkeit der Beratungen, der Protokolle und der Kommissionsberichte. Die Öffentlichkeit wird durch die Kommissionen informiert.

Beizug von Vertretern anderer Bundesämter

273 Das zuständige Fachamt sorgt gegebenenfalls nach Absprache mit den Parlamentsdiensten dafür, dass die nötigen Fachpersonen aus andern Bundesämtern an die Kommissionssitzungen beigezogen werden, insbesondere das Bundesamt für Justiz, wenn es sich um wichtige und schwierige Rechtsfragen handelt.

Plenum

Die zuständigen Mitarbeitenden sind im Ratssaal präsent, unterstützen die Departementsvorsteherin oder den Departementsvorsteher und das zuständige Direktionsmitglied und stehen ihnen namentlich zur Verfügung, um Fragen zu beantworten. 274

Mitwirkung des Bundesrats und der Verwaltung bei den parlamentarischen Beratungen

Geschäftsplanung

Das Verfahren während der parlamentarischen Beratungen wird ausschliesslich durch die Organe des Parlaments (insbesondere Ratsbüros, Koordinationskonferenz, Kommissionspräsidium, zentrales Sekretariat, Kommissionssekretariat) bestimmt. Das Fachamt kann indessen – in Absprache bzw. mit dem Departementsvorsteher bzw. in dessen Auftrag – seine sachlichen Überlegungen dem Sekretariat der zuständigen Kommission übermitteln (z.B. rasche Behandlung der Vorlage oder deren Abstimmung mit der Behandlung einer anderen Vorlage, welche von der Bundesversammlung beraten wird). Falls dieses Vorgehen nicht zum Erfolg führt, oder in besonders wichtigen Fällen, kann das Departement sein Anliegen mit Schreiben an das Kommissionspräsidium oder an das Ratsbüro übermitteln. Falls ein Beratungsgegenstand ausnahmsweise in beiden Räten in derselben Session behandelt werden soll, muss der Bundesrat rechtzeitig einen entsprechenden Antrag an die Koordinationskonferenz der Bundesversammlung stellen. 275

Antragsrecht

Der Bundesrat hat zu den in Beratung stehenden Geschäften ein Antragsrecht (Art. 160 Abs. 2 BV), welches er in schriftlicher Form in der vorberatenden Kommission und im Plenum wahrnehmen kann. Die zuständige Departementsvorsteherin oder der zuständige Departementsvorsteher nimmt dieses Recht im Auftrag des Bundesrats als Kollegialorgan wahr. Dabei verfügt sie oder er innerhalb des Rahmens, der durch den Bundesrat durch bisherige Entscheide abgesteckt wurde, über Spielraum. Hat der Bundesrat in einer bestimmten wichtigen Frage keine Vorentscheide getroffen oder lässt sich die Haltung des Bundesrats nicht durch solche Vorentscheide erschliessen, so hat die Departementsvorsteherin oder der Departementsvorsteher die Frage dem Bundesrat vorzulegen, bevor dem Parlament Antrag gestellt wird. 276

Die Vertreter der zuständigen Fachämter haben kein Antragsrecht. Sie können sich indessen in der vorberatenden Kommission zu Entwürfen der Ratsmitglieder äussern oder ergänzende schriftliche Formulierungsvorschläge unterbreiten (immer deutsch und französisch). Mitglieder der Kommission können diese als Anträge in die Kommissionsberatungen einbringen. 277

278 Zeigen sich während der parlamentarischen Beratungen, z.B. aufgrund weitergehender Abklärungen, aus der Sicht des zuständigen Departements Bedürfnisse für Änderungen gegenüber der Vorlage des Bundesrats, welche nicht rein redaktioneller oder von beschränkter technischer Natur sind, dann ist vor dem Unterbreiten entsprechender Vorschläge an das Parlament der Bundesrat einzubeziehen, beispielsweise durch:

- eine Zusatzbotschaft an die Bundesversammlung (*Rz. 255*);
- die Ermächtigung des zuständigen Departements, die entsprechenden Anträge nachzuliefern;
- ein Aussprachepapier an den Bundesrat, wenn die Änderungen auf informellem Weg (über ein Parlamentsmitglied) unterbreitet werden sollen.
- Werden im parlamentarischen Verfahren Änderungen an Vorlagen beantragt, so ist jeweils zu prüfen, ob diese wesentliche neue oder veränderte Auswirkungen nach sich ziehen. In solchen Fällen macht die Departementsvorsteherin oder der Departementsvorsteher bzw. die Verwaltung die vorberatende Kommission darauf aufmerksam, dass vertiefte Abklärungen zu den Auswirkungen nötig sind. Die Kommission führt über die Art und Tiefe der vorzunehmenden Abklärungen eine Aussprache. Anschliessend erteilt sie einen entsprechenden Auftrag. Der Bundesrat bzw. das federführende Departement können aber jederzeit auch von sich aus mit einem Bericht über die Auswirkungen an die Kommission gelangen. Das ist auch deshalb naheliegend, weil in der nachfolgenden Phase – im Falle einer Volksabstimmung – die Verantwortung für die «Datenlage» wieder beim Bundesrat angesiedelt ist. Aktualisierungen der Regulierungskostenschätzungen sind zudem dem SECO zu melden, das für das Monitoring der Belastungen der Unternehmen verantwortlich ist (vgl. Art. 5 Abs. 4 UEG und Art. 5 Abs. 2^{quater} OV-WBF).

Informationsrechte des Parlaments

279 Das Parlament verfügt über Informationsrechte gegenüber der Bundesverwaltung. Diese Rechte sind je nach Organ (Ratsmitglieder, Sachbereichskommissionen, Aufsichtskommissionen, Delegationen sowie Parlamentarische Untersuchungskommissionen) unterschiedlich geregelt. Die Informationsrechte der Ratsmitglieder und der parlamentarischen Kommissionen sind in den Artikeln 150 ff. Parlamentsgesetz (ParlG, SR 171.10) geregelt.

Redaktionskommission des Parlaments

280 Zuständige Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen des Fachamts beteiligen sich an den Sitzungen der Subkommissionen der Redaktionskommission des Parlaments. Sie tragen dadurch dazu bei, die Erlassentwürfe zu überprüfen, die endgültige Version zu bestimmen und die sprachliche Übereinstimmung der drei Versionen sowie deren Vereinbarkeit mit den redaktionellen und gesetzestechnischen Vorgaben sicherzustellen.

Ergebnis
Der Erlass ist von der Bundesversammlung verabschiedet. *281*

Nachparlamentarische Phase

Referendum

Begriff und Inhalt
Mit dem Referendum wird ein Erlass zur Volksabstimmung gebracht. Das Gesetzesreferendum ist fakultativ; 50'000 Stimmberechtigte oder acht Kantone müssen innerhalb von 100 Tagen seit der amtlichen Veröffentlichung des Gesetzes eine Abstimmung verlangen (Art. 141 BV). *282*

Ausgangslage
Das fakultative Referendum ist zustande gekommen. *283*

Organisation
Die Verfahrensleitung bei Abstimmungen obliegt der Bundeskanzlei. Die zuständigen Mitarbeitenden des Fachamts haben aber folgende Aufgaben: *284*

- Sie beteiligen sich im Rahmen der von der Bundeskanzlei eingesetzten Arbeitsgruppe an der Redaktion der Abstimmungserläuterungen des Bundesrats. Die Abstimmungserläuterungen sollen möglichst objektiv über den Inhalt der Vorlage informieren und auch den Auffassungen wesentlicher Minderheiten Rechnung tragen. Die Mitarbeitenden des federführenden Amtes erstellen in der Regel einen ersten Textentwurf, welcher anschliessend besprochen und durch die Bundeskanzlei bereinigt wird. Die Initiativ- und Referendumskomitees werden von der Bundeskanzlei frühzeitig eingeladen, eine schriftliche Stellungnahme zu verfassen. Ihre Stellungnahme dient als Diskussionsgrundlage und wird oft unverändert übernommen.
- Sie unterstützen den Departementsvorsteher oder
- Sie unterstützen den Departementsvorsteher oder die Departementsvorsteherin oder andere Mitglieder des Bundesrats bei der Abstimmungskampagne, z.B. durch das Erstellen von Referatsentwürfen und eines Abstimmungsargumentariums (mögliche Antworten auf Fragen bzw. Gegenargumente auf Kritiken usw.).
- Sie erstellen gelegentlich zuhanden der Öffentlichkeit (politische Parteien, Medien, Einzelpersonen) ein Argumentarium zur Vorlage.

Information der Öffentlichkeit

285 Mitglieder des Bundesrats erläutern im Vorfeld der Abstimmung die Haltung des Bundesrats zur Vorlage. Die zuständige Departementsvorsteherin oder der zuständige Departementsvorsteher äussert sich am Abstimmungssonntag zum Abstimmungsergebnis und beantwortet Fragen der Medienschaffenden.

286 Diese Öffentlichkeitsarbeit entfällt bei dringlich erklärten Bundesgesetzen mit einer Geltungsdauer bis zu einem Jahr, da diese nicht dem fakultativen Referendum unterstellt sind.

Erlass von Ausführungsvorschriften, Schaffung der Infrastruktur

Übersicht

Funktion

287 Die Vorbereitung von Ausführungsvorschriften sowie die Schaffung der nötigen Infrastruktur durch organisatorische Massnahmen sollen die Voraussetzungen schaffen, dass ein Erlass in Kraft gesetzt und umgesetzt werden kann.

Vorbereitung

288 In der Regel werden Bundesgesetze nicht durch den Bund, sondern durch andere Instanzen, meistens die Kantone bzw. die Gemeinden, vollzogen. Diese müssen häufig das Bundesrecht durch eigene Ausführungserlasse konkretisieren und die organisatorischen Umsetzungsvoraussetzungen schaffen. Die Botschaft zum Gesetzesentwurf enthält bereits erste Erläuterungen zur geplanten Art und Weise der Umsetzung (Art. 141 Abs. 2 Bst. d Parlamentsgesetz).

289 Für den Erlass kantonaler Vorschriften sind die dazu vorgeschriebenen kantonalen Verfahren (z.B. Gesetzesreferendum) einzuhalten; dies hat einen entsprechenden Zeitbedarf zur Folge.

290 Damit Bundeserlasse möglichst rasch in Kraft gesetzt werden können, unterstützt das zuständige Fachamt die Umsetzungsinstanzen (i.d.R. Kantone sowie gegebenenfalls interkantonale Direktorenkonferenzen), beispielsweise wie folgt:

- kontinuierliche Information über den Stand der Rechtsetzungsarbeiten;
- möglichst frühzeitige Erarbeitung von Normskizzen zu Verordnungen und von Verordnungsentwürfen und deren Zustellung an die Umsetzungsinstanzen als Vorinformation;
- frühzeitige Information über das Datum des Inkrafttretens; bei Bedarf vorgängige Konsultation über dieses Datum;
- Erarbeitung von kantonalen Muster-Ausführungserlassen (in Zusammenarbeit mit einzelnen Kantonen oder mit interkantonalen Direktorenkonferenzen).

Arbeitsschritte

Ausgangslage

Die gesetzlichen Bestimmungen sind beschlossen oder es besteht politischer Konsens über die wichtigsten materiellen Inhalte.

Planung

Damit die Inkraftsetzung und die Umsetzung relativ rasch nach der Schlussabstimmung durch die eidgenössischen Räte oder, im Falle eines Referendums, nach der Volksabstimmung erfolgen können, ist die Vorbereitung der Umsetzung früh, meist während der parlamentarischen Beratung an die Hand zu nehmen. Gelegentlich werden die Verordnungsentwürfe bereits parallel zu Gesetzesentwurf und Botschaft erarbeitet. Zumindest sollten entsprechende Normkonzepte schon zu diesem Zeitpunkt erarbeitet werden. *291*

Die Planung soll auf folgende Fragen Antworten geben: *292*

- Braucht es Ausführungsbestimmungen auf Bundesebene? Was sind die Inhalte dieser Bestimmungen? Wie gross ist der Zeitbedarf für deren Erarbeitung?
- Braucht es weitere Vorbereitungs- und Umsetzungsarbeiten auf Bundesebene? Wie gross ist der Zeitbedarf für diese Arbeiten?
- Braucht es Ausführungsbestimmungen der Kantone? Auf welcher Regelungsstufe (Verfassung, Gesetz, Verordnung)? Wie gross ist der Zeitbedarf bis zu deren Inkraftsetzung?
- Welche Festlegungen im Bundesrecht (auf Stufe Gesetz und Verordnung) sind erforderlich, damit die Kantone ihr Ausführungsrecht vorbereiten können?
- Braucht es weitere Vorbereitungs- und Umsetzungsarbeiten auf kantonaler Ebene? Wie gross ist der Zeitbedarf für diese Arbeiten?

Gestützt auf die Umsetzungsplanung setzt der Bund das Datum des Inkrafttretens fest. Im Sinne von Faustregeln betragen die Umsetzungsfristen dabei mindestens: *293*

- zwei Jahre ab Verabschiedung eines Bundesgesetzes und ein Jahr ab Verabschiedung des entsprechenden Ausführungserlasses, wenn die Kantone ein Gesetz erlassen oder ändern müssen;
- ein Jahr ab Verabschiedung eines Bundesgesetzes und sechs Monate ab Verabschiedung des entsprechenden Ausführungserlasses, wenn die Kantone bloss Verordnungsrecht erlassen oder ändern müssen.

Ausführungsbestimmungen sowie gegebenenfalls Vollzugshilfen schaffen

Gesetzesbestimmungen bedürfen oft einer Konkretisierung auf tieferer Regelungsebene (z.B. Bundesrats- oder Departementsverordnung zu einem Gesetz). Manchmal sind auch Kreisschreiben an die Kantone zweckmässig. *294*

Beim Erlass dieser Ausführungsbestimmungen ist zu prüfen, wer zu konsultieren ist (zuständige parlamentarische Kommission, Kantone, weitere Kreise); in der Planung ist für die Vernehmlassung genügend Zeit einzuplanen (mindestens drei Monate) (vgl. *Rz. 208*). *295*

Bei komplexen Umsetzungsaufgaben kann es zweckmässig oder gar nötig sein, Vollzugshilfen (Richtlinien, Wegleitungen, Checklisten, Mustererlasse usw.) zu erstellen, damit die Vollzugsinstanzen (insb. kantonale, kommunale oder parastaat- *296*

liche Stellen) die rechtlichen Bestimmungen ohne Schwierigkeiten anwenden können. Solche Vollzugshilfen haben keinen rechtsetzenden Charakter. Sie dürfen deshalb keine Anweisungen enthalten, welche Private zu einem Handeln oder Unterlassen verpflichten.

297 Bei Bedarf sind vorgängig umfangreiche konzeptuelle Arbeiten vorzunehmen, z.B. über die zeitliche Abfolge der Vollzugsaktivitäten (z.B. Umsetzungspläne), über die Prioritäten bezüglich der Projekte oder bezüglich der Zuteilung von Bundesbeiträgen auf die Kantone. Diese konzeptuellen Arbeiten können auch die Grundlage bilden für Pläne für den Vollzug (wie Sanierungspläne).

Vollzugsorganisation vorbereiten

298 Die Vollzugs- und Aufsichtsorgane müssen meist nicht neu geschaffen werden; es geht vielmehr darum, bestehende Organe auf neue Aufgaben vorzubereiten (administrative, organisatorische und bauliche Infrastruktur schaffen, Abläufe klären, Personal schulen, Handbücher und Datensammlungen vorbereiten).

Information

299 Je nach den konkreten Umständen sind besonders interessierte Kreise (z.B. Kantone, Gemeinden und Städte, besonders Betroffene) über das voraussichtliche Inkraftsetzungsdatum und die auf sie zukommenden Aufgaben frühzeitig und umfassend zu informieren. Oft empfehlen sich mit dem Inkraftsetzen zusätzliche Dienstleistungen, beispielsweise in der Form von Tagungen (z.B. mit den Vollzugsorganen sowie mit Vertretern von Betroffenengruppen), Merkblättern oder Dokumentationen im Internet.

Ergebnis

300 Die nötigen Vorbereitungen in rechtlicher, administrativer, organisatorischer und infrastruktureller Hinsicht sind getroffen. Der Erlass mit den erforderlichen Ausführungsbestimmungen kann in Kraft gesetzt werden.

Erlasse in Kraft setzen und publizieren

Übersicht

Funktionen

301 Mit der Publikation in der Amtlichen Sammlung des Bundesrechts gelten die Erlasse des Bundes, die völkerrechtlichen Verträge und die Beschlüsse des internationalen Rechts sowie die Verträge zwischen Bund und Kantonen als in der Öffentlichkeit bekannt gemacht. Damit können sie Rechtswirkung entfalten.

Massgebende Rechtsquellen

302 Artikel 195 BV (SR 101);
Publikationsgesetz (PublG, SR 170.512);
Publikationsverordnung (PublV, SR 170.512.1);

Artikel 58 des Parlamentsgesetzes (ParlG, SR 171.10) und Artikel 6–8 der Verordnung der Bundesversammlung über die Redaktionskommission (SR 171.105) (Berichtigung von Erlassen der Bundesversammlung).

Unterstützung

Die Sektion Recht der Bundeskanzlei ist die zuständige Fachstelle für publikationsrechtliche Fragen und das Kompetenzzentrum Amtliche Veröffentlichungen der Bundeskanzlei (KAV) die Fachstelle für publikationstechnische Fragen. Beide Stellen sind zu konsultieren, sobald die Inkraftsetzung absehbar ist. 303

Arbeitsschritte und Optionen

Ausgangslage

Der Erlass ist durch das zuständige Organ (Volk, Bundesversammlung, Bundesrat oder Departementsvorsteher bzw. Departementsvorsteherin) gutgeheissen worden. Publikationstechnisch ist der Erlass in das System des Kompetenzzentrums Amtliche Veröffentlichungen (KAV) aufgenommen worden. 304

Inkraftsetzungsbeschluss erforderlich?

Der Erlass legt den Zeitpunkt des Inkrafttretens selbst fest oder delegiert den Entscheid über den Inkrafttretenszeitpunkt einem Organ (i.d.R. dem Bundesrat). In letzterem Fall ist diesem Organ ein Antrag zum Bestimmen des Zeitpunkts des Inkrafttretens zu unterbreiten. 305

Zeitpunkt des Inkrafttretens

306

Normstufe	Festlegung der Inkraftsetzung im Erlass	Delegation der Inkraftsetzung an ein Organ
Bundesverfassung	Änderungen der Bundesverfassung treten in der Regel zum Zeitpunkt ihrer Annahme durch Volk und Stände in Kraft.	In Einzelfällen enthält der Beschluss über die neue Verfassungsbestimmung eine Delegationsnorm an die Bundesversammlung oder an den Bundesrat für die Inkraftsetzung. Beispiel: Bundesbeschluss über die Reform der Justiz vom 8. Oktober 1999
Bundesgesetze oder Verordnungen der Bundesversammlung	Diese Erlasse treten gelegentlich auf den im Erlass genannten Zeitpunkt in Kraft.	Bei Bundesgesetzen erfolgt meistens eine Delegation an den Bundesrat: dieser wird beauftragt, den Zeitpunkt des Inkrafttretens zu bestimmen.
Dringlich erklärte Bundesgesetze	Diese Erlasse werden sofort in Kraft gesetzt. Sie treten am Tage ihrer Verabschiedung durch das Parlament oder üblicherweise in den Tagen danach in Kraft. Ein Aufschub des Inkrafttretens um mehrere Monate ist nicht zulässig.	---
Bundesratsverordnungen	Die Verordnungen treten grundsätzlich auf den vom Bundesrat festgelegten Zeitpunkt in Kraft.	Ausnahmsweise und namentlich bei gestaffeltem Inkrafttreten kann die Inkraftsetzung an den/die Bundespräsidenten/in delegiert werden (Art. 26 Abs. 4 Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz).

Antrag zum Inkraftsetzen

307 Legt der Erlass den Zeitpunkt des Inkrafttretens nicht selbst fest, ist dem zuständigen Organ Antrag auf Inkraftsetzung zu stellen. Für einen entsprechenden Antrag an den Bundesrat gelten die für die Ämterkonsultation und das Mitberichtsverfahren massgebenden Regeln (vgl. *Rz. 18 ff. und 28 ff.*).

Zeitpunkt des Inkrafttretens

308 Der Zeitpunkt des Inkrafttretens sollte sich an folgenden sachlichen Erfordernissen orientieren:

- Ablauf einer allfälligen Referendumsfrist bzw. Vorliegen des Ergebnisses einer allfälligen Volksabstimmung (einschl. Erwahrung des Ergebnisses).
- Möglichst zügige Inkraftsetzung.
- Ein Bundesgesetz und die dazugehörenden Verordnungen werden in der Regel auf den gleichen Zeitpunkt in Kraft gesetzt.
- Ausreichender Zeitraum bis zum Inkraftsetzen, wenn die Umsetzungsorgane

(in der Regel die Kantone bzw. die Gemeinden) Anpassungen (z.B. Änderungen der Vollzugsgesetzgebung, Neuorganisationen, Errichtung von Anlagen) vornehmen müssen (vgl. *Rz. 292*); ggf. sind die Umsetzungsorgane über den Zeitpunkt der Inkraftsetzung zu konsultieren; sie sind auf jeden Fall frühzeitig zu informieren.
- Abstimmung des Zeitpunkts des Inkrafttretens auf andere verwandte Erlasse.
- Erlasse des Bundes müssen mindestens fünf Tage vor dem Inkrafttreten in der Amtlichen Sammlung des Bundesrechts veröffentlicht werden. Zwischen dem Entscheid des für die Festlegung des Zeitpunkts des Inkrafttretens zuständigen Organs und dem Inkrafttreten sollten mindestens vier Wochen vorgesehen werden. Damit ergibt sich praktisch ein Zeitraum von acht Wochen zwischen dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des Antrags durch den Departementsvorsteher oder die Departementsvorsteherin und dem Zeitpunkt des Inkrafttretens.

Zum gestaffelten Inkrafttreten vgl. *Rz. 1013* ff. und Gesetzestechnische Richtlinien des Bundes, *Rz. 175 ff*.

Publikation

Ordentliche Veröffentlichung

Die Publikation in der Amtlichen Sammlung des Bundesrechts (AS) und der Systematischen Sammlung des Bundesrechts (SR) erfolgt durch die Bundeskanzlei. *309*

Dringliche Veröffentlichung

Eine dringliche Veröffentlichung erfolgt, wenn der Erlass sofort oder nur einen Tag nach seiner Verabschiedung in Kraft treten soll oder wenn der Erlass aus anderen Gründen nicht mehr rechtzeitig in der Amtlichen Sammlung des Bundesrechts publiziert werden kann und die erlassende Behörde es anordnet. Die Veröffentlichung erfolgt vorerst auf andere Weise (per E-Mail an kantonale Staatskanzleien, an Einsichtnahmestellen nach Artikel 18 Publikationsgesetz sowie an allfällige weitere Adressaten) und anschliessend sobald als möglich in der Amtlichen Sammlung des Bundesrechts. *310*

Veröffentlichung durch Verweis

Auf die Veröffentlichung eines Textes in der Amtlichen Sammlung des Bundesrechts und in der Systematischen Sammlung des Bundesrechts kann verzichtet und stattdessen ein Verweis in der AS und der SR mit Angabe der Fundstelle oder der Bezugsquelle publiziert werden, wenn es sich um eine Veröffentlichung besonderen Charakters handelt, die: *311*
- nur einen kleinen Kreis von Personen betrifft;
- technischer Natur ist und sich nur an Fachleute wendet; oder
- in einem anderen Format veröffentlicht werden muss.

Ausnahmen von der Publikationspflicht

312 Erlasse und völkerrechtliche Verträge, die im Interesse der Landesverteidigung geheim gehalten werden müssen, werden in der Amtlichen Sammlung des Bundesrechts nicht veröffentlicht.

Ergebnis

313 Der Erlass ist in der AS und in der SR veröffentlicht. Er entfaltet Rechtswirkung.

Das Rechtsetzungsprojekt abschliessen

314 Spätestens mit dem Inkraftsetzen des Erlasses wird das Rechtsetzungsprojekt abgeschlossen. Dazu gehören:

- organisatorische und personelle Massnahmen (Arbeitsgruppen und Projektteams auflösen, neue Aufgaben zuteilen);
- Aufräumarbeiten (insb. Dokumente für die Archivierung aufbereiten, Abrechnungen abschliessen, besondere Kreditrubriken schliessen).

Gelegentlich ist es sinnvoll, einen Erfahrungsbericht zu verfassen.

Den Erlass umsetzen

315 Mit dem Inkraftsetzen des Erlasses beginnt die Umsetzung. Näheres dazu vgl. *Rz. 1049 ff.*).

Den Erlass evaluieren

316 Für inhaltliche und prozedurale Einzelheiten vgl. *Rz. 1135 ff.*

3 Parlamentarische Initiative

Übersicht

Begriff

Mit der parlamentarischen Initiative kann ein Ratsmitglied, eine Fraktion oder eine Kommission vorschlagen, dass eine Kommission einen Entwurf für einen Erlass der Bundesversammlung ausarbeitet. *317*

Funktion

Die parlamentarische Initiative ermöglicht den beiden Kammern des Parlaments, selbstständig Änderungen der Verfassung, von Gesetzen oder von Parlamentsverordnungen zu erarbeiten. *318*

Rechtsgrundlagen

319

Artikel 160 Absatz 1 BV (SR 101);
Artikel 107–114 Parlamentsgesetz (ParlG, SR 171.10);
Artikel 25–29 Geschäftsreglement des Nationalrats (GRN, SR 171.13);
Artikel 21–25 Geschäftsreglement des Ständerats (GRS, SR 171.14);
Artikel 6 Absatz 2 Vernehmlassungsgesetz (VIG, SR 172.061).

Information der Öffentlichkeit

Die Parlamentsdienste stellen die Information der Öffentlichkeit über die im Rahmen einer parlamentarischen Iniative ausgearbeiteten Erlassentwürfe sicher. *320*

Mitwirkung der Bundesverwaltung

Die Verfahrensleitung für parlamentarische Initiativen obliegt der Bundesversammlung. Das Projektmanagement wird durch das Sekretariat der zuständigen Kommission wahrgenommen. Die vorberatenden Kommissionen können das zuständige Departement bzw. die Bundeskanzlei einladen, Mitarbeiterinnen oder Mitarbeiter zu bezeichnen, welche der Kommission Rechts- und Sachauskünfte erteilen (Art. 112 Abs. 1 ParlG). Dies geschieht sowohl bei der Vorprüfung als auch bei der Ausarbeitung des Erlassentwurfs und dessen Erläuterungen häufig. *321*

Sobald die Kontaktperson der Verwaltung bezeichnet ist, erfolgt der weitere Geschäftsverkehr direkt zwischen dieser Kontaktperson und dem Kommissionssekretariat. Die Kommissionssekretariate stehen den Mitarbeitenden der Bundesverwaltung bei allfälligen Fragen zum Verfahren und zum Vorgehen zur Verfügung. *322*

Die Mitarbeitenden der Bundesverwaltung präjudizieren Stellungnahmen des Bundesrates nicht. Um zu vermeiden, dass das Amt zu sehr mit den unterbreiteten Vorschlägen identifiziert wird, ist es empfehlenswert, das Fachamt bei der Ausarbeitung von Vorlagen durch Sachbearbeitende, und nicht durch ein Mitglied der Direktion vertreten zu lassen. *323*

324 Von der Kontaktperson der Bundesverwaltung wird erwartet, dass sie die fachliche und rechtliche Perspektive nicht nur ihrer eigenen Dienststelle, sondern auch jene anderer Dienststellen einbringt, die an der Frage interessiert sind. Sie soll soweit nötig die entsprechenden Stellen kontaktieren. Bei komplexen Sachverhalten kann sich die Kontaktperson in Absprache mit dem Kommissionssekretariat durch eine Vertretung der interessierten anderen Stellen an die Kommissionssitzung begleiten lassen.

325 Die beigezogenen Mitarbeitenden der Bundesverwaltung tragen in der Kommission mit ihren Rechts- und Sachauskünften zur Beurteilung der Anliegen der Initiative und deren Tragweite bei. Dies bedeutet in der Praxis namentlich:

- auf Kongruenzen oder Divergenzen der Anliegen der Initiative mit früheren Entscheiden des Bundesrats, mit bestehenden Departements- und Amtsstrategien, mit laufenden Rechtsetzungsvorhaben u.a.m. hinzuweisen;
- Hinweise zur rechtlichen Tragweite der Initiative (z.B. betroffene Rechtsstufe, Umfang der Regelung) und zu allfälligen rechtlichen Problemen (z.B. Grundrechtsschutz, Völkerrecht) bzw. zu möglichen Lösungen zu geben;
- auf bestehende bzw. mangelnde Kompetenzen von Bund und Kantonen und auf allfällige Bestrebungen auf Bundes-, auf kantonaler oder auf interkantonaler Ebene zur Lösung des Problems hinzuweisen.

326 Politische Beurteilungen bleiben dem Bundesrat vorbehalten (s. *Rz. 348*).

327 Die Teilnahme der Mitarbeitenden der Bundesverwaltung an den Sitzungen des Plenums von National- oder Ständerat ist nicht erforderlich.

Verfahren

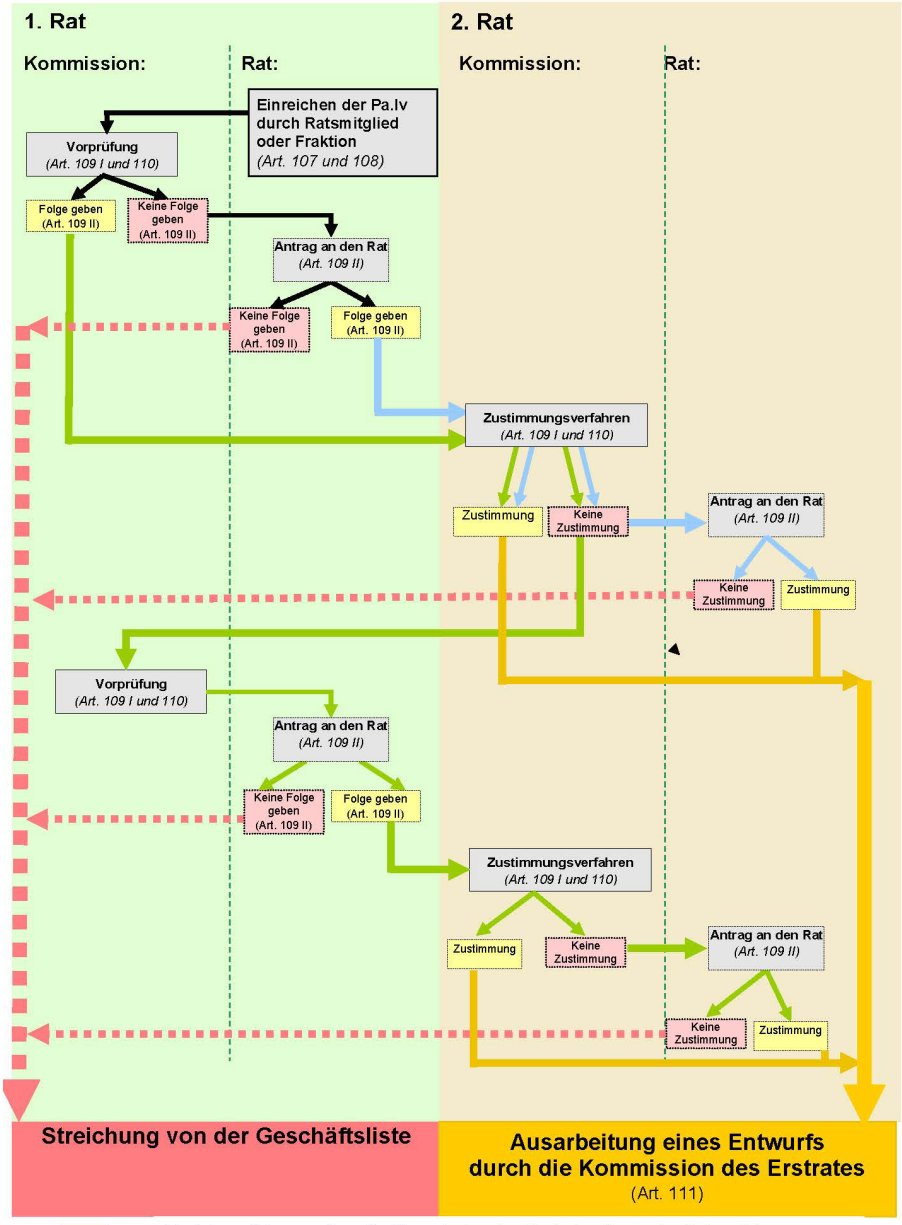
Zwei Phasen

328 Eine parlamentarische Initiative unterliegt einem Vorprüfungsverfahren, bei welchem entschieden wird, ob der Initiative «Folge gegeben» wird oder nicht (Art. 109 ParlG). Im ersten Fall schliesst sich daran das Verfahren zur Ausarbeitung eines Erlassentwurfs an.

Vorprüfung

329 Es wird geprüft, ob der Regelungsbedarf im Grundsatz bejaht und das weitere Vorgehen auf dem Wege der parlamentarischen Initiative als zweckmässig beurteilt wird (Art. 110 ParlG).

Das Verfahren der Vorprüfung ist nachfolgend schematisch dargestellt: *330*



Verfahrensfolgen, sofern die Kommission des Erstrates der pa. Iv. Folge gibt.
Verfahrensfolgen, sofern der Erstrat der pa. Iv. Folge gibt, nachdem die Kommission der pa. Iv. keine Folge gegeben hat.

Ausarbeitung eines Entwurfs und eines erläuternden Berichts

Allgemeines

331 Wird einer Initiative Folge gegeben, so erhält die zuständige Kommission des Rats, in dem die Initiative eingereicht worden ist, den Auftrag, innert zwei Jahren einen Erlassentwurf und einen erläuternden Bericht auszuarbeiten (Art. 111 ParlG). Die Frist kann verlängert werden (Art. 113 ParlG).

332 Die Kommission kann dem Rat auch die Abschreibung der Initiative beantragen, wenn sie durch einen anderen Erlassentwurf erfüllt ist, oder wenn aus anderen Gründen der Auftrag an die Kommission nicht aufrechterhalten bleiben soll (Art. 113 ParlG).

333 Die beigezogenen Mitarbeitenden der Bundesverwaltung nehmen an den Sitzungen der Kommission oder der mit der Ausarbeitung des Entwurfs betrauten Subkommission teil. Dabei werden ihnen von der (Sub-)Kommission bzw. dem Kommissionssekretariat namentlich folgende Aufgaben zur Bearbeitung zugeteilt:

- Erarbeitung von Vorschlägen bzw. von Entwürfen für die rechtliche Umsetzung der von der (Sub-)Kommission formulierten Ziele und Massnahmen;
- rechtliche und inhaltliche Erläuterungen der Entwürfe.

334 Die Anforderungen an den Erlassentwurf und an den erläuternden Bericht zu einer parlamentarischen Initiative entsprechen denjenigen an eine Botschaft des Bundesrats (Art. 111 Abs. 3 ParlG).

Aufgaben der Bundesverwaltung

335 Die (Sub-)Kommission bzw. deren Sekretariat darf nicht einfach dem Departement den Auftrag erteilen, ihr den fertigen Entwurf eines Kommissionsberichts vorzulegen. Dafür steht das Instrument der Motion an den Bundesrat zur Verfügung. Im Verfahren der parlamentarischen Initiative liegt es an der Kommission, ihre politischen Anliegen im Einzelnen und möglichst konkret zu formulieren. Die politische Kommentierung des Entwurfs ist Sache des im Auftrag der Kommission handelnden Sekretariats und nicht der Verwaltung.

336 Alle Unterlagen für parlamentarische Organe müssen immer in deutscher und französischer Sprache abgeliefert werden. Verantwortlich für die Übersetzung ist die jeweils für das Dokument verantwortliche Dienststelle. Verfasst die Verwaltung im Auftrag des Kommissionssekretariats einzelne Teile des Kommissionsberichts, muss sie diese ebenfalls in beiden Sprachen abliefern.

337 Rechtsetzungsarbeiten bei komplexeren Materien können für die zuständigen Mitarbeitenden der Bundesverwaltung mit einer hohen Arbeitsbelastung verbunden sein. Sie bedürfen häufig der Unterstützung anderer Mitarbeitenden ihres Fachamts (insb. für die Übersetzungen). Lassen sich die Aufträge mit den bestehenden Ressourcen nicht bewältigen, ist zunächst mit dem Kommissionssekretariat Kontakt aufzunehmen. Durch ein Schreiben des Departementsvorstehers bzw. der Departementsvorsteherin an das Präsidium der Kommission kann, wenn nötig, um

eine Entbindung von gewissen Aufgaben oder um eine Fristerstreckung nachgesucht werden.

Die beigezogenen Mitarbeitenden der Bundesverwaltung sind gehalten, bei der Erfüllung der Aufträge konstruktiv mitzuwirken, auch wenn sie Vorbehalte zur Stossrichtung der auszuarbeitenden Entwürfe haben. 338

Koordination

Die beigezogenen Mitarbeitenden der Bundesverwaltung stellen die Zusammenarbeit mit den anderen, am Erlass interessierten Ämtern sicher. 339

Nach dem Entscheid der zuständigen parlamentarischen Organe zur Ausarbeitung eines Erlassentwurfs und des erläuternden Berichts soll das bisher beigezogene Amt die möglichen betroffenen Ämter und die Generalsekretariate sowie die Bundeskanzlei über die bevorstehenden Gesetzgebungsarbeiten informieren und sie einladen, ihre Anliegen mitzuteilen bzw. Ansprechpersonen zu bezeichnen. 340

Bevor der Entwurf in die Vernehmlassung geschickt wird, sowie bei wichtigen Änderungen am Entwurf, die daran anschliessend erfolgen, sind die entsprechenden Querschnittämter (v.a. Bundeskanzlei bzw. verwaltungsinterne Redaktionskommission, Bundesamt für Justiz, Eidgenössische Finanzverwaltung) in die Überprüfung in rechtlicher, sprachlicher und finanzieller Hinsicht einzubeziehen. 341

Vernehmlassung

Erlassentwürfe im Rahmen parlamentarischer Initiativen unterstehen wie Entwürfe des Bundesrats oder der Departemente den Anforderungen des Vernehmlassungsgesetzes. 342

Parlamentarische Kommissionen können für die Vorbereitung der Vernehmlassungen und für die Zusammenstellung der Ergebnisse Dienststellen der Bundesverwaltung beiziehen. Diesen werden in der Regel grössere Aufgaben gemäss folgendem Schema übertragen (s. auch Art. 6 Abs. 2 VlG): 343

344

Wer?	Was?
Die Vernehmlassung planen, s. *Rz. 208*	
Das Kommissionssekretariat	informiert die Bundeskanzlei über die bevorstehende Durchführung der Vernehmlassung.
Die Bundeskanzlei	stellt die Information über die geplante Vernehmlassung sicher.
Die Vernehmlassungsunterlagen vorbereiten und versenden, *s. Rz 225*	
Das Kommissionspräsidium oder das Kommissionssekretariat	beauftragt die beigezogenen Mitarbeitenden mit der Durchführung der Vernehmlassung (in der Regel formlos, z.B. mündlich oder per E-Mail).
Das Fachamt in Einvernehmen mit dem Kommissionssekretariat	bestimmt den Kreis der Vernehmlassungsadressaten, bereitet die Vernehmlassungsunterlagen vor und versendet diese zusammen mit dem vom Kommissionspräsidium unterzeichneten Schreiben. Hinweis: Es findet keine Ämterkonsultation zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens und zum Ergebnisbericht statt.
Die Vernehmlassung auswerten und einen Ergebnisbericht erstellen, *s. Rz 229*	
Das Fachamt	wertet die Vernehmlassung aus und stellt dem zuständigen Kommissionssekretariat den Ergebnisbericht und die Stellungnahmen mit einem Orientierungsschreiben zu. Hinweis: Das Fachamt stützt sich auf die Resultate der Vernehmlassung ab. Es nimmt keine eigene Beurteilung des Ergebnisses und des weiteren Vorgehens vor.
Das Kommissionssekretariat	veröffentlicht den Ergebnisbericht (auf den Webseiten des Parlamentes und der Bundeskanzlei), nachdem die Kommission davon Kenntnis genommen hat. Hinweis: Es ist nicht ratsam, den Ergebnisbericht auf der Webseite des Fachamts zu veröffentlichen, da es sich um eine Vorlage des Parlaments handelt. Gegebenenfalls kann ein Link auf die Webseite der Bundeskanzlei über den entsprechenden Ergebnisbericht gesetzt werden.

Definitiver Kommissionsentwurf und -bericht

345 Die Kommission nimmt anschliessend Kenntnis vom Ergebnisbericht und berät, ob aufgrund der Ergebnisse Rückkommen auf den Entwurf beschlossen werden soll, um Änderungen vornehmen zu können.

346 Der definitive Kommissionsbericht und -entwurf wird dem Rat unterbreitet. Gleichzeitig erhält der Bundesrat Gelegenheit zur Stellungnahme innert einer angemessenen, von der Kommission festgesetzten Frist (in der Regel 6 bis 8 Wochen). Es ist nicht zwingend, dass der Bundesrat eine Stellungnahme oder Vorschläge abgibt; meist macht er aber Gebrauch von dieser Möglichkeit.

347 Damit trotz knapper Frist eine qualitativ gute Stellungnahme des Bundesrats möglich ist, ist anzustreben, dass die von der Bundesverwaltung beigezogenen Mitarbeitenden den Entwurf einer Stellungnahme des Bundesrats vorbereiten, noch bevor Kommissionsentwurf und -bericht definitiv verabschiedet sind.

Stellungnahme des Bundesrats

Wer	Was
Das Kommissionssekretariat	leitet dem Bundesrat das vom Kommissionspräsidium unterzeichnete Schreiben mit dem definitiven Kommissionsentwurf und -bericht zu und sorgt für die Publikation im Bundesblatt.
Die Bundeskanzlei	stellt die Unterlagen dem zuständigen Departement zu.
Das Fachamt	erstellt einen Entwurf der Stellungnahme des Bundesrats und allfälliger Anträge des Bundesrats. Es schickt die Stellungnahme in die Ämterkonsultation, s. *Rz. 18*. Hinweis: Damit klar erkenntlich ist, welche Änderungen des Erlasses der Bundesrat formell beantragt, werden diese Änderungsanträge der Stellungnahme unter der Überschrift Anträge am Schluss beigefügt. Die Begründung der Anträge erfolgt weiter vorne, im Hauptteil der Stellungnahme. Die formale Darstellung der Änderungsanträge folgt den Regeln für die Erstellung der Fahnen im parlamentarischen Verfahren; es empfiehlt sich eine Absprache mit dem Kommissionssekretariat, welches in der Fahne eine Spalte mit den Anträgen des Bundesrats einfügen wird.
Das Fachamt	wertet die Ergebnisse der Ämterkonsultation aus, bereinigt den Entwurf der Stellungnahme des Bundesrats und leitet ihn dem Departementsvorsteher oder der Departementsvorsteherin zur Unterschrift zu.
Der Departementsvorsteher oder die Departementsvorsteherin	unterzeichnet den Antrag an den Bundesrat.
Der Bundesrat	verabschiedet die Stellungnahme.
Die Bundeskanzlei	leitet die Stellungnahme dem zuständigen Rat zu und sorgt für die Publikation im Bundesblatt.
Die Kommission	berät allfällige Änderungsanträge des Bundesrates und schliesst sich ihnen an (neue Anträge der Kommission) oder beantragt sie dem Rat zur Ablehnung.

348

Parlamentarische und nachparlamentarische Phase

349

Eine Vorlage wird im Erstrat nach dem ordentlichen Verfahren für Erlassentwürfe beraten (Eintretensdebatte, Detailberatung und Gesamtabstimmung). Scheitert sie im Erstrat (durch Nichteintreten oder Ablehnung in der Gesamtabstimmung), wird sie nicht an den Zweitrat weitergereicht und die parlamentarische Initiative ist erledigt, obwohl der Zweitrat an der Vorprüfung beteiligt war (Art. 114 Abs. 1bis ParlG).

In der Kommission des Zweitrates wird der Entwurf des Erstrates durch ein Mitglied der Kommission des Erstrates vertreten (Art. 114 Abs. 2 ParlG). Die Beratung des Entwurfs im Zweitrat sowie die Bereinigung von Differenzen erfolgen nach dem gewöhnlichen parlamentarischen Verfahren.

Die parlamentarische Phase ist gleich wie bei Gesetzesvorlagen, s. *Rz. 282*.

4 Verordnung

Übersicht

350 Das vorliegende Kapitel stellt den Prozess der Erarbeitung von Verordnungen des Bundes dar. Im Fokus stehen die Verordnungen des Bundesrats und der Departemente; die Hinweise gelten im Wesentlichen aber auch für die übrigen Verordnungen.

351 Ein grosser Teil der Grundsätze und Verfahrensschritte stimmen ganz oder teilweise mit jenen für den Erlass von Gesetzen überein. Dementsprechend wird öfters auf das Kapitel «Gesetz» (*Rz. 50 ff.*) verwiesen.

Auslösung und Planung eines Verordnungsprojekts

Auslösung und Auftragserteilung

Impuls

352 Der Impuls zur Erarbeitung oder Änderung einer Verordnung kann aus verschiedenen Quellen stammen:

- Gesetzliche Verpflichtung: Verlangt es das Gesetz, dann hat die zuständige Behörde eine Verordnung zu erlassen oder zu ändern; sie hat diesbezüglich keinen Handlungsspielraum.
- Auftrag einer übergeordneten Behörde: Die zuständige Behörde verlangt vom Fachamt, eine Verordnungsänderung zu prüfen oder unmittelbar vorzunehmen. Dies kann Folge eines institutionalisierten Verfahrens sein (z.B. Einreichung einer Motion, eines Postulats oder einer Volksinitiative). Es kann auch bedingt sein durch den Erlass oder die Änderung übergeordneten Rechts (Verfassung, Gesetz, höherrangige Verordnung) oder durch die Rechtsprechung einer höheren Gerichtsinstanz (z.B. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte oder Gerichte des Bundes).
- Initiative des Amts: Nicht selten ergreift das Fachamt die Initiative zu einer Verordnungsänderung, ohne dass es von der übergeordneten Behörde einen expliziten Auftrag erhalten hat. Die Verwaltungseinheiten müssen ihre Aufgaben und Leistungen überprüfen (Art. 5 RVOG; Art. 27 Abs. 1 RVOV). Sie ergreifen somit auch die Initiative zur Änderung nicht mehr adäquater Verordnungen. In diesem Fall umschreibt das Amt, welches das Rechtsetzungsverfahren auslöst, den Auftrag selbst.

Arbeitsschritte

Im Anfangsstadium zu beantwortende Fragen

353
- Die rechtlichen Rahmenbedingungen ermitteln (*Rz. 131 ff.*).
- Zwischen einer Teil- oder Totalrevision entscheiden (s. Gesetzestechnische Richtlinien des Bundes (GTR), *Rz. 276*).

Einen formellen Auftrag erwirken?

Mit dem Auftrag wird der Rahmen der zu erarbeitenden bzw. der zu ändernden Verordnung umschrieben. Der Auftrag wird häufig nur implizit (z.B. im Rahmen der Bundesrats-, Departements- oder Amtsplanung) oder nachträglich erteilt (z.B. bei der Genehmigung des Normkonzepts). 354

Bedarf es vor der Vorbereitung der Verordnung einer Diskussion von Grundsatzfragen im Bundesrat, bereitet das zuständige Amt einen Antrag und ein Beschlussdispositiv vor (s. Vorlagen Bundesratsgeschäfte; nur über Intranet Bundesverwaltung zugänglich). Es eröffnet anschliessend die Ämterkonsultation und das Mitberichtsverfahren (vgl. *Rz. 18 ff.* und *28 ff.*). 355

Massgebende Rechtsquellen und Hilfsmittel

- Artikel 147, Artikel 163 Absatz 1, Artikel 164 Absatz 1 und 2, Artikel 182 Absatz 1, Artikel 184 Absatz 3, Artikel 185 Absatz 3 BV (SR 101); 356
- Artikel 22 Absatz 2 und 3, Artikel 151 Parlamentsgesetz (ParlG, SR 171.10);
- Artikel 5, 7, 36 und 48 Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG, SR 172.010);
- Artikel 11, 12 und 27 Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung (RVOV, SR 172.010.1);
- Artikel 3 und 3a Vernehmlassungsgesetz (VlG, SR 172.061);
- Richtlinien für Bundesratsgeschäfte der Bundeskanzlei («Roter Ordner», nur Intranet).

Ein Verordnungsprojekt planen

Übersicht

Jedes Verordnungsprojekt erfordert eine sorgfältige Planung. Diese dient als Führungsinstrument zum Ermitteln des Zeit- und Personalbedarfs. Abgesehen von den nachfolgenden Präzisierungen gelten die Darlegungen zur Projektplanung im Kapitel «Gesetz» (*Rz. 76 ff.*) auch hier. 357

Arbeitsschritte

Zeit- und Personalbedarf realistisch einschätzen

Der Zeit- und Personalbedarf ist abhängig von verschiedenen Umständen im Zusammenhang mit der Erarbeitung der Verordnung. 358

Abklärung der rechtlichen Rahmenbedingungen

Es gilt zu prüfen, ob die geplante Verordnung Querbezüge und Auswirkungen auf andere (gleichrangige, höherrangige oder tieferrangige) Erlasse oder Erlassvorhaben hat, vgl. *Rz. 131 ff.* 359

Die richtige Organisation wählen

360 Eine spezielle Projektorganisation ist nur bei einer besonders komplexen oder wichtigen Verordnung angezeigt (vgl. *Rz. 85 ff.*). Der Entscheid über die Organisation liegt in der Regel beim zuständigen Amt.

361 Wird bei der Erarbeitung des Gesetzes bereits eine spezielle Projektorganisation geschaffen (vgl. *Rz. 101 f.*), kann das zuständige Amt sie auch bei der Verordnungserarbeitung einsetzen. Meist wird es aber eine neue, bescheidenere Organisationsform wählen. Dabei greift es auf die bei der Erarbeitung des Gesetzes beteiligten Fachpersonen zurück, um deren Kenntnisse zu nutzen. Bei Bedarf zieht es allenfalls weitere Spezialistinnen und Spezialisten bei, namentlich zur Vertiefung einzelner Fragen.

Einen Projektplan erstellen

362 Je nach Komplexität des Vorhabens gibt der Projektplan Aufschluss über:

- den Bedarf nach einer neuen oder geänderten Verordnung;
- das damit zu verfolgende Ziel;
- den Zeitplan mit den wichtigsten Etappen;
- das mutmassliche Datum der Inkraftsetzung der Verordnung; für den Entscheid in dieser wichtigen Frage spielen folgende Elemente eine Rolle:
  - die allfälligen Ausführungen in der Botschaft zum Gesetzesentwurf zu dessen Inkrafttreten,
  - der mutmassliche Zeitbedarf der Kantone zur Anpassung ihrer Erlasse und Vollzugsstrukturen,
  - die Koordination mit dem Inkraftsetzen verwandter Erlasse und
  - die Fristen für die Veröffentlichung.
- die notwendigen Ressourcen (Personal und Finanzen); nicht zu vergessen sind die Ressourcen für die Übersetzung einschliesslich Zeitbedarf.
- die nächsten Schritte u.a.m.

Den Projektplan genehmigen lassen

363 Der Projektplan bedarf der Genehmigung (vgl. *Rz.* 90).

Konzept

Übersicht

364 In der Konzeptphase wird der grundlegende normative Gehalt der zu erarbeitenden Verordnung umschrieben. Vorgängig müssen die nötigen Informationen über das Projekt zusammengetragen werden. Anschliessend wird das Normkonzept erstellt. Erst danach wird der Verordnungsentwurf erarbeitet. Die Hinweise in *Rz. 93 ff.* gelten im Wesentlichen auch hier.

Die erforderlichen Informationen erarbeiten

Die erforderlichen Informationen können inhaltlicher oder rechtlicher Natur sein. Möglicherweise sind die erforderlichen Informationen vorhanden, z.B. wenn sie bei der Erarbeitung des Gesetzes beschafft wurden. Bekannt sind somit das mit der Regulierung zu lösende Problem, die zu erreichenden Ziele, die zu ergreifenden Massnahmen und der Kreis der betroffenen Personen. Auch für Verordnungen ist analog zum Gesetz die Durchführung des RFA-Quick-Check erforderlich (vgl. Rz 160). Anhand des Quick-Checks wird ermittelt, ob zusätzliche Analysen notwendig sind. Die rechtlichen Rahmenbedingungen sind geklärt (z.B. weil diese Abklärungen während der Vorbereitung des Gesetzes vorgenommen wurden). Auch bei einer Änderung der Verordnung, deren rechtliche Grundlage unverändert blieb, sind die Relevanz und Richtigkeit der im Ingress erwähnten Rechtsbestimmungen abzuklären. *365*

Die rechtlichen Grundlagen überprüfen

Das zuständige Amt überprüft die rechtlichen Grundlagen, um den Handlungsspielraum bei der Gestaltung der Verordnung zu ermitteln. *366*
Es gilt abzuklären, ob das Gesetz eine Delegationsnorm enthält, welche erlaubt, Primärnormen zu erlassen, oder ob bloss Sekundärnormen zu erlassen sind (*Rz. 703 ff*).

Die zuständige Behörde ermitteln

Auch wenn es oft selbstverständlich erscheint, ist zu prüfen, welches die für den Erlass der Verordnung zuständige Behörde ist. *367*

Verordnung des Bundesrats

Ein Gesetz wird in der Regel durch den Bundesrat als oberste leitende und vollziehende Behörde des Bundes umgesetzt. Dieser ist ermächtigt, Sekundärnormen zu erlassen (Art. 182 BV). Nur Primärnormen bedürfen einer spezifischen rechtlichen Grundlage (Art. 164 Abs. 2 BV, *Rz. 703 ff*). *368*

Aufgrund gesetzlicher Vorgaben müssen verschiedene Bestimmungen in einer Verordnung des Bundesrats geregelt werden und zwar: *369*

- Organisationsbestimmungen; dies dient der Erhaltung der Organisationsautonomie des Bundesrats (Art. 43 Abs. 2 RVOG);
- die Zuteilung der Zuständigkeit für Entscheidungen an den Bundesrat oder an Verwaltungseinheiten (Departement, Gruppe oder Amt) in einzelnen Geschäften oder in ganzen Geschäftsbereichen (Art. 47 Abs. 1 u. 2 RVOG). Das Ziel ist dabei die Zuteilung an die passende Stufe. In der Regel werden die Entscheidzuständigkeiten den Ämtern und Gruppen mit Sachwissen über den entsprechenden Geschäftsbereich zugeteilt.

Verordnung eines Departements, einer Gruppe oder eines Amtes

370 Der Bundesrat kann, ohne spezielle rechtliche Grundlage, rechtsetzende Zuständigkeiten an ein Departement übertragen. Er berücksichtigt dabei die Tragweite der Rechtssätze (Art. 48 Abs. 1 RVOG). Der Bundesrat nimmt die Subdelegation mit Zurückhaltung wahr, da sie in der Regel die Mitbestimmungsrechte der anderen Departemente beschneidet. Vor dem Entscheid über eine Departementsverordnung findet zwar eine Ämterkonsultation, aber kein Mitberichtsverfahren statt.

371 Der Bundesrat kann die Zuständigkeit zur Rechtsetzung auch einer Gruppe oder einem Amt übertragen, wenn ihn eine formelle gesetzliche Grundlage dazu ermächtigt (Art. 48 Abs. 2 RVOG). Die Tragweite der zu erlassenden Bestimmungen ist massgebend für die zu wählende Rechtsetzungsstufe.

372 Zu berücksichtigen sind namentlich die Bedeutung des zu regelnden Sachverhalts, der Kreis der Normadressaten und die für sie resultierenden Auswirkungen (beispielsweise die Intensität eines allfälligen Eingriffs in die Grundrechte) sowie die Technizität des Sachbereichs. Demgegenüber sollte der Änderungsbedarf der Bestimmungen kein bestimmender Faktor sein, da das Verfahren vor dem Bundesrat nicht wesentlich aufwändiger ist als dasjenige zur Änderung einer Departementsverordnung.

373 Falls Behörden unterschiedlicher Stufen (z.B. Bundesrat und Departement) gleichzeitig unterschiedliche Verordnungen vorbereiten, so ist das Fachamt für die Koordination der materiellen Inhalte und der verschiedenen Arbeiten zuständig.

Eine oder mehrere Verordnungen?

374 Ob die Regelungen zur Umsetzung des Gesetzes in einer einzigen Verordnung zusammengefasst oder ob sie sinnvollerweise auf verschiedene gleichrangige Verordnungen verteilt werden sollen, kann der zuständige Verordnungsgeber nach eigenem Ermessen bestimmen.

Zwischen einer Teil- oder Totalrevision entscheiden

375 S. Gesetzestechnische Richtlinien des Bundes (GTR), Rz. 276.

Ein Normkonzept erarbeiten und genehmigen lassen

376 Das Normkonzept sollte den in *Rz. 161 ff.* dargelegten Anforderungen entsprechen. Es sollte zudem:

- die gesetzlichen Grundlagen aufzeigen, auf welche die Verordnung sich stützen soll, oder darlegen, in welchem Verfahrensstand sich die noch zu schaffenden Grundlagen befinden;
- die Delegationsnormen aufführen.

Das Normkonzept wird in der Regel durch die Amtsleitung genehmigt. Wenn die Kantone wichtige Umsetzungsaufgaben zu übernehmen haben, kann das Amt ihnen oder der zuständigen interkantonalen Direktorenkonferenz das Normkonzept ganz oder in Teilen unterbreiten. 377

Verordnungsentwurf und erläuternder Bericht

Beim Erlass von Verordnungen des Bundes spricht man vor der Vernehmlassung vom «Vorentwurf der Verordnung» und nach der Vernehmlassung vom «Verordnungsentwurf». Die Verfahrensschritte, die für die Redaktion eines Gesetzesentwurfs zu durchlaufen sind, sind im Wesentlichen auch hier zu beachten (vgl. *Rz. 50 ff.*). 378

Den Verordnungsentwurf redigieren

Auf der Grundlage des Normkonzepts wird die Verordnung redigiert. 379
Zur Verfügung stehen verschiedene Hilfsmittel, vgl. *Rz. 244.* Auf der Webseite KAV-Prozess (admin.ch) (nur über Intranet Bundesverwaltung zugänglich) findet man die entsprechenden Vorlagen.

Für eine adäquate Normdichte sorgen

Zwei unterschiedliche Erfordernisse prägen die Normdichte: der Wunsch nach einheitlicher Rechtsanwendung und nach Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe des Gesetzes einerseits und das Gewährleisten eines ausreichenden Handlungsspielraums für die Vollzugsorgane anderseits. Häufig müssen in der Verordnung unbestimmte Rechtsbegriffe konkretisiert werden. Bei der Umsetzung durch die Kantone wird in der Regel darauf geachtet, ihnen einen ausreichenden Ermessenspielraum zur Berücksichtigung ihrer Eigenheiten einzuräumen. 380
Im Allgemeinen ist die Regelungsdichte einer Verordnung grösser als diejenige eines Gesetzes. Die Verordnung hat häufig einen stärker detaillierten und einen stärker technisch orientierten Charakter. 381
Wenn mehrere Personen an der Redaktion einer oder mehrerer Verordnungen beteiligt sind, müssen sie sich über die Normdichte frühzeitig verständigen. 382

Das mutmassliche Datum der Inkraftsetzung der Verordnung frühzeitig bekanntgeben

Die Umsetzungsorgane und die Normadressaten sind frühzeitig über das mutmassliche Datum der Inkraftsetzung der Verordnung bzw. des Gesetzes zu informieren. 383

Wirkungsabschätzung

384 In den allfälligen Vernehmlassungsunterlagen sowie im Antrag an den Bundesrat sind – je nach Regelungsgegenstand mehr oder weniger detailliert – die finanziellen, personellen und weiteren Auswirkungen auf Bund und Kantone sowie die Auswirkungen auf Wirtschaft, Umwelt und Gesellschaft darzulegen. Gemäss den Richtlinien des Bundesrates zur Regulierungsfolgenabschätzung müssen die fünf Prüfpunkte der RFA abgeschätzt und im erläuternden Bericht dar-gestellt werden (s. Rz 160). Die Auswirkungen einer Verordnung können über diejenigen des zugrundeliegenden Gesetzes hinausgehen und sollten deshalb gesondert geprüft werden. Zu be-achten sind insbesondere auch die Vorgaben von Artikel 4 und 5 des Unternehmensentlastungsgesetzes betreffend die Prüfung von Entlastungsmöglichkeiten für die Unternehmen und die Regulierungskostenschätzung.

Den erläuternden Bericht redigieren

385 Seit der Revision der Publikationsverordnung (PublV; SR 170.512.1) im Jahr 2022 sind zu Verordnungen, zu denen eine Vernehmlassung durchgeführt wurde, erläuternde Berichte auf der Publikationspattform zu publizieren (Art. 26 Bst.a PublV). Verordnungsentwurf und erläuternder Bericht informieren die beteiligten Ämter sowie die Adressaten der Vernehmlassung bzw. das Parlament über die Vorlage.

386 Der begleitende Bericht erläutert die Verordnung. Er zeigt die wichtigsten rechtlichen Aspekte sowie die Übereinstimmung mit dem internationalen Recht. Daneben enthält er Ausführungen zu den Auswirkungen der Vorlage, sowie zu den wichtigsten verwendeten quantitativen Angaben (Art. 8 Vernehmlassungsverordnung). Die Erläuterungen der Verordnung werden in den Antrag an das Departement oder an den Bundesrat integriert, wenn keine Vernehmlassung stattfindet.

387 Die Erläuterungen können in einer späteren Phase helfen, die Verordnungsbestimmungen richtig auszulegen. Sie werden oft auf der Webseite des Amtes publiziert (vgl. z.B. Erläuternder Bericht zur Verordnung über die Transparenz in der Politikfinanzierung oder Erläuternder Bericht zur Verordnung über die Überprüfung der Lohngleichheitsanalyse).

388 Bei der Erarbeitung des erläuternden Berichts zur Verordnung (bzw. bei der Redaktion der Erläuterungen im Antrag an das Departement oder den Bundesrat) sind die Weisungen zur Ausgestaltung der Botschaften (Leitfaden für Botschaften des Bundesrates) angemessen zu berücksichtigen.

389 Der erläuternde Bericht ist der einzige amtliche Kommentar der Verordnung. Da die Botschaft zum Gesetzesentwurf bereits zahlreiche grundlegende Informationen enthält (Art. 141 Abs. 2 Bst. d und f ParlG), dient der erläuternde Bericht vorwiegend der Erläuterung der Bestimmungen der Verordnung.

390 Der erläuternde Bericht (bzw. der Antrag an die zuständige Behörde zur Eröffnung der Vernehmlassung) gibt zudem Informationen über die mutmasslichen Auswirkungen der Vorlage.

Die Übersetzung überprüfen

Die an der Erarbeitung der Vorlage beteiligten Juristinnen und Juristen sowie Fachleute überprüfen die Deutsch- oder die Französischübersetzung, soweit sie diese nicht selbst erstellen. 391

Braucht es vor der Gutheissung der Verordnung noch ein Konsultationsverfahren?

Ist weder eine Vernehmlassung noch eine Konsultation des Parlaments erforderlich, kann das Fachamt direkt die Ämterkonsultation einleiten, vgl. *Rz. 399*. 392
Wird eine Vernehmlassung bzw. eine Konsultation des Parlaments durchgeführt, bitte *Rz. 198* u. 395 *ff.* konsultieren. Bei Zweifel über das Verfahren vgl. *Rz. 205* ff.

Vernehmlassung und Konsultation des Parlaments

Braucht es eine Vernehmlassung?

Bei der Vorbereitung von Verordnungen ist eine Vernehmlassung in folgenden Fällen durchzuführen (s. Art. 3 Abs. 1 Bst. d und e VIG, SR 172.061): 393

- Die Verordnung ist von grosser politischer, finanzieller, wirtschaftlicher, ökologischer, gesellschaftlicher oder kultureller Tragweite.
- Die Verordnung betrifft einzelne oder alle Kantone in erheblichem Mass.
- Die Verordnung wird in erheblichem Mass ausserhalb der Bundesverwaltung vollzogen.

Eine Vernehmlassung kann auch freiwillig, wenn die vorgenannten Kriterien nicht erfüllt sind, durchgeführt werden (Art. 3 Abs. 2 VIG). 394

Konsultation des Parlaments

Mit Inkrafttreten der Änderung des Parlamentsgesetzes (ParlG; SR 171.10) im Dezember 2023 sind Entwürfe für Verordnungen und Verordnungsänderungen auf jeden Fall den zuständigen Kommissionen zur Konsultation zu unterbreiten (Art. 22 Abs. 3 zweiter Satz und Art. 151 Abs. 2bis ParlG). Enthält der Entwurf «vertraulich» oder «geheim» klassifizierte Informationen, informiert der Bundesrat stattdessen die Finanzdelegation und die Geschäftsprüfungsdelegation. 395

Die Bundeskanzlei informiert das Zentrale Sekretariat über die eröffneten Vernehmlassungen zu Verordnungsentwürfen. Diese Information leitet das Zentrale Sekretariat an die Kommissionssekretariate weiter. Die zuständige Parlamentskommission lädt die Departementsvorsteherin oder den Departementsvorsteher an die Sitzung ein, um ihr bzw. ihm eine Empfehlung abgeben zu können. Sie kann sich auch schriftlich zum Verordnungsentwurf äussern oder dem Departement schriftlich mitteilen, dass sie auf eine Stellungnahme verzichtet. 396

Die Konsultation des Parlaments nach der Vernehmlassung einplanen

397 In der Regel wünschen die Parlamentskommissionen, dass sie erst nach der Vernehmlassung zu Verordnungsentwürfen konsultiert werden. Wenn möglich möchten sie Kenntnis von den Ergebnissen der Vernehmlassung erhalten. Der zeitliche Ablauf wird allerdings beeinflusst durch eine Vielzahl von administrativen Rahmenbedingungen wie der Sitzungsplanung der Kommission oder der Zahl der bevorstehenden Konsultationen sowie von politischen Faktoren wie der Bedeutung der Vorlage. Es gibt deshalb keine Regellösung. Das Amt bestimmt die zeitliche Abfolge im Einvernehmen mit dem Sekretariat der zuständigen Parlamentskommission und dem Rechtsdienst der Bundeskanzlei.

398 Die Ämter bzw. die Generalsekretariate melden der Bundeskanzlei (KAV) die geplante Vernehmlassungen laufend, vgl. *Rz.208*

Die Ämterkonsultation eröffnen

399 Auch wenn das Departement über die Eröffnung einer Vernehmlassung entscheidet, wird die Vorlage den interessierten Ämtern im Rahmen der Ämterkonsultation unterbreitet, damit sie bundesintern konsolidiert werden kann.

400 Die Ämterkonsultation ermöglicht eine erste Qualitätskontrolle der Vorlage, namentlich eine Überprüfung der Form und der Gliederung des Verordnungsentwurfs, sowie eine Prüfung der Auswirkungen durch die Fachämter.

401 Der Verordnungsentwurf und der erläuternde Bericht werden den zu konsultierenden Ämtern in Deutsch oder Französisch unterbreitet, s. *Rz. 18 ff*. Richtlinien für Bundesratsgeschäfte > Geschäftsprozesse > Ämterkonsultation (nur über Intranet Bundesverwaltung zugänglich). Bei umfangreichen Verordnungen wird empfohlen, den Entwurf in beiden Sprachen zu unterbreiten.

Entscheid über die Eröffnung der Vernehmlassung

402 Die Vernehmlassung wird eröffnet (Art. 5 VlG):

- vom Bundesrat, wenn die in *Rz. 393* erwähnten Kriterien erfüllt sind;
- vom zuständigen Departement oder der Bundeskanzlei bei freiwillig durchgeführten Verfahren;
- von Stellen der Bundesverwaltung, soweit sie im betreffenden Bereich zur Rechtsetzung befugt sind;
- von der zuständigen parlamentarischen Kommission, wenn das Vorhaben von der Bundesversammlung ausgeht.

403 Das Amt unterbreitet dem Departement (gegebenenfalls zur Weiterleitung an den Bundesrat) den Antrag zur Eröffnung der Vernehmlassung mit folgenden Beilagen:

- Beschlussdispositiv;
- Verordnungsentwurf;
- erläuternder Bericht;
- bei einer Erlassänderung: übersichtliche Darstellung der gepanten Änderungen

im Vergleich zum geltenden Recht (Synopse, vgl. Art. 7 Abs. 1 Bst. b VIV);
- evtl. RFA-Quick-Check
- Orientierungsschreiben an die Adressaten;
- Liste der Adressaten.

Die Öffentlichkeit informieren

Für die Information der Medien s. *Rz. 42*. *404*

Einen Ergebnisbericht erstellen

Nach dem Eintreffen der Stellungnahmen der Vernehmlassungsadressaten erstellt das Amt einen wertungsfreien Ergebnisbericht (Art. 20 Abs. 1 VIV). Die Stellungnahmen der Kantone zu Fragen der Umsetzung von Bundesrecht werden in einem eigenen Kapitel dargestellt (Art. 20 Abs. 2 VIV). Der Ergebnisbericht wird in den drei Amtssprachen veröffentlicht. *405*

Schlussfolgerungen aus den Ergebnissen der Vernehmlassung ziehen

Das Amt zieht seine Schlüsse aus den im Rahmen der Vernehmlassung eingegangenen Stellungnahmen und allenfalls aus der Konsultation des Parlaments. Es passt gegebenenfalls den Verordnungsentwurf und den erläuternden Bericht an die Ergebnisse an. Hat die Verordnung grosse Auswirkungen auf die Wirtschaft und wurde der Entwurf stark geändert, dann müssen auch die Regulierungsfolgenabschätzung und die Aussagen über die volkswirtschaftlichen Auswirkungen entsprechend angepasst werden. Dies gilt insbesondere für die Schätzungen der Regulierungskosten (Art. 5 Abs. 4 UEG). *406*

Jetzt ist auch der Zeitpunkt, einen Entscheid über das Datum der Inkraftsetzung der Verordnung bzw. des Gesetzes zu treffen. Es gibt zwei unterschiedliche Situationen: *407*

- Im ersten Fall treten das Gesetz und die Verordnung zusammen in Kraft. Das Datum des Inkrafttretens wird im Beschlussdispositiv festgehalten. Ausnahmsweise, namentlich wenn eine Bundesratsverordnung gestaffelt in Kraft gesetzt werden soll, kann der Bundespräsident oder die Bundespräsidentin zu diesem Entscheid ermächtigt werden (Art. 26 Abs. 2 RVOG).
- Im zweiten Fall erfolgt die Inkraftsetzung der Verordnung unabhängig vom Gesetz.

Den Ergebnisbericht unterbreiten

Der Ergebnisbericht stellt die Ergebnisse der Vernehmlassung übersichtlich und wertungsfrei zusammen. Er wird der zuständigen Behörde mit dem Antrag über das weitere Vorgehen unterbreitet (Art. 18 ff. VIV). Gutheissung *408*

Gutheissung

Die Ämterkonsultation eröffnen

409 Die Ämterkonsultation dient dazu, weitere Gesichtspunkte zu berücksichtigen, Lücken zu füllen und allfällige inhaltliche Irrtümer zu korrigieren. Auch wenn das Departement ermächtigt ist, die Verordnung gutzuheissen, muss eine Ämterkonsultation durchgeführt werden. Es kann nur darauf verzichtet werden, wenn bereits eine erste Ämterkonsultation zur Eröffnung der Vernehmlassung durchgeführt und die Verordnung seither nicht geändert wurde.

410 Das Amt konsultiert nicht nur die inhaltlich betroffenen Ämter, sondern auch weitere Ämter (Querschnittämter, vgl. *Rz. 19)*.

411 Es unterbreitet folgende Dokumente zur Ämterkonsultation:

- Neue oder geänderte Verordnung;
- Erläuterungen bzw. Kommentar zu den einzelnen Bestimmungen (wird gegebenenfalls in den Antrag an die zuständige Behörde integriert) und
- Beschlussdispositiv (z.B. «Die Verordnung [...] wird gutgeheissen und tritt am [...] in Kraft». Vorlagen Bundesratsgeschäfte (nur über Intranet Bundesverwaltung zugänglich).

412 Das Amt sorgt dafür, dass nach der Ämterkonsultation und einer allfälligen Überarbeitung und vor der Unterzeichnung des Antrags durch den Departementsvorsteher oder die Departementsvorsteherin die Dokumente der Bundeskanzlei zu einer Qualitätskontrolle (inkl. GTR-Kontrolle) zugestellt werden (E-Circuit).

Das Mitberichtsverfahren eröffnen

413 Ist der Bundesrat zuständig für die Gutheissung der Verordnung, wird anschliessend an die Ämterkonsultation das Mitberichtsverfahren zum Antrag eröffnet. Zu Departementsverordnungen wird kein Mitberichtsverfahren durchgeführt.

Formeller Entscheid

414 Die zuständige Behörde (Bundesrat oder Departement):

- nimmt Kenntnis von den Ergebnissen der Vernehmlassung;
- heisst die Verordnung gut und legt das Datum der Inkraftsetzung fest.

Aktive und passive Information

415 Die Verordnung und die weiteren Dokumente sind für die Öffentlichkeit erst nach der Gutheissung der Verordnung zugänglich. Der Bundesrat kann ausnahmsweise beschliessen, diese Dokumente auch nach dem Entscheid nicht zugänglich zu machen (Art. 8 Abs. 3 Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3).

416 Das Amt informiert die Adressaten der Vernehmlassung über die Veröffentlichung des Ergebnisberichts und teilt ihnen die elektronische Fundstelle mit (vgl. *Rz. 233*).

Bei einer Bundesratsverordnung wird in der Regel eine Medienmitteilung erstellt. Die Departemente sorgen im Falle einer Departementsverordnung nach eigenem Ermessen für die Information. *417*

Die Veröffentlichung des erläuternden Berichts auf dem Internet hilft, die Umsetzung zu erleichtern. Wichtig ist, dass die Erläuterungen den Stand zum Zeitpunkt des Beschlusses durch den Bundesrat umfassen. Sollte im Mitberichtsverfahren oder durch den Bundesrat die Vorlage geändert worden sein, müssen die Erläuterungen entspre-chend angepasst werden. Aktualisierungen der Regulierungskostenschätzungen sind zudem dem SECO zu melden, das für das Monitoring der Belastungen der Unternehmen verantwortlich ist (vgl. Art. 5 Abs. 4 UEG und Art. 5 Abs. 2^{quater} OV-WBF). *418*

Umsetzung

Vgl. *Rz. 1049 ff.* *419*

Retrospektive Evaluation

Da das Gesetz und die Verordnung ein Ganzes bilden, lassen sich die Wirkungen der Verordnung nicht von denjenigen des Gesetzes trennen. Während der Gutheissung und der beginnenden Umsetzung des Gesetzes werden in der Regel auch die Grundlagen für eine Wirkungsanalyse gelegt. Die Evaluation der Verordnung erfolgt somit im Rahmen einer allfälligen Evaluation des Gesetzes. *420*

Ist die Gutheissung einer neuen oder geänderten Verordnung jedoch mit grossen Auswirkungen verbunden, kann es angezeigt sein, eine Evaluation auf diese Aspekte zu fokussieren, vgl. *Rz. 1157 ff.* *421*

5 Verfassung

Auslösung und Arten der Verfassungsrevision

Auslösung einer Verfassungsrevision

422 Der Impuls für eine Revision der Bundesverfassung kann von der Bundesversammlung, einem Kanton oder dem Bundesrat ausgehen (Art. 160 Abs. 1 u. 181 BV). In der Praxis besonders wichtig sind zudem (Teil-)Revisionen, die durch eine Volksinitiative eingeleitet werden (Art. 138 u. 139 BV).

Total- und Teilrevision

423 Die Bundesverfassung unterscheidet zwischen Total- und Teilrevision (Art. 193 u. 194 BV). Für die beiden Revisionsformen gelten unterschiedliche Regeln. Im vorliegenden Leitfaden wird auf den äusserst seltenen Fall einer Totalrevision (bisher nur zweimal, nämlich 1874 und 1999) nicht näher eingegangen. Punktuelle Anpassungen der Verfassung sind demgegenüber recht häufig: Bis Ende 2024 wurden in der Bundesverfassung vom 18. April 1999 über 100 Bestimmungen revidiert oder neu eingeführt. Jedes Jahr werden im Durchschnitt also mehr als vier Verfassungsvorschriften geändert oder ergänzt. Die Federführung für diese Teilrevisionen hatten jeweils die für das jeweilige Fachgebiet zuständigen Einheiten der Bundesverwaltung (Z.B. Bundesamt für Sozialversicherungen, Eidgenössische Steuerverwaltung, Bundesamt für Justiz, Bundesamt für Gesundheit, Bundesamt für Strassen, Bundesamt für Landwirtschaft, Bundeskanzlei usw.).

Besonderheiten der Verfassungsrevision

Übersicht

424 In vielen Punkten ist die Erarbeitung einer Verfassungsvorlage mit den Vorarbeiten für den Erlass oder die Revision eines Bundesgesetzes vergleichbar. Für die Ausarbeitung des Verfassungstextes finden denn auch im Wesentlichen die Bestimmungen über das Verfahren der Gesetzgebung Anwendung (Art. 192 Abs. 2 BV). Insofern kann auf das Kapitel «Gesetz» (*Rz. 50 ff.*) verwiesen werden.

425 Vereinzelte Abweichungen von den für die Revision von Bundesgesetzen geltenden Regeln gibt es allerdings. Sie finden sich in der Bundesverfassung (Art. 139, 139*b* BV und 156 Abs. 3 sowie Art. 192–195 BV), im Bundesgesetz und der Verordnung über die politischen Rechte (Art. 58 und 68–76 BPR, SR 161.1; Art. 23–26 VPR, SR 161.11) und im Parlamentsgesetz (Art. 96–106 ParlG, SR 171.10) und betreffen insbesondere:

- die Modalitäten für Einreichung, Form, Zustandekommen, Gültigkeit und Rückzug einer Volksinitiative,
- das Abstimmungsverfahren bei Initiativen und direktem Gegenentwurf,
- den Beschluss über eine Teilrevision,
- die Behandlungsfristen im Bundesrat und im Parlament,

- das Inkrafttreten.

Neben dem neuen Verfassungstext und der bundesrätlichen Botschaft sind für die Bearbeitung einer Verfassungsvorlage insbesondere von Bedeutung 426

- die Erläuterungen des Bundesrates (Abstimmungsbüchlein), die im Hinblick auf die Volksabstimmung auszuarbeiten sind,
- die Regelung des Inkrafttretens der Verfassungsbestimmungen,
- die Umsetzungsgesetzgebung sowie die verfassungsunmittelbaren Verordnungen, die der Bundesrat aufgrund der Übergangsbestimmung einer angenommenen Volksinitiative erarbeiten muss (bspw. Art. 197 Ziff. 9 [Zweitwohnungen], Ziff. 10, Ziff. 11 [Steuerung der Zuwanderung] BV).

Erarbeitung der Abstimmungserläuterungen

Die Erläuterungen des Bundesrates (Abstimmungsbüchlein) werden unter der Federführung der Bundeskanzlei zusammen mit den zuständigen Fachämtern und den Initiativkomitees (für deren Argumente) erarbeitet. Zur Organisation dieser Arbeiten vgl. vorne Ziff. 284. 427

Referendum und Inkrafttreten

Verfassungsänderungen erfolgen in der Form eines Bundesbeschlusses (Art. 23 ParlG) und unterstehen dem obligatorischen Referendum (Art. 140 BV). 428

Verfassungsänderungen treten im Regelfall mit deren Annahme in der Volksabstimmung in Kraft (Art. 195 BV). Die Vorlage kann aber eine abweichende Lösung vorsehen (Art. 15 Abs. 3 BPR). Ein Beispiel ist der am 18. Juni 2023 von Volk und Ständen angenommene Bundesbeschluss über eine besondere Besteuerung grosser Unternehmensgruppen (Umsetzung des OECD/G20-Projekts). Er sah vor, dass die neuen Verfassungsbestimmungen (Art. 129a und Art. 197 Ziff. 15 BV) am 1. Januar 2024 in Kraft treten. 429

In Einzelfällen enthält der Beschluss über die neue Verfassungsbestimmung eine Delegationsnorm an die Bundesversammlung oder an den Bundesrat für die Inkraftsetzung. 430

Beispiel

- Bundesbeschluss über die Zusatzfinanzierung der AHV durch eine Erhöhung der Mehrwertsteuer vom 17. Dezember 2021. Von Volk und Ständen angenommen am 25. September 2022. Vom Bundesrat in Kraft gesetzt auf den 1. Januar 2024 (AS 2023 91).

Ausführende Gesetzgebung

Oft müssen neue Verfassungsbestimmungen auf unterer Normstufe (Gesetz oder auch Verordnung) umgesetzt oder konkretisiert werden. Im Rahmen der Verfassungsvorlage ist deshalb bei Behördenvorlagen und bei Volksinitiativen mit oder ohne direkten Gegenentwurf zu prüfen: 431

- ob neue Ausführungsbestimmungen oder die Anpassung bestehender Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen notwendig sind,
- zu welchem Zeitpunkt diese Anpassungen vorgenommen werden sollen,

ob die Botschaft zur Verfassungsrevision bereits die Grundzüge der Ausführungsbestimmungen darlegen soll oder ob dem Parlament (ausnahmsweise) bereits mit der Verfassungsrevision eine Vorlage für die Ausführungsbestimmungen vorzulegen ist.

Arbeitsschritte

Behördenvorlagen

432 Unterbreitet der Bundesrat der Bundesversammlung einen Entwurf für eine Verfassungsänderung (Art. 181 BV), dann gelten für das Vorgehen die im Kapitel «Gesetz» (*Rz. 50 ff.*) dargestellten Vorgaben und Schritte.
Daneben können Ratsmitglieder, Fraktionen, parlamentarische Kommissionen und Kantone (Standesinitiativen) der Bundesversammlung eine Initiative für eine Verfassungsrevision unterbreiten (Art. 160 Abs. 1 BV). Diesfalls folgt das Vorgehen dem in Kapitel 3 des Gesetzgebungsleitfadens (Parlamentarische Initiative) dargestellten Ablauf.

Volksinitiativen

Allgemeines

433 Der Bundesrat beschäftigt sich im Regelfall mindestens fünf Mal mit einer Volksinitiative, und zwar zu folgenden Zwecken:

- Bestimmung des federführenden Departements,
- Kenntnisnahme vom Zustandekommen der Volksinitiative
- Vorentscheid über Stossrichtung der Botschaft des Bundesrates mittels Aussprachepapier,
- Genehmigung der Botschaft sowie
- Entscheid, an welchem Abstimmungstermin die Vorlage zur Volksabstimmung gebracht werden soll (Art. 10 Abs. 1^{bis} BPR).

434 Die Behandlung von eidgenössischen Volksinitiativen unterscheidet sich in mehrfacher Hinsicht von anderen Vorlagen für eine Teilrevision der Bundesverfassung. Dies gilt nicht nur für die erste Phase bis zum Zustandekommen der Initiative (Vorprüfungsverfahren, Sammelphase und Verfügung über das Zustandekommen). Besondere Regelungen und Abläufe gibt es auch für die nächsten Schritte bis zur Erarbeitung der Botschaft des Bundesrats an die Bundesversammlung, das anschliessende parlamentarische Verfahren und auch für die Redaktion der bundesrätlichen Erläuterungen (Abstimmungsbüchlein). Entlang dieses Prozesses spielen die Bundeskanzlei und das federführende Departement bzw. Fachamt eine zentrale Rolle.

Aufgaben des federführenden Departements (bzw. Fachamtes)

435 Kurz nach der Vorprüfungsverfügung der Bundeskanzlei bestimmt der Bundesrat, welches Departement für die Behandlung einer Volksintiative zuständig ist. Das federführende Departement (bzw. das Amt, an das der Auftrag delegiert wird) hat die Aufgabe:

- den Zeitplan und das Vorgehen festzulegen,
- die Entscheide über die Stossrichtung der Botschaft des Bundesrates vorzubereiten (Aussprachepapier),
- über einen allfälligen direkten Gegenentwurf (Verfassungsänderung) oder einen indirekten Gegenvorschlag (Gesetzes- oder Verordnungsstufe) ein Vernehmlassungsverfahren durchzuführen und es auszuwerten und
- die Botschaft auszuarbeiten.

436 Auf Anfrage orientiert die Sektion Politische Rechte der Bundeskanzlei das beauftragte Bundesamt über die Entstehungsgeschichte der Volksinitiative, die Behandlungsfristen und steht für verfahrensrechtliche Auskünfte zur Verfügung. Vor dem Start der Unterschriftensammlung (Abschluss der Vorprüfung) erteilt die Sektion Politische Rechte indes keine Auskünfte über die Initiative. Während der Unterschriftensammlung kann ferner keine Aussage über den aktuellen Stand gemacht werden.

437 Es empfiehlt sich, früh (bereits im Stadium der Unterschriftensammlung) damit zu beginnen, die Argumente für und wider eine Volksinitiative zu sammeln sowie die Möglichkeit eines direkten Gegenentwurfs oder indirekten Gegenvorschlags auszuloten.

3 Monaten nach Einreichung der Volksinitiative entscheidet der Bundesrat auf der Grundlage eines Aussprachepapiers des federführenden Departements darüber, ob der Bundesrat die Initiative zur Annahme oder Ablehnung empfehlen soll sowie ob zur Initiative ein direkter Gegenentwurf oder ein indirekter Gegenvorschlag ausgearbeitet werden soll.

Behandlungsfristen

438 Bei Volksinitiativen auf Teilrevision der Bundesverfassung sieht das Parlamentsgesetz für die verschiedenen Verfahrensschritte Fristen vor, die der Bundesrat und die Bundesversammlung zu beachten haben. Der Bundesrat hat bei Volksinitiativen in Form des ausgearbeiteten Entwurfs dem Parlament Botschaft und Entwurf des Bundesbeschlusses spätestens 12 Monate nach Einreichung der Volksinitiative vorzulegen. Diese Frist verlängert sich auf 18 Monate, wenn ein direkter Gegenentwurf oder ein indirekter Gegenvorschlag vorgelegt werden soll (Art. 97 ParlG). Über diese ist grundsätzlich ein Vernehmlassungsverfahren durchzuführen.

439 Im Verlaufe der politischen Diskussion kann sich gelegentlich eine Neubeurteilung einer Vorlage aufdrängen. Beabsichtigt der Bundesrat entgegen der ursprünglichen Meinung dem Parlament doch keinen direkten Gegenentwurf und keinen indirekten Gegenvorschlag zu unterbreiten, so ist grundsätzlich die Frist von 12 Monaten zu beachten. Andernfalls würde die Behandlungsfrist des Parlaments (30 Monate nach Einreichung der Volksinitiative) beschnitten.

Besonderheiten der Botschaft bei Volksinitiativen

440 Der Botschaftsleitfaden der Bundeskanzlei sieht für Botschaften zu Volksinitiativen ein besonderes Schema vor. Obligatorisch sind insbesondere Ausführungen über das Zustandekommen, die eben erwähnten Behandlungsfristen, die Gültigkeit sowie die Auslegung des Initiativtextes und eine Würdigung der Initiative.

Zustandekommen

441 Sind 100'000 gültige Unterschriften rechtzeitig, d.h. innert 18 Monaten seit der Veröffentlichung der Initiative im Bundesblatt, bei der Bundeskanzlei eingereicht worden (Art. 139 Abs. 1 BV; Art. 71 BPR), ist die Volksinitiative formell zustande gekommen. Die Bundeskanzlei hält dies in einer Verfügung fest, die im Bundesblatt publiziert wird (Art. 72 BPR).

Gültigkeit

Algemeines

442 Die Botschaft des Bundesrates zu einer Volksinitiative hat sich zur Frage der materiellen Gültigkeit der Initiative zu äussern. Den verbindlichen Entscheid über die Gültigkeit einer eidgenössischen Volksinitiative fällt anschliessend das Parlament. Die Initiative ist materiell gültig, wenn sie die Einheit der Materie (Art. 139 Abs. 3 und Art. 194 Abs. 2 BV) und die Einheit der Form (Art. 139 Abs. 3 und Art. 194 Abs. 3 BV) wahrt und die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts einhält (Art. 139 Abs. 3, 193 Abs. 4 u. 194 Abs. 2 BV; Art. 75 BPR). Sind nicht alle drei Gültigkeitskriterien erfüllt, erklärt die Bundesversammlung eine Volksinitiative für ganz oder teilweise ungültig (Art. 139 Abs. 3 BV, Art. 75 BPR). Vollständige Ungültigerklärungen sind selten (vier Initiativen seit 1955; letztmals 1995 die Volksinitiative 'für weniger Militärausgaben und mehr Friedenspolitik'). Für teilweise ungültig erklärte die Bundesversammlung 2015 die Initiative "Zur Durchsetzung der Ausschaffung krimineller Ausländer (Durchsetzungsinitiative)", denn eine vorgeschlagene Formulierung verletzte zwingende Bestimmungen des Völkerrechts (BBl 2015 2701 und BBl 2013 9467ff.)

Einheit der Materie

443 Die Einheit der Materie ist gewahrt, wenn zwischen den einzelnen Teilen einer Initiative ein sachlicher Zusammenhang besteht (Art. 75 Abs. 2 BPR). Die vorgeschlagenen Regelungen müssen einen engen inneren Zusammenhang aufweisen und ein gemeinsames Ziel verfolgen. Damit soll die freie Willensbildung und die

unverfälschte Stimmabgabe der Stimmberechtigten gewährleistet werden. Zulässig ist beispielsweise die Verknüpfung eines Ziels mit der Beschaffung der nötigen Mittel, um dieses Ziel zu erreichen (Finanzierung). Dies gilt auch für die Verknüpfung mehrerer Forderungen, die einem einheitlichen Thema zugerechnet werden können. Ebenfalls zulässig ist die Kombination einer Neuerung mit einer Übergangsregelung.

444 Nähere Ausführungen zur Praxis von Bundesrat und Parlament betreffend die Wahrung der Einheit der Materie finden sich etwa in den Botschaften zu folgenden Volksinitiativen:

- Volksinitiative «Löhne entlasten, Kapital gerecht besteuern», BBl 2020 2797, 2803f.
- Volksinitiative «Millionen-Erbschaften besteuern für unsere AHV» (Erbschaftssteuerreform), BBl 2014 125, 130 f.

Einheit der Form

445 Die Einheit der Form ist gewahrt, wenn die Volksinitiative ausschliesslich in der Form der allgemeinen Anregung oder des ausgearbeiteten Entwurfs gestellt ist (Art. 75 Abs. 3 BPR). Mischformen sind nicht zulässig, unter anderem weil die Verfahren der beiden Initiativformen unterschiedlich ausgestaltet sind.

Einhaltung zwingender Bestimmungen des Völkerrechts

446 Der Verstoss einer Volksinitiative gegen zwingende Bestimmungen des Völkerrechts führt zur ganzen oder teilweisen Ungültigerklärung (Art. 139 Abs. 3 BV). Welche Normen zum Kreis dieser zwingenden Bestimmungen gehören, konkretisiert der Verfassungstext nicht. Der Bundesrat und die Bundesversammlung haben aber dazu eine Praxis entwickelt. Die Botschaft über die Initiative "Zur Durchsetzung der Ausschaffung krimineller Ausländer (Durchsetzungsinitiative)" beschreibt diese Praxis detailliert (BBl 2013 9459, 9468f): Zum zwingenden Völkerrecht gehören neben dem ius cogens (allgemein umschrieben in Art. 53 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge) auch einzelne notstandsfeste Garantien der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II).

Faktische Durchführbarkeit

447 Als einzige ungeschriebene materielle Schranke der Verfassungsrevision ist überdies die offensichtliche faktische Undurchführbarkeit einer Initiative zu beachten (Botschaft zur BV-Totalrevision, BBl 1997 I 445). Ungültig zu erklären sind Volksinitiativen, die aus sachlichen Gründen offensichtlich und ohne jeglichen Zweifel als nicht umsetzbar erscheinen. Ein Beispiel dafür sind in einer Initiative erhobene Forderungen, die wegen des Zeitablaufs gar nicht mehr realisierbar sind. Dies galt für die Volksinitiative 'Vorübergehende Herabsetzung der militärischen Ausgaben (Rüstungspause)', die das Parlament 1955 für ungültig erklärte. Blosse Umset-

zungsprobleme (z.B. finanzieller Art) vermögen hingegen keine Ungültigkeit zu begründen. Ein Beispiel für umfangreiche Erörterungen zur Durchführbarkeit findet sich in der Botschaft zur Volksinitiative «Ja zur Abschaffung der Radio- und Fernsehgebühren (Abschaffung der Billag-Gebühren)»: Die Annahme der Initiative hätte wegen der knappen Umsetzungsfristen in den Übergangsbestimmungen erhebliche – aber überwindbare – Probleme im Rechtsetzungsprozess verursacht (BBl 2016 8245, 8251f.).

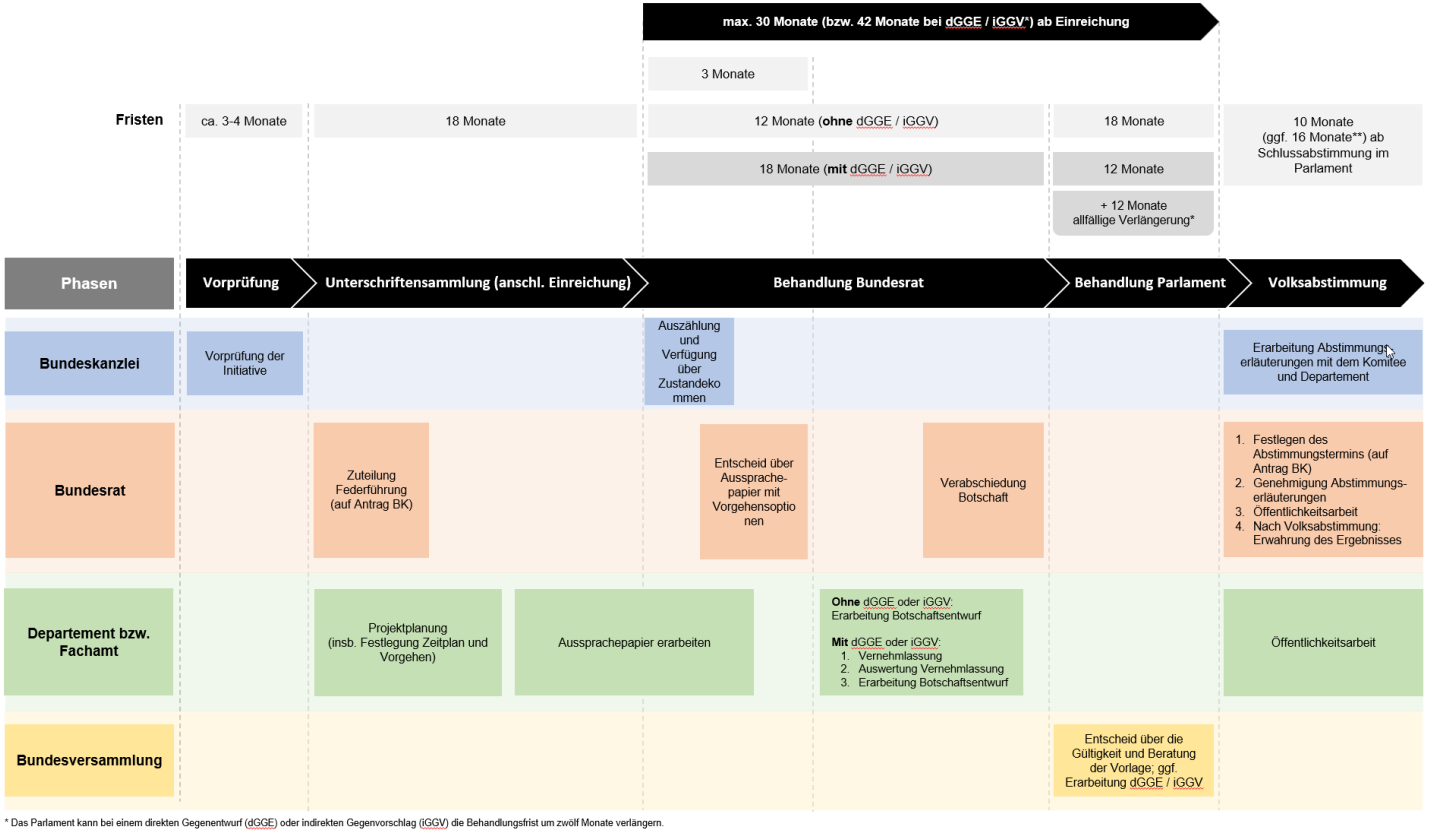
Würdigung der Initiative und Handlungsoptionen des Bundesrates

448 Ein Kernstück der bundesrätlichen Botschaft ist die Würdigung der Initiative. Zu erörtern sind u.a. die prognostizierten Auswirkungen einer Annahme der Initiative. Diese wertenden Ausführungen sollen sowohl die Gründe für als auch die Gründe gegen die Annahme der Initiative darlegen. Wichtig sind auch Erörterungen zur ausführenden Gesetzes- und Verordnungsgebung, zu deren Erlass viele Volksinitiativen in ihren Übergangsbestimmungen verpflichten (für einige neuere Beispiele siehe Art. 197 BV Ziff. 8ff.).

449 Der Bundesrat hat in der Frage, wie er auf die Volksinitiative reagieren will, die Auswahl zwischen vier Handlungsoptionen. Er kann den eidgenössischen Räten die Volksinitiative:

- zur Annahme empfehlen,
- zur Ablehnung empfehlen,
- zur Ablehnung empfehlen und einen direkten Gegenentwurf beantragen
- zur Ablehnung empfehlen und einen indirekten Gegenvorschlag vorschlagen.

In der Regel trifft der Bundesrat aufgrund eines Aussprachepapiers einen Vorentscheid und legt sich auf eine dieser Handlungsoptionen fest (siehe vorne ...)



* Das Parlament kann bei einem direkten Gegenentwurf (dGGE) oder indirekten Gegenvorschlag (iGGV) die Behandlungsfrist um zwölf Monate verlängern.

** Die Frist verlängert sich um sechs Monate, wenn sie im Zeitraum zwischen zehn und drei Monaten vor der nächsten Gesamterneuerungswahlen des Nationalrats beginnt

6 Internationales Recht

Vorbemerkung

450 Das Verfahren zur Erarbeitung innerstaatlicher Erlasse unterscheidet sich von demjenigen bei völkerrechtlichen Verträgen. Beim innerstaatlichen Recht ist der Staat allein Rechtsetzer; er verfügt über weitgehende Gestaltungsfreiheiten. Demgegenüber entsteht internationales Recht durch das Zusammenwirken mehrerer Staaten. Ein völkerrechtlicher Vertrag ist immer das Resultat von Verhandlungen und Kooperationsbemühungen zwischen verschiedenen Staaten bzw. internationalen Organisationen.

451 Das vorliegende Kapitel behandelt den Abschluss, die Genehmigung und die Umsetzung völkerrechtlicher Verträge und enthält einige Hinweise auf das Verfahren bei anderen internationalen Instrumenten wie dem Soft Law.

Die Direktion für Völkerrecht (DV) hat in ihrem «Praxisleitfaden Völkerrechtliche Verträge» (Ausgabe 2015) in umfassender Weise die anwendbaren Regeln und die entsprechende schweizerische Praxis im Bereich der völkerrechtlichen Verträge dargestellt.

Begriff des völkerrechtlichen Vertrags

452 Unter einem völkerrechtlichen Vertrag bzw. Staatsvertrag (Traité international/Accordo internazionale bzw. Trattato/Treaty) wird eine üblicherweise in Schriftform abgeschlossene Vereinbarung verstanden, mit welchem zwei oder mehrere Völkerrechtssubjekte ihren übereinstimmenden Willen zum Ausdruck bringen, völkerrechtliche Verpflichtungen zu übernehmen (s. VPB 51 [1987], IV, Nr. 58, S. 374 f.).

453 Die Terminologie zur Bezeichnung völkerrechtlicher Verträge ist in der Praxis sehr vielfältig. Geläufig sind insbesondere die Begriffe «Abkommen», «Charta», «Konvention», «Statut», «Übereinkunft» und «Vereinbarung».

454 Ob eine konkrete Übereinkunft zwischen Völkerrechtssubjekten als verbindlicher völkerrechtlicher Vertrag zu qualifizieren ist oder ob sie lediglich eine unverbindliche Absichtserklärung darstellt, beurteilt sich nicht nach ihrer Bezeichnung, sondern nach seinem Inhalt und den übereinstimmenden Willensäusserungen der Vertragsparteien (s. VPB 68.83, m.w.H.). Dies ist durch Auslegung zu ermitteln.

Zuständigkeiten

455 Der Bund ist zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge befugt und zwar auch in Sachbereichen, in denen nicht der Bund, sondern die Kantone zur Gesetzgebung befugt sind. Dabei ist die Mitwirkung der Kantone verfassungs- und gesetzesrechtlich garantiert (vgl. Art. 55 BV sowie das Bundesgesetz vom 22. Dezember 1999 über die Mitwirkung der Kantone an der Aussenpolitik des Bundes, BGMK; SR 138.1). Die Kantone können ferner in ihren Zuständigkeitsbereichen mit dem Ausland Verträge schliessen (Art. 56 Abs. 1 BV).

Sekundäres Völkerrecht

Internationale Organisationen können besondere Organe vorsehen, die sekundäres Völkerrecht schaffen können. Wenn die Mitgliedstaaten dies im Gründungsvertrag der Organisation so vorgesehen haben, können Beschlüsse von Organen der internationalen Organisation völkerrechtlich bindende Wirkung entfalten (z.B. Beschlüsse des UNO-Sicherheitsrates nach Art. 25 Charta der Vereinten Nationen; SR 0.120). 456

Folgende Besonderheiten sind zu beachten: 457

- In der Botschaft ist zu erläutern, wer die Schweiz bzw. den Bundesrat in solchen Organen vertreten soll;
- es ist zu klären, ob Beschlüsse dieser besonderen Organe (über Änderungen des Vertrages, seiner Protokolle oder Anhänge oder über Empfehlungen) vom Bundesrat und allenfalls von der Bundesversammlung genehmigt werden müssen (Art. 184 Abs. 1 BV). Es kommen die üblichen innerstaatlichen Regeln über den Abschluss und die Genehmigung von völkerrechtlichen Verträgen zur Anwendung;
- Empfehlungen und Beschlüsse sind grundsätzlich in der AS zu veröffentlichen. In Einzelfällen genügt die Veröffentlichung des Titels und der Fund- oder Bezugsquelle (Art. 5 PublG).

Beispiele

- Verordnung des UVEK vom 10. Januar 2000 über die Genehmigung internationaler Beschlüsse und Empfehlungen (SR 814.201.81).

Vernehmlassung

Vernehmlassungspflichtige Verträge

Ein Vernehmlassungsverfahren ist bei der Vorbereitung völkerrechtlicher Verträge durchzuführen (Art. 3 VIG), die: 458

- den Beitritt zu Organisationen für kollektive Sicherheit oder zu supranationalen Gemeinschaften vorsehen;
- wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthalten;
- zur Umsetzung den Erlass von Bundesgesetzen erfordern;
- von grosser politischer, finanzieller, wirtschaftlicher, ökologischer, sozialer oder kultureller Tragweite sind;
- wesentliche Interessen der Kantone betreffen; oder
- in erheblichem Mass ausserhalb der Bundesverwaltung vollzogen werden.

Nicht vernehmlassungspflichtige Verträge

459 Bei politisch eindeutig akzeptierten Verträgen ohne wesentlichen neuen Inhalt sind von einer Vernehmlassung keine neuen Erkenntnisse zu erwarten, so dass auf eine Vernehmlassung verzichtet werden kann (Art. 3a Bst. b VlG). Zur Gewährleistung der Transparenz ist der Verzicht auf die Vernehmlassung in der Botschaft zu begründen.

Zeitpunkt der Vernehmlassung

460 Das Vernehmlassungsverfahren kann vor der Erteilung des Verhandlungsmandats oder nach der Unterzeichnung des Vertrags eröffnet werden. Die Beurteilung, zu welchem Zeitpunkt die Vernehmlassung sachlich und verhandlungstaktisch angebracht ist, obliegt der zuständigen Verwaltungseinheit. Es ist jedoch sicherzustellen, dass zu einem Vertrag jeweils nur eine Vernehmlassung stattfindet.

461 Bei einer Vernehmlassung vor der Erteilung des Verhandlungsmandats ist der frühe Einbezug der externen Kreise gewährleistet. Durch die so bereits vor der Verhandlung bekannten Eckpunkte kann ein Nachverhandeln vermieden werden. Hingegen kann die Öffentlichkeit des Mandats die Verhandlungsposition schwächen. Ausserdem kann die Vernehmlassung mitunter zu Punkten oder gar zu Vorlagen erfolgen, die im Laufe der Verhandlungen dahinfallen.

462 Bei einer Vernehmlassung nach der Unterzeichnung kann der definitive Vertragstext in die Vernehmlassung geschickt werden. Der Vertrag ist dann allerdings nicht mehr verhandelbar. Die Vernehmlassungsteilnehmer können sich nur noch für oder gegen die Ratifikation aussprechen. Die Vernehmlassung gibt Aufschluss über die politische Akzeptanz und die Vollzugstauglichkeit des Vertrags.

Hilfsmittel

- Hinweise der Bundeskanzlei «Revidiertes Vernehmlassungsrecht. Häufig gestellte Fragen (FAQ)»
- Praxisleitfaden Völkerrechtliche Verträge der Direktion für Völkerrecht

Eröffnung von Verhandlungen und Zusammensetzung der Verhandlungsdelegation

Zuständigkeiten

463 Völkerrechtliche Verträge werden vom Bundesrat und den zuständigen Departementen ausgehandelt (s. Art. 184 Abs. 1 BV; s. auch die Weisungen vom 29. März 2000 über die Pflege der internationalen Beziehungen der Bundesverwaltung, BBl 2000 2850). Den Entscheid über die Eröffnung von Verhandlungen trifft grundsätzlich der Bundesrat.

464 Die Bundesversammlung beteiligt sich an der Gestaltung der Aussenpolitik (s. Art. 166 Abs. 1 BV). Der Bundesrat muss die aussenpolitischen Kommissionen der beiden Räte frühzeitig konsultieren. Diese können sich zum geplanten Verhandlungsmandat für bedeutende internationale Verhandlungen äussern (Art. 152

Abs. 2 u. 3 ParlG). An den Verhandlungen zum Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrags ist die Bundesversammlung hingegen grundsätzlich nicht beteiligt.

Für aussenpolitische Vorhaben, welche die kantonalen Kompetenzen betreffen, hat der Bundesrat die Kantone an der Ausarbeitung des Verhandlungsmandates zu beteiligen (Art. 55 BV; Art. 5 BGMK). 465

Weitere Konsultationspflichten des Bundesrats können sich aus Spezialgesetzen ergeben (s. z.B. Art. 66 Abs. 3 Hochschulförderungs- und -koordinationsgesetz; HFKG, SR 414.20). 466

Zusammensetzung der Delegation

Bei aussenpolitische Vorhaben, welche die kantonalen Kompetenzen betreffen, sind die Kantone bei der Zusammensetzung der Delegation zu berücksichtigen. Er kann dies auch tun, wenn die Zuständigkeiten der Kantone nicht betroffen sind. Die Kantonsvertreter werden von den Kantonen vorgeschlagen und vom Bund bestimmt (Art. 55 BV; Art. 5 BGMK). 467

Schweizerische Interessensgruppen wie Verbände und Nichtregierungsorganisationen können in internationale Konferenzen sowie in deren Vorbereitung und Folgearbeiten einbezogen werden können (s. Ziff. 15, 17, 23, 24, 32 und 72 der Richtlinien vom 7. Dezember 2012 über die Entsendung von Delegationen an internationale Konferenzen, BBl 2012 9491). 468

Abschluss der Verhandlungen

Die Verhandlungen werden mit der Unterzeichnung oder der Paraphierung der bevollmächtigten Verhandlungsteilnehmer beendet (Art. 10 WVK). 469

Paraphierung

Bei der Paraphierung (Paraphe/Sigla/Initialling) setzen die Unterhändler auf jede Seite oder an den Schluss des völkerrechtlichen Vertrags ihre Initialen. Diese nicht zwingend notwendige Formalität erfolgt am Ende der Verhandlungen, wenn die Unterhändler nicht zur Unterzeichnung des Vertrags ermächtigt sind, oder wenn die Vertragsbestimmungen materiell von den erhaltenen Instruktionen abweichen. 470

Einfache Unterzeichnung

Die einfache Unterzeichnung erfolgt unter Vorbehalt der Ratifizierung. Sie wird im Auftrag des Bundesrates von durch diesen ernannte Vertreter vorgenommen (s. Art. 184 Abs. 2 BV). Sie ist gewissermassen ein provisorischer Abschluss. Sie bescheinigt lediglich die Echtheit des ausgehandelten Texts, bindet den Unterzeichnerstaat aber nicht. 471

472

Der Unterzeichnerstaat ist aber verpflichtet, alle Handlungen zu unterlassen, die Ziele und Zweck eines Vertrags vereiteln würden (Art. 18 WVK). Die Schweiz unterzeichnet Verträge grundsätzlich nur, wenn sie auch deren Ratifikation beabsichtigt.

Innerstaatliche Genehmigung

Genehmigung durch die Bundesversammlung

473 Grundsätzlich ist die Bundesversammlung für die Genehmigung völkerrechtlicher Verträge zuständig, die durch den Bundesrat ausgehandelt und unterzeichnet worden sind (einfache Unterzeichnung) (Art. 166 Abs. 2 BV, Art. 24 Abs. 2 ParlG). Die parlamentarische Genehmigung erfolgt vor der Ratifizierung oder der definitiven Unterzeichnung (s. dazu unten, *Rz. 526)*.

474 Die Bundesversammlung genehmigt völkerrechtliche Verträge, die dem Referendum unterliegen, in der Form eines Bundesbeschlusses. Andere völkerrechtliche Verträge genehmigt sie in der Form eines einfachen Bundesbeschlusses (Art. 24 Abs. 3 ParlG).

475 Der Genehmigungsbeschluss äussert sich auch zur Frage, ob Vorbehalte oder auslegende Erklärungen anzubringen sind.

Beispiel für einen Vorbehalt

- Art. 1 Abs. 4 des Bundesbeschlusses vom 27. September 2013 über die Genehmigung und die Umsetzung der Aarhus-Konvention und von deren Änderung (BBl 2013 7403).

Beispiel für eine Erklärung

- Erklärungen der Schweiz zur Europäischen Charta der kommunalen Selbstverwaltung (SR 0.102).

476 Wenn der Genehmigungsbeschluss dem fakultativen Referendum untersteht, kann er auch die Gesetzesänderungen enthalten, die der Umsetzung des Vertrages dienen; untersteht er dem obligatorischen Referendum, kann er auch Verfassungsänderungen enthalten, die der Umsetzung des Vertrages dienen (Art. 141*a* BV) (*Rz. 534*).

Beispiele für einen Genehmigungsbeschluss mit Gesetzesänderungen

- Bundesbeschluss vom 27. September 2013 über die Genehmigung und Umsetzung des Übereinkommens des Europarats zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch (Lanzarote-Konvention, BBl 2013 7395).
- Bundesbeschluss vom 27. September 2013 über die Genehmigung und die Umsetzung der Aarhus-Konvention und von deren Änderung (BBl 2013 7403).

Völkerrechtliche Verträge werden dem Parlament in der Regel je einzeln unterbreitet. Unter Umständen können sie jedoch auch zu Paketen zusammengefasst werden. Solche Pakete können auch mit Ermächtigungsklauseln für Vollzugsabkommen und Ausführungsgesetzen kombiniert werden. Beispiele dazu finden sich im Kommentar zum Parlamentsgesetz, Art. 24, Rz. 11 ff. 477

Ermächtigung des Bundesrats

Keine parlamentarische Genehmigung ist erforderlich, wenn ein Bundesgesetz oder ein völkerrechtlicher Vertrag den Bundesrat zum Vertragsabschluss ermächtigt (s. Art. 166 Abs. 2 BV, Art. 24 Abs. 2 ParlG, Art. 7a Abs. 1 RVOG). 478

Beispiele

- Art. 1 Abs. 1 des Vertrags vom 28. Oktober 1994 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Fürstentum Liechtenstein betreffend die Mehrwertsteuer im Fürstentum Liechtenstein (SR 0.641.295.142).
- Art. 31 des Forschungs- und Innovationsförderungsgesetzes (FIFG, SR 420.1).

Es ist zunehmend üblich geworden, dass der Gesetzgeber den Bundesrat zum Abschluss von völkerrechtlichen Verträgen ermächtigt. 479

Teilweise enthalten die Ermächtigungsnormen auch Vorschriften über Konsultationspflichten und über die Möglichkeit der Subdelegation der Vertragsabschlusskompetenz an Departemente und Ämter. 480

Beispiel für Konsultationspflichten

- Art. 66 Abs. 3 des Hochschulförderungs- und -koordinationsgesetzes (HFKG, SR 414.20).

Beispiele für Subdelegationen an Departemente und Ämter

- Art. 100 Abs. 4 und 5 des Ausländer- und Integrationsgesetzes (AIG, SR 142.20).
- Art. 5 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Meteorologie und Klimatologie (MetG, SR 429.1).

Ermächtigungsnormen können gelegentlich vorsehen, dass der Bundesrat Abkommen abschliessen darf, die inhaltlich vom Gesetz abweichen. 481

Beispiel

- Artikel 25 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 1991 über die Fischerei (BGF, SR 923.0) erteilt dem Bundesrat die Befugnis, mit anderen Staaten über die Fischerei in den schweizerischen Grenzgewässern Vereinbarungen abzuschliessen, die von diesem Gesetz abweichen.

Vertragsschlusskompetenz des Bundesrats bei Verträgen von beschränkter Tragweite

482 Der Bundesrat kann völkerrechtliche Verträge von beschränkter Tragweite selbständig abschliessen (Art. 7*a* Abs. 2 RVOG). Eine Genehmigung der Bundesversammlung ist nicht erforderlich.

483 Als Verträge von beschränkter Tragweite gelten nach Art. 7*a* Abs. 3 RVOG namentlich Verträge, die:

- für die Schweiz keine neuen Pflichten begründen oder keinen Verzicht auf bestehende Rechte zur Folge haben;
- dem Vollzug von Verträgen dienen, die von der Bundesversammlung genehmigt worden sind und lediglich die im Grundvertrag bereits festgelegten Rechte und Pflichten oder organisatorischen Grundsätze näher ausgestalten; oder
- sich an die Behörden richten und administrativ-technische Fragen regeln.

484 Die Aufzählung ist nicht abschliessend. Ob sich noch weitere Kategorien herausbilden, wird die Praxis zeigen. Ausschlaggebend dafür, ob der Bundesrat einen völkerrechtlichen Vertrag selbständig abschliessen kann oder nicht, ist in jedem Fall die Frage, ob der Vertrag von beschränkter Tragweite ist.

485 Nicht als völkerrechtliche Verträge von beschränkter Tragweite gelten nach Art. 7a Abs. 4 RVOG namentlich Verträge, die:

- dem fakultativen Staatsvertragsreferendum (Art. 141 Abs. 1 Bst. d BV) unterstehen;
- Bestimmungen über Gegenstände in der alleinigen Zuständigkeit der Kantone enthalten; oder
- einmalige Ausgaben von mehr als fünf Millionen Franken oder wiederkehrende Ausgaben von mehr als zwei Millionen Franken pro Jahr verursachen.

486 Auch diese Negativliste ist nicht abschliessend. Es kann weitere Gründe geben, einen völkerrechtlichen Vertrag, der grundsätzlich unter eine der in Art. 7*a* Abs. 3 RVOG genannten Kategorien fällt, nicht als Vertrag von beschränkter Tragweite zu qualifizieren.

Delegation der Vertragsschlusskompetenz

487 Der Bundesrat kann seine Vertragsabschlusskompetenz an Departemente delegieren. Die Delegation an Gruppen oder Ämter ist möglich bei völkerrechtlichen Verträgen von beschränkter Tragweite (Art. 48*a* Abs. 1 RVOG).

Vorgängige Genehmigung eines Vertrags

488 Ausnahmsweise können die Bundesversammlung und der Bundesrat einen völkerrechtlichen Vertrag genehmigen, bevor sein Inhalt endgültig ausgehandelt worden ist. Voraussetzung ist, dass die wichtigsten Vertragselemente bereits bekannt sind; dies im Unterschied zur Ermächtigung (*Rz. 478 ff.*; s. VPB 51 [1987] IV Nr. 58, Ziff. 7). Die vorgängige Genehmigung ist deshalb nur anwendbar auf einen

Vertrag, dessen Verhandlungen sich in einer fortgeschrittenen Phase befinden.

Die Zuständigkeit der parlamentarischen Genehmigung wird nicht an den Bundesrat delegiert, sondern die Bundesversammlung macht von ihrer eigenen Kompetenz vorzeitig Gebrauch. Die Bundesversammlung muss die vorgängige Genehmigung in die gleiche Form kleiden, die der Genehmigung im ordentlichen Verfahren entspricht, d.h. in einen Bundesbeschluss. *489*

Eine vorgängige Genehmigung ist nicht möglich, wenn ein Vertrag auf Grund seines Inhalts dem Staatsvertragsreferendum untersteht bzw. unterstellt wird. Die Bundesversammlung kann nicht über das Mittel der vorgängigen Genehmigung die Volksrechte einschränken, indem sie die ihr von der Verfassung zugewiesenen Kompetenzen auf diese Weise überschreitet (s. Art. 166 Abs. 2 BV). *490*

Jährliche Berichterstattung an die Bundesversammlung

Der Bundesrat hat der Bundesversammlung über die von ihm, von Departementen, Gruppen oder Bundesämtern selbständig abgeschlossenen Verträge jährlich Bericht zu erstatten (s. Art. 48*a* Abs. 2 RVOG). Dieser Bericht wird von der Direktion für Völkerrecht auf Grund der Informationen der Generalsekretariate der Departemente erstellt. *491*

Die Räte können mittels Motion verlangen, dass ihnen vom Bundesrat abgeschlossene Verträge nachträglich zur Genehmigung unterbreitet werden, wenn sie der Auffassung sind, diese hätten von ihnen genehmigt werden müssen. Wird die Motion von beiden Räten angenommen, muss der Bundesrat eine Botschaft an das Parlament richten. Genehmigt dieses den Vertrag nicht, muss ihn der Bundesrat auf den nächstmöglichen Termin kündigen. Bisher gab es jedoch nie einen Fall, in dem der Bundesrat zur Unterbreitung einer Botschaft verpflichtet wurde. *492*

Vorläufige Anwendung von Verträgen

Ein Vertrag, der der Genehmigung des Parlaments bedarf, kann ganz oder teilweise vorläufig angewendet werden, wenn die Vertragsparteien dies vereinbaren (Art. 25 WVK). Die vorläufige Anwendung entfaltet die gleichen Wirkungen wie die Inkraftsetzung. *493*

Die vorläufige Anwendung ist zulässig, wenn die Wahrung wichtiger Interessen der Schweiz und eine besondere Dringlichkeit es gebieten (Art. 7*b* RVOG). Zuständig für den Entscheid über eine vorläufige Anwendung ist in der Schweiz der Bundesrat. Der Bundesrat muss jedoch vorgängig die zuständigen parlamentarischen Kommissionen begrüssen. Sprechen sich die beiden zuständigen Kommissionen dagegen aus, so verzichtet der Bundesrat darauf (Art. 7b RVOG sowie 152 Abs. 3bis ParlG). Der Bundesrat behält hingegen seinen vollen Handlungsspielraum, wenn ihn eine spezialgesetzliche Regelung zur vorläufigen Anwendung internationaler Verträge ermächtigt. *494*

495 Der Bundesrat muss dem Parlament die Botschaft zur Genehmigung des vorläufig angewendeten Vertrags innerhalb von 6 Monaten nach Beginn der Anwendung unterbreiten. Ansonsten endet die vorläufige Anwendung (Art. 7*b* RVOG).

Kompetenz zum Abschluss von rechtlich nicht verbindlichen Instrumenten

496 Bei der Inanspruchnahme von internationalen Instrumenten, denen keine rechtliche, sondern eine ausschliesslich politische Verbindlichkeit zukommt (z.B. gemeinsame Absichtserklärungen), hat die Bundesversammlung nach bisheriger konstanter Praxis nicht mitzuwirken.

497 Der Abschluss solcher Instrumente fällt grundsätzlich in die Zuständigkeit des Bundesrats (Art. 184 Abs. 1 BV). Ein internationales Instrument kann durch ein Departement abgeschlossen werden, wenn es unter dem Gesichtspunkt der schweizerischen Aussenpolitik als Ganzes nur von klar untergeordneter Bedeutung ist. Dagegen kann die Zuständigkeit zum Abschluss solcher nicht bindender Instrumente nur dann an die Gruppen oder Bundesämter delegiert werden, wenn diese im fraglichen Sachbereich auch über eine entsprechende Vertragsschlusskompetenz verfügen.

Hilfsmittel

- Gemeinsame Mitteilung der Direktion für Völkerrecht und des Bundesamtes für Justiz vom 14. Februar 2006 (VPB 70 [2006] IV Nr. 69, S. 1119 ff, 1125 f.).

Staatsvertragsreferendum

Allgemeines

498 In den Botschaften über die Entwürfe zu Bundesbeschlüssen über die Genehmigung völkerrechtlicher Verträge muss angegeben werden, ob und weshalb diese Gegenstand des fakultativen oder des obligatorischen Staatsvertragsreferendums sind (s. Botschaftsleitfaden).

499 Gegenstand des Referendums ist nicht der völkerrechtliche Vertrag, sondern der Bundesbeschluss, welcher den Bundesrat ermächtigt, den Vertrag zu ratifizieren.

500 Eine Änderung eines referendumspflichtigen völkerrechtlichen Vertrags unterliegt dem Referendum, wenn die Änderung für sich selbst dem (fakultativen oder obligatorischen) Staatsvertragsreferendum unterstellt werden muss.

Fakultatives Staatsvertragsreferendum

501 Folgende völkerrechtliche Verträge unterstehen dem fakultativen Referendum (Art. 141 Abs. 1 Bst. d BV):

- unbefristete und unkündbare Verträge;
- Verträge über den Beitritt zu einer internationalen Organisation;
- Verträge, die wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthalten oder deren Umsetzung den Erlass von Bundesgesetzen erfordert.

Unbefristete und unkündbare Verträge

Ein völkerrechtlicher Vertrag untersteht dem fakultativen Referendum, wenn er unkündbar ist und nicht auf eine befristete Dauer abgeschlossen ist (Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 1 BV). *502*

Beispiele

- Internationaler Pakt von 1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (SR 0.103.1);
- Internationaler Pakt von 1966 über bürgerliche und politische Rechte (SR 0.103.2).

Verträge, die befristet sind oder gekündigt werden können, wenn sie ihr Ziel erreicht haben, müssen dennoch dem Referendum unterstellt werden, wenn sie Verpflichtungen für die Schweiz enthalten, die von unbestimmter Dauer sind oder nicht gekündigt werden können. *503*

Auch der 1990 von der Schweiz ratifizierte Antarktis-Vertrag von 1959 (SR 0.121), dessen Vertragsparteien nur unter ganz besonderen Voraussetzungen vom Vertrag zurücktreten können (s. Art. XII Ziff. 2 Bst. c), wurde dem fakultativen Referendum unterstellt. *504*

Demgegenüber unterliegen völkerrechtliche Verträge, die auf eine unbefristete Dauer abgeschlossen werden und keine Kündigungsklausel aufweisen, nicht dem Referendum nach Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 1 BV, wenn sich die Möglichkeit der Kündigung oder des Rücktritts aus dem Willen der Vertragsparteien oder der Natur des Vertrags ableiten lässt (s. Art. 56 WVK). *505*

Verträge, deren Kündigung an gewisse Bedingungen geknüpft sind, die aber die Substanz des Kündigungsrechts unberührt lassen, sind ebenfalls nicht referendumspflichtig. *506*

Beispiele

- Art. IV des Abkommens über das Verbot von Kernwaffenversuchen (SR 0.515.01);
- Art. X des Vertrags über die Nichtverbreitung von Kernwaffen (SR 0.515.03);
- Art. VIII des Vertrags über das Verbot der Anbringung von Massenvernichtungswaffen auf dem Meeresboden (SR 0.515.04).

In all diesen Verträgen ist das Kündigungsrecht an eine materielle Bedingung geknüpft, nämlich das Vorliegen ausserordentlicher, mit der Materie des Vertrages zusammenhängender Ereignisse, welche die höchsten Landesinteressen gefährden. Jedes Land entscheidet jedoch selbst über das Vorliegen eines solchen Ereignisses. Bei solchen Verträgen ist aber jeweils zu prüfen, ob sie nicht referendumspflichtig sind nach Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 2 und vor allem Ziff. 3 BV. *507*

Verträge über den Beitritt zu einer internationalen Organisation

508 Die internationale Organisation nach Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 2 BV wird durch folgende Eigenschaften charakterisiert (s. VPB 42 [1978] II Nr. 38, S. 185 ff.; VPB 44 [1980] I Nr. 1, S. 23 ff.; BBl 1987 III 190 f.):

- Sie basiert auf einem internationalen Vertrag;
- ihre Mitglieder sind Staaten oder andere Völkerrechtssubjekte;
- sie verfügt über eigene Organe mit eigenem Willen, welcher sich von demjenigen der Mitglieder unterscheidet;
- sie besitzt eigene Rechtspersönlichkeit und kann insbesondere Verträge mit Staaten und anderen internationalen Organisationen abschliessen.

Beispiele

- Institutionen von Bretton Woods (Botschaft, BBl 1991 II 1247 ff.; Bundesbeschluss, BBl 1991 II 1260);
- Welthandelsorganisation (Botschaft, BBl 1994 IV 415 ff.; Bundesbeschluss, BBl 1994 IV 432 f.);
- Beratungszentrum für WTO-Recht (Botschaft, BBl 2003 1077; Bundesbeschluss, BBl 2003 2885);
- Agentur für Internationale Handelsinformation und -kooperation (Botschaft, BBl 2003 1060; Bundesbeschluss, BBl 2003 2886).

509 Die Genehmigung von Verträgen, die bestehende Verträge über die Bildung einer internationalen Organisation revidieren, gelten nicht als Neubeitritt, wenn die ursprüngliche Ziele und die Aufgaben dieser internationalen Organisation keine wesentliche Änderung erfahren. Entsprechend wird die Genehmigung solcher Verträge nicht dem Referendum unterstellt.

Beispiel für einen nicht referendumspflichtigen Bundesbeschluss

- Bundesbeschluss über die Genehmigung der Änderungen des Übereinkommens zur Errichtung der Europäischen Bank für Wiederaufbau und Entwicklung (BBl 2012 1119).

510 Allerdings ist es möglich, dass die Änderung der Satzung wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthält und der Vertrag daher aus diesem Grund dem fakultativen Referendum zu unterstellen ist.

Beispiel

- Bundesbeschluss über die Genehmigung der Änderung der Satzung der Internationalen Organisation für Migration (BBl 2013 4743; Botschaft: BBl 2012 9170).

Verträge, die wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthalten oder deren Umsetzung den Erlass von Bundesgesetzen erfordert

Grundsatz

511 Wenn ein Vertrag wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthält oder durch Bundesgesetze umgesetzt werden muss, untersteht er dem fakultativen Referendum (Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 3 BV).

Wichtige rechtsetzende Bestimmungen

512 Rechtsetzend sind Bestimmungen, die in unmittelbar verbindlicher und generell-abstrakter Weise Pflichten auferlegen, Rechte verleihen oder Zuständigkeiten festlegen (Art. 22 Abs. 4 ParlG). Diese Kriterien werden nicht notwendigerweise von allen Verträgen erfüllt, welche zwischen Völkerrechtssubjekten abgeschlossen werden. So fallen Verträge nicht in diese Kategorie, wenn sie von ihrer Art her nicht generell-abstrakt konzipiert sind.

513 Rechtsetzend sind insbesondere Bestimmungen, die unmittelbar anwendbar (self-executing) sind. Rechtsetzend sind aber auch generell-abstrakte Bestimmungen, die dem Bund oder dem Kanton Rechte oder Pflichten auferlegen, wie dies bei nicht unmittelbar anwendbaren Bestimmungen der Fall ist.

514 Was unter wichtigen Bestimmungen zu verstehen ist, wird in Artikel 164 Absatz 1 BV in einer nicht abschliessenden Aufzählung verdeutlicht. Die entscheidende zu beantwortende Frage ist demnach jeweilen, ob Vertragsbestimmungen im Hinblick auf ihren normativen Gehalt als formelles Gesetz (des Bundes oder der Kantone) erlassen werden müssten, wenn es sich um rein landesrechtliche Regelungen handeln würde (s. VPB 68 [2004] Nr. 83, S. 1077 ff.; VPB 69 [2005] Nr. 75, S. 905 ff.).

Beispiele

- Botschaft vom 1. Februar 2006 über die Genehmigung des Abkommens mit Albanien und Mazedonien über die polizeiliche Zusammenarbeit bei der Bekämpfung der Kriminalität (BBl 2006 2177 2192); Bundesbeschluss vom 23. März 2007 (AS 2007 3911)
- Bundesbeschluss über die Genehmigung des Vertrags zwischen der Schweiz und Liechtenstein über die Handhabung des grenzüberschreitenden Verkehrs mit Feuerwaffen (AS 2013 1127).
- Botschaft vom 11. Dezember 2015 zur Genehmigung des Fakultativprotokolls vom 19. Dezember 2011 zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 betreffend ein Mitteilungsverfahren (BBl 2016 217).

515 Bestimmungen internationaler Verpflichtungen haben auch dann als wichtig zu gelten, wenn diese Verpflichtungen bereits im Landesrecht festgelegt sind und daher keiner Umsetzung mittels eines formellen Gesetzes bedürfen. Die Tatsache, dass die vertraglichen Bestimmungen die Verankerung von Pflichten in einem Gesetz verlangen, belegt gerade ihre Qualifizierung als wichtige Bestimmungen. Solche

internationalen Verpflichtungen begrenzen auch den Handlungsspielraum des Gesetzgebers auf Bundes- oder Kantonsebene, der künftig keine von den vertraglichen Verpflichtungen abweichende Änderung der entsprechenden landesrechtlichen Gesetze mehr vornehmen kann, ohne dass der Bundesrat vorgängig den Vertrag kündigt, der diese Verpflichtungen enthält.

Beispiele

- Bundesbeschluss zur Genehmigung des Zusatzprotokolls von Nagoya/Kuala Lumpur über die Haftung und Wiedergutmachung zum Protokoll von Cartagena über die biologische Sicherheit (BBl 2014 5213).
- Botschaft vom 24. August 2016 über die Ratifikation des Zusatzprotokolls zur Europäischen Charta der kommunalen Selbstverwaltung über das Recht auf Mitwirkung an den Angelegenheiten der kommunalen Gebietskörperschaften (BBl 2016 6969).

516 Im Übrigen darf aus der Tatsache, dass die Umsetzung eines völkerrechtlichen Vertrags in der Form einer Verordnung erfolgen kann, nicht geschlossen werden, dass der umzusetzende Vertrag keine wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen enthält und er aus diesem Grund nicht dem Referendum unterstellt werden müsse. Ist für die Regelung der Materie durch Verordnung eine gesetzliche Delegationsnorm erforderlich gewesen, ist zu vermuten, dass es sich um eine wichtige Materie gehandelt hat.

Beispiele

- Bundesbeschluss über die Genehmigung der Änderung vom 4. Juni 2004 zum Übereinkommen über die Umweltverträglichkeitsprüfung im grenzüberschreitenden Rahmen (BBl 2012 8257; Botschaft: BBl 2012 1777).
- Bundesbeschluss zur Genehmigung des Protokolls vom 30. November 1999 zum Übereinkommen von 1979 über weiträumige grenzüberschreitende Luftverunreinigung, betreffend die Verringerung von Versauerung, Eutrophierung und bodennahem Ozon (AS 2006 257; Botschaft: BBl 2004 3023 f.).

517 Enthalten Staatsverträge wichtige rechtsetzende Bestimmungen, so sind sie dem fakultativen Referendum zu unterstellen, auch wenn es sich dabei um Bestimmungen handelt, die vergleichbar sind mit Bestimmungen in Verträgen, die die Schweiz bereits mit zahlreichen anderen Staaten abgeschlossen hat (typischerweise Freihandelsabkommen, Doppelbesteuerungsabkommen, Investitionsschutzabkommen und Sozialversicherungsabkommen). Allerdings kann der Abschluss solcher Staatsverträge vom Gesetzgeber in einem referendumspflichtigen Erlass (Bundesgesetz oder Genehemigungsbeschluss) an den Bundesrat oder die Bundesversammlung delegiert werden.

Umsetzung mit Bundesgesetz

Die Genehmigung von völkerrechtlichen Verträgen, deren Umsetzung den Erlass oder die Änderung von Bundesgesetzen verlangt, ist dem Referendum unterstellt. Ist das Bundesgesetz, welches in Umsetzung des völkerrechtlichen Vertrags ergangen ist, bereits in Kraft, wenn der völkerrechtliche Vertrag genehmigt wird, so untersteht der Genehmigungsbeschluss dennoch dem Referendum. Denn die Schweiz ist dadurch völkerrechtlich verpflichtet, die entsprechende Gesetzeslage aufrecht zu erhalten (vgl. *Rz. 515*). *518*

Beispiele

- Botschaft vom 25. Mai 2011 betreffend die Genehmigung und Umsetzung des UNO-Feuerwaffenprotokolls (BBl 2011 4555, 4617).
- weitere Beispiele in VPB 69 [2005] Nr. 75, Anhang S. 914 ff.

Spätere Teilrevisionen und fakultatives Referendum

Die Prüfung der Frage, ob eine spätere Teilrevision eines völkerrechtlichen Vertrags die Voraussetzungen von Artikel 141 Absatz 1 Buchstabe d Ziffer 3 BV erfüllt und dementsprechend ebenfalls dem fakultativen Referendum unterstellt werden muss, hat anhand einer Beurteilung der Rechtsnatur und der Tragweite der Änderung zu erfolgen. *519*

Obligatorisches Staatsvertragsreferendum

Dem obligatorischen Staatsvertragsreferendum von Volk und Ständen unterstehen völkerrechtliche Verträge, die den Beitritt zu Organisationen für kollektive Sicherheit (z.B. UNO) oder zu supranationalen Gemeinschaften (z.B. EU) vorsehen (Art. 140 Abs. 1 Bst. b BV). *520*

Organisationen für kollektive Sicherheit

Eine Organisation für kollektive Sicherheit kennzeichnet sich aus durch das Verbot von Waffengewalt zwischen den Mitgliedstaaten (Gewaltverbot) und die Pflicht, gemeinsame gegen einen Mitgliedstaat vorzugehen, der das Gewaltverbot verletzt (Verletzung des Gewaltverbots als Angelegenheit aller). Anders als bei einem Beistandsbündnis richten sich die Verträge über die kollektive Sicherheit gegen den Waffengebrauch zwischen den Mitgliedstaaten und nicht gegen einen Angriff von aussen. Organisationen für kollektive Sicherheit verfügen über einen Mechanismus für die friedliche Streitbeilegung und ein Sanktionsorgan. *521*

Die bekannteste Organisation für kollektive Sicherheit ist die UNO. Der neben der EWR-Abstimmung bisher einzige Anwendungsfall des obligatorischen Referendums betraf denn auch diese Organisation. *522*

Beispiel

- Bundesbeschluss über die Volksinitiative «für den Beitritt der Schweiz zur Organisation der Vereinten Nationen (UNO)» (AS 2002 885).

Supranationale Gemeinschaften

523 Eine Gemeinschaft besitzt dann einen supranationalen Charakter, wenn sie die folgenden vier Eigenschaften aufweist:

- Ihre Organe bestehen aus unabhängigen Personen, die nicht durch Instruktionen der Regierung ihres Heimatstaates gebunden sind;
- ihre Organe fassen Beschlüsse grundsätzlich nach dem Mehrheitsprinzip (einfaches oder qualifiziertes Mehr der Mitglieder) und nicht nach dem Einstimmigkeitsprinzip;
- ihre Entscheide treten direkt in Kraft und können für Einzelpersonen unmittelbar verbindlich sein;
- ihr Wirkungsbereich ist relativ umfassend.

Beispiele

- Typischer Fall einer supranationalen Gemeinschaft ist die EU (vgl. BBl 1974 II 1133, 1157).
- Keine supranationalen Gemeinschaften bilden:
  - der EWR (BBl 1992 IV 1, 538 f.);
  - die WTO (BBl 1994 IV 416 ff.);
  - die Assoziierung an Schengen und Dublin (BBl 2004 6288 ff.);
  - das GATS; der Nationalrat verneinte die Supranationalität, weil ein Beitritt zum GATS keine automatischen Rechtsanpassungen zur Folge hat (pa. IV. 05.407; AB N 2006 980).

Ausserordentliches obligatorisches Referendum

524 Selbst wenn ein völkerrechtlicher Vertrag die Kriterien Artikel 140 Absatz 1 Buchstabe b BV nicht erfüllt, kann er Volk und Ständen zur Abstimmung unterbreitet werden, wenn ihm von seiner Wichtigkeit her eindeutig Verfassungsrang beigemessen werden muss und er eine grundlegende Veränderung des Staates nach sich zieht (BBl 2010 6963, 6985 f.).

Beispiel

- EWR: Das EWR-Abkommen wurde auf Grund seiner überragenden politischen und wirtschaftlichen Bedeutung sowie auf Grund der Tatsache, dass der Genehmigungsbeschluss eine Revision der Bundesverfassung vorsah, dem obligatorischen Referendum unterstellt (s. EWR-Botschaft, BBl 1992 IV 1, 541; Bundesbeschluss, 1992 VI 56 f.).

525 Hingegen wurde beim Abkommen über die Assoziierung an Schengen und Dublin auf Grund von Gegenstand und Tragweite der Verträge ein Verfassungsrang verneint (BBl 2004 6290).

Ratifizierung oder definitive Unterzeichnung

Ratifizierung

Die Ratifizierung eines völkerrechtlichen Vertrages wird vom Bundesrat nach der Genehmigung durch die Bundesversammlung vorgenommen (Art. 184 Abs. 2 BV). Die Ratifizierung bedeutet völkerrechtlich die abschliessende Erklärung eines Staates, unter Vorbehalt des Inkrafttretens an einen völkerrechtlichen Vertrag gebunden zu sein. Die Ratifizierung erfolgt in der Regel durch den Austausch der entsprechenden Urkunden zwischen den Vertragsparteien oder durch deren Hinterlegung bei einem bezeichneten Depositar. *526*

Definitive Unterzeichnung

Die definitive Unterzeichnung hat die gleiche rechtliche Wirkung wie die Ratifikation. Sie wird aber von einer Vertreterin oder einem Vertreter des Bundesrates vorgenommen. *527*

Die definitive Unterzeichnung stellt die Ausnahme dar. Sie ist nur zulässig: *528*

- wenn der Vertrag dies vorsieht,
- die Bevollmächtigten darauf hinweisen, und
- die vorgängige Zustimmung des Bundesrates oder der Bundesversammlung vorliegt oder eine gesetzliche Delegation ein Departement oder ein Amt ermächtigt.

Inkrafttreten

Völkerrechtliche Verträge erlangen mit ihrer völkerrechtlichen Verbindlichkeit unmittelbar landesrechtliche Geltung (Monismus; s. *Rz. 680 ff.*). *529*

Um einzelne Personen zu verpflichten, müssen völkerrechtliche Verträge allerdings in der Amtlichen Sammlung des Bundesrechts publiziert worden sein (Art. 8 PublG; s. *Rz. 32*). *530*

Umsetzung

Zuständigkeiten *531*

Die Zuständigkeiten für die Umsetzung der völkerrechtlichen Verträge richtet sich nach der landesrechtlichen Kompetenzordnung: Für Gebiete in der Zuständigkeit der Kantone müssen diese für die Umsetzung besorgt sein, wo der Bund zuständig ist, liegt die Verantwortung für die Umsetzung bei ihm.

Umsetzung durch die Kantone

Der Bund kann aufgrund seiner umfassenden aussenpolitischen Zuständigkeit völkerrechtliche Verträge auch in Sachgebieten abschliessen, für die innerstaatlich die Kantone zuständig sind. Die Zuständigkeit zur innerstaatlichen Umsetzung der Verträge liegt in solchen Fällen bei den Kantonen (s. BBl 1997 I 229 f.). Sie sind *532*

verpflichtet, rechtzeitig die zur Umsetzung erforderlichen Anpassungen vorzunehmen (Art. 7 BGMK).

533 Der Bund als Völkerrechtssubjekt bleibt dabei für die Einhaltung der völkerrechtlichen Verpflichtungen verantwortlich. Im Rahmen der Bundesaufsicht kann er deshalb die Anwendung und Auslegung der völkerrechtlichen Verträge durch die Kantone beaufsichtigen (Art. 49 Abs. 2 BV). Er kann die Kantone deshalb wenn nötig dazu anhalten, die völkerrechtlichen Verträge korrekt und fristgerecht anzuwenden und nötigenfalls an ihrer Stelle die erforderlichen Massnahmen treffen.

Umsetzung durch den Bund

534 Sofern die Umsetzung eines völkerrechtlichen Vertrags in die Zuständigkeit des Bundes fällt, ermöglicht es Artikel 141*a* BV der Bundesversammlung, die für die Umsetzung erforderlichen Verfassungs- oder Gesetzesänderungen in den Genehmigungsbeschluss aufzunehmen. Das gilt jedoch für Verfassungsänderungen nur, wenn der Genehmigungsbeschluss dem obligatorischen Referendum untersteht und für Gesetzesänderungen, wenn der Genehmigungsbeschluss dem fakultativen Referendum untersteht. In den letzten Jahren hat die Bundesversammlung von dieser Möglichkeit recht häufig Gebrauch gemacht. Damit können unnötige Abstimmungen sowie widersprüchliche Abstimmungsergebnisse, wie etwa die Annahme eines völkerrechtlichen Vertrags und die Ablehnung der gesetzlichen Umsetzung, vermieden werden (BBl 2001 6092 f.).

535 In den Genehmigungsbeschluss können Ausführungsbestimmungen aufgenommen werden, die sich unmittelbar aus den internationalen Verpflichtungen ergeben und für deren Ausgestaltung dem nationalen Gesetzgeber kein Ermessensspielraum bleibt.

Beispiele

- Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des Dritten Zusatzprotokolls vom 8. Dezember 2005 zu den Genfer Abkommen von 1949 über die Annahme eines zusätzlichen Schutzzeichens (AS 2007 185).
- Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung der Aarhus-Konvention und von deren Änderung (AS 2014 1021).

536 Es können aber auch Ausführungsbestimmungen aufgenommen werden, für deren Ausgestaltung ein gewisser Ermessensspielraum besteht. Die Bundesversammlung hat noch keine klare Praxis bei der Anwendung von Artikel 141a BV entwickelt. Sie scheint aber eher grosszügig anzunehmen, dass Ausführungsbestimmungen der Umsetzung des Vertrags dienen.

Beispiele

- Bundesbeschluss über die Genehmigung der Akte zur Revision des Europäischen Patentübereinkommens und über die Änderung des Patentgesetzes (AS 2007 6479).

- Bundesbeschluss über die Genehmigung des Vertrags zwischen der Schweiz, Österreich und Liechtenstein über die grenzüberschreitende polizeiliche Zusammenarbeit (AS 2014 2297).

537 Demgegenüber sollten gesetzgeberische Begleitmassnahmen, welche zwar mit der Umsetzung völkerrechtlicher Verpflichtungen im Zusammenhang stehen, sachlich aber auf rein innerstaatlichen Motiven beruhen, nicht in den Genehmigungsbeschluss zum entsprechenden Vertrag integriert werden und nicht mit diesem zusammen Gegenstand einer einzigen Abstimmungsvorlage bilden (s. Botschaft betreffend das Bundesgesetz zur Revision der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit, BBl 2004 6565, 6588).

Teil 2: Erlassformen und Erlassgestaltung

7 Erlassformen

Einleitung

538 Zur Rechtsetzung sind auf Bundesebene verschiedene Organe zuständig:

- das Volk, zusammen mit den Kantonen;
- die Bundesversammlung, mit oder ohne Mitwirkung des Volkes;
- der Bundesrat und die Bundesverwaltung (Departemente oder Ämter);
- für ein kleines Teilgebiet: die Gerichte des Bundes.

539 Die Rechtsetzung des Bundes bedient sich folgender Erlassformen (vgl. Art. 163 und Art. 182 Abs. 1 BV):

- Bundesverfassung;
- Bundesgesetze;
- Verordnungen der Bundesversammlung;

Verordnungen des Bundesrates und der ihm nachgeordneten Stellen sowie der Gerichte des Bundes.

540 Für nicht rechtsetzende Rechtsakte gibt es folgende Formen:

- Bundesbeschlüsse;
- einfache Bundesbeschlüsse;

Weisungen, Kreisschreiben und dgl. (sog. Verwaltungsverordnungen).

541 Die rechtsetzenden Erlassformen stehen untereinander in einem hierarchischen Verhältnis (Einzelheiten hierzu in *Rz. 551 ff.*). Die Verfassung steht über den Gesetzen und diese über den Verordnungen. Dies hat zur Folge, dass die Verfassung von bestehenden Gesetzen und Verordnungen abweichen kann, Gesetze und Verordnungen sich hingegen stets an die Verfassung zu halten haben. Die höherrangigen Normen entstehen in einem komplizierteren Verfahren, was ihnen eine höhere Legitimität und in der Regel erhöhte Beständigkeit verschafft. Die Normenhierarchie leidet jedoch insofern an einer Anomalie, als das Bundesgericht eine Gesetzesvorschrift auch dann anwenden muss, wenn es sie als verfassungswidrig erachtet (s. Art. 190 BV).

Rechtssatz

Begriff

542 Ein Rechtssatz (Synonym: rechtsetzende Bestimmung) ist eine Norm, die in unmittelbar verbindlicher und generell-abstrakter Weise Pflichten auferlegt, Rechte verleiht oder Zuständigkeiten festlegt (Art. 22 Abs. 4 ParlG):

- *generell*: die Regelung richtet sich an eine individuell nicht bestimmte Vielzahl von Adressaten (Adressatenkreis offen oder unbestimmt);
- *abstrakt*: die Regelung bezieht sich auf eine unbestimmte Vielzahl Sachverhalte (alle, bei denen sich die Tatbestandmerkmale der Regelung verwirklichen);
- *unmittelbar verbindliche* Regelung im Gegensatz z.B. zu einer unverbindlichen Empfehlung oder Anweisung an die Verwaltung.

Unterscheidung Rechtssatz–Verfügung

543 Als Verfügungen gelten nach Artikel 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG, SR 172.021) Anordnungen der Behörden im Einzelfall, welche die Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten oder Pflichten zum Gegenstand haben. Im Unterschied zu einem Rechtssatz ist eine Verfügung also nicht generell, sondern richtet sich an spezifische Adressaten, und nicht abstrakt, sondern bezieht sich auf konkrete Sachverhalte. Eine Verfügung muss sich auf eine übergeordnete Rechtsgrundlage stützen (s. *Rz. 698 ff.*).

544 Die Allgemeinverfügung nimmt eine Stellung zwischen Rechtssatz und Verfügung ein: wie der Rechtsatz richtet sie sich an eine Vielzahl von Personen, die nicht individuell bestimmt sind; hingegen regelt sie einen nach Objekt, Zeit und/oder Ort spezifizierten Sachverhalt. Die Komponente «generell» bleibt somit bestehen, «abstrakt» wird durch «konkret» abgelöst (z.B. Strassenverkehrssignale, Schutz eines konkreten Natur- oder Heimatschutzobjekts).

	Rechtssatz		Allgemeinverfügung		Verfügung	
Adressat	generell	individuell	generell	individuell	generell	individuell
Sachverhalt	abstrakt	konkret	abstrakt	konkret	abstrakt	konkret

545 Die Unterscheidung zwischen Rechtssatz und Verfügung schlägt sich in der Erlasskompetenz sowie in der Publikation bzw. Eröffnung und in der Anfechtbarkeit nieder:

- Rechtssatz: Ein Rechtssatz wird von einer Behörde (Volk und Stände, Bundesversammlung, Bundesrat, Gerichte des Bundes, Departemente, Gruppen, Ämter) erlassen, die hierzu ausdrücklich ermächtigt ist. Der Erlass ist nach den Bestimmungen des Publikationsgesetzes (PublG; SR 170.512) zu veröffentlichen (s. *Rz. 301*). Gegen einen Rechtssatz des Bundesrechts selbst steht grundsätzlich kein Rechtsmittel offen.

- Allgemeinverfügung/Verfügung: Zuständig zum Erlass sind nach Art. 1 VwVG die Bundesbehörden sowie ausserhalb der Bundesverwaltung stehende Organisationen, die in Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Aufgabe des Bundes handeln (z.B. Schweizerischer Nationalfonds). Die (Allgemein-)Verfügung ist mit Begründung und Rechtsmittelbelehrung zu eröffnen (s. Art. 34 ff. VwVG; Art. 36 Bst. c VwVG bezieht sich auf Allgemeinverfügungen). Den unmittelbar Betroffenen steht die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht oder die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht offen (s. *Rz. 753 ff.*).

Beispiel

- Allgemeinverfügung des Bundesamtes für Landwirtschaft vom 15.2.2023 über die Bewilligung eines Pflanzenschutzmittels in besonderen Fällen, gestützt auf Artikel 40 der Verordnung über das Inverkehrbringen von Pflanzenschutzmitteln (BBl 2023 438, SR 916.161).

Für eine objektbezogene Regelung, beispielsweise für das Verbot eines bestimmten Produkts, ist die Allgemeinverfügung nur zulässig, wenn sie das Objekt der Regelung konkret umschreibt, d.h. durch Bezeichnung des Herstellers oder der Marke und des zu erfassenden Produkttyps (z.B. «Schneidwerkzeug BROGIO Flail Head»). Wird das Objekt gattungsmässig umschrieben (z.B. «schlegelartige Schneidwerkzeuge für tragbare handgeführte Motorsensen»), geht es um eine generell-abstrakte Regelung (zum Begriff der Allgemeinverfügung s. Kommentar zum Parlamentsgesetz, Art. 22, Rz. 36 ff.). *546*

Unterscheidung zwischen rechtsverbindlicher Verordnung und Verwaltungsverordnung

Unter dem Sammelbegriff «Verwaltungsverordnung» werden generell-abstrakte Regeln verstanden, die den Rechtsunterworfenen nicht in unmittelbar verbindlicher Weise Rechte verleihen oder Pflichten auferlegen, sondern den Vollzug des verbindlichen Rechts lenken sollen (Richtlinien, Weisungen, Kreisschreiben, Branchenbroschüren, allgemeine Bekanntmachungen usw.). Die sog. Verwaltungsverordnung ist eine dogmatische Kategorie, nicht eine besondere Erlassform. Sie ist auch kein Sondertypus der (rechtlich unmittelbar verbindlichen) Verordnung. *547*

Inhaltlich betreffen solche Erlasse namentlich die Organisation der Verwaltungstätigkeit (z.B. die Richtlinien der Bundeskanzlei für die Vorbereitung und Erledigung der Bundesratsgeschäfte, „Roter Ordner“) sowie die Regelung und Vereinheitlichung der Praxis durch Interpretation bzw. Auslegung von Rechtsvorschriften (z.B. die Weisungen und Merkblätter des Bundesamtes für Sozialversicherung zu den Beiträgen an die Sozialversicherungen, vgl. www.bsv.admin.ch > Praxis > Beiträge an die Sozialversicherungen). *548*

549 Der Unterschied zwischen rechtsverbindlichen Verordnungen (in der Lehre auch als „Rechtsverordnungen" bezeichnet) und Verwaltungsverordnungen zeigt sich in der Erlasskompetenz, in der Publikation und in der Rechtswirkung:

- Rechtsverordnungen werden von Behörden (Bundesversammlung, Bundesrat, Gerichte des Bundes, Departemente, Gruppen, Ämter) erlassen, die hierzu ausdrücklich ermächtigt sind. Sie sind nach den gesetzestechnischen Richtlinien (GTR) zu gestalten und nach den Bestimmungen des Publikationsgesetzes (PublG; SR 170.512) zu veröffentlichen (s. *Rz. 301*). Mit der amtlichen Veröffentlichung wird eine solche Verordnung für alle Rechtsunterworfenen und für die Vollzugsorgane direkt verbindlich.
- «Verwaltungsverordnungen»: Für den Erlass von Regelungen dieser Kategorie braucht es keine Ermächtigung im übergeordneten Recht, auch wenn solche manchmal vorhanden sind (siehe z.B. Art. 7 Abs. 1 Bst. b FINMAG oder Art. 64*a* Abs. 1 Bst. b und c IVG). Verwaltungsverordnungen finden ihre Begründung in der hierarchischen Zuständigkeit oder in der Aufsichtskompetenz, welche es der vorgesetzten Behörde ermöglicht, den mit der Rechtsanwendung betrauten Behörden oder Personen Verhaltensrichtlinien zu geben. Verwaltungsverordnungen richten sich nur an Behörden und gelten daher einzig im staatlichen Innenverhältnis zwischen über- und untergeordnerte Verwaltungsstelle, jedoch nicht im aussengerichteten Staat-Bürger-Verhältnis. So entfalten Richtlinien, Weisungen, Kreisschreiben usw. grundsätzlich keine verpflichtende Wirkung gegenüber Dritten und binden auch die Gerichte nicht (auch wenn letztere sie in der Regel berücksichtigen und davon nur ausnahmsweise abweichen und zwar vor allem dann, wenn sie mit dem übergeordneten Recht unvereinbar sind). Sie müssen deshalb nicht amtlich veröffentlicht werden, doch werden sie in der Regel auf den Homepages der Behörden publiziert. Mittelbar entfalten jedoch auch solche Erlasse Rechtswirkungen auf Dritte, weshalb die Figur der Verwaltungsverordnung in der Doktrin teilweise in Frage gestellt wird (s. Kommentar zum Parlamentsgesetz, Art. 22, Rz. 26).

Beispiele

- Rundschreiben der FINMA zur Finanzmarktgesetzgebung (s. www.finma.ch > Dokumentation > Rundschreiben)
- Richtlinien des EDA über Sozialhilfe für Auslandschweizerinnen und Auslandschweizer und Notdarlehen für Personen mit vorübergehendem Aufenthalt im Ausland (s. www.eda.admin.ch > Das EDA > Organisation des EDA > Direktionen > Konsularische Direktion > Sozialhilfe für Auslandschweizerinnen und Auslandschweizer (SAS))

Die Regulierung mit Weisungen, Richtlinien, Rundschreiben usw. ist nur zulässig, wenn tatsächlich nur eine relativ weiche Verhaltenssteuerung (mit Abweichungsmöglichkeit im Einzelfall, «soft law») geschaffen werden soll. Soll eine (hart) verbindliche Regelung geschaffen werden, muss der Weg der Rechtsetzung, d.h. Erlass von Gesetzes- bzw. Verordnungsrecht, beschritten werden. 550

Einzelne Erlassformen

Übersicht

Beim Erlass von Normen ist darauf zu achten, dass sie auf der hierarchisch richtigen Regelungsebene verankert werden. Besteht im fraglichen Sachbereich keine Bundeskompetenz, ist vorerst die Verfassung zu ändern. Besteht die Bundeskompetenz, so ist zu prüfen, ob die Regelung als Gesetz oder als Verordnung ausgestaltet werden kann. Unter bestimmten Voraussetzungen ist es möglich, eine unterstellte Behörde zum Erlass von Primärnormen (s. *Rz. 728* ; gesetzesvertretende Normen) zu ermächtigen. Schliesslich kann es sich auch rechtfertigen, eine Kontrolle über die delegierte Rechtsetzung vorzusehen. 551

Bundesverfassung

Die Bundesverfassung steht an der Spitze der Normenhierarchie. Sie bildet die Grundlage für die Bundesgesetzgebung. Die Bundesverfassung regelt die Grundzüge des Bundesstaates, nämlich die Aufgaben und die Organisation des Bundes (Kompetenzverteilung zwischen dem Bund und den Kantonen, zwischen Parlament, Regierung und Gerichten, System der politischen Rechte) sowie die grundsätzliche Rechtsstellung der Bürgerinnen und Bürger (Grundrechte, Bürgerrechte, Sozialziele). Sie regelt ausserdem das Verfahren zu ihrer Revision. 552

Die Bundesverfassung ist schwerer abänderbar als Bundesgesetze und Verordnungen (obligatorisches Referendum, Mehrheit von Volk und Ständen). Jede Verfassungsänderung muss von einer Mehrheit des Volkes und der Stände angenommen werden (Art. 140 Abs. 1 Bst. a und Art. 195 BV). Grundlage der Abstimmung ist entweder eine Volksinitiative und allenfalls ein Gegenentwurf (Art. 138 ff. BV) oder eine Vorlage der Bundesversammlung (Art. 192 ff. BV). 553

Bundesgesetze und Verordnungen der Bundesversammlung

Bundesgesetze

Das Bundesgesetz ist ein dem fakultativen Referendum unterstehender rechtsetzender Erlass der Bundesversammlung (s. Art. 163 Abs. 1 i.V.m. Art. 141 Abs. 1 Bst. a BV). Neben rechtsetzenden Inhalten können Bundesgesetze auch Bestimmungen mit individuell-konkreter Tragweite enthalten (vgl. z.B. Art. 23 ff. des Radio- und Fernsehgesetzes [RTVG, SR 784.40], die einer einzelnen Gesellschaft – der SRG – eine Reihe von Pflichten auferlegen). Reine Einzelfallgesetze sind hingegen ausgeschlossen. 554

555 Bundesgesetze bilden die zweithöchste Stufe der innerstaatlichen Normenhierarchie. Gesetze sind einfacher zu revidieren als die Verfassung (fakultatives Referendum, es braucht nur ein Volksmehr), aber schwieriger als Verordnungen (die nicht dem Referendum unterstehen).

556 Bundesgesetze können dringlich erklärt und sofort in Kraft gesetzt werden (Art. 165 BV). Sie sind in diesem Falle stets zu befristen. Wird ein dringlich erklärtes Bundesgesetz in der Volksabstimmung nicht angenommen, darf es nicht erneuert werden (Art. 165 Abs. 4 BV). Die Bundesverfassung unterscheidet zwei Arten von dringlich erklärten Bundesgesetzen:

- Verfassungsmässige dringlich erklärte Bundesgesetze (Art. 165 Abs. 1 und 2 BV): Sie verfügen über eine verfassungsmässige Grundlage und unterliegen, wenn sie auf mehr als ein Jahr befristet werden, dem nachträglichen fakultativen Referendum (Art. 141 Abs. 1 Bst. b BV). Sie können somit vor der Durchführung des Referendums in Kraft gesetzt werden (s. *Rz. 1002*).
  Wird ein solches Gesetz in der Volksabstimmung verworfen, so tritt es ein Jahr nach seiner Verabschiedung durch die Räte ausser Kraft.

  Beispiel

  - Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz; SR 818.102).

- Dringlich erklärte Bundesgesetze ohne Verfassungsgrundlage (Art. 165 Abs. 3 BV): Solche Bundesgesetze unterliegen dem nachträglichen obligatorischen Referendum von Volk und Ständen. Sie haben somit Verfassungsrang. Wird ein solches Bundesgesetz in der Volksabstimmung verworfen, so tritt es ein Jahr nach seiner Verabschiedung durch die Räte ausser Kraft.

557 Alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen sind nach Artikel 164 Absatz 1 BV in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen. Eine Verordnung genügt dem Legalitätsprinzip für solche Normen nicht. Als wichtig gelten insbesondere die grundlegenden Bestimmungen über:

- die Ausübung der politischen Rechte;
- die Einschränkungen verfassungsmässiger Rechte;
- Rechte und Pflichten von Personen;
- den Kreis der Abgabepflichtigen sowie den Gegenstand und die Bemessung von Abgaben;
- die Aufgaben und Leistungen des Bundes;
- die Verpflichtungen der Kantone bei der Umsetzung des Bundesrechts;
- die Organisation und das Verfahren der Bundesbehörden.

558 Auch die Übertragung (Delegation) von Rechtsetzungsbefugnissen ist in einem Bundesgesetz zu regeln (Art. 164 Abs. 2 BV; s. *Rz. 704*).

Weder der Bundesverfassung noch den Gesetzen ist über Artikel 164 Absatz 1 BV hinaus eine Wertung darüber zu entnehmen, nach welchen Kriterien die wichtigen von den unwichtigen Bestimmungen zu unterscheiden sind und welche Bestimmungen als grundlegend zu betrachten sind. Für die Unterscheidung sind insbesondere folgende Kriterien relevant: 559

- der Grad der Beeinträchtigung der Grundrechte;
- die Bedeutung der betreffenden Befugnis für das politische System;
- die Bedeutung des Adressatenkreises der zu erlassenden Massnahme oder Regelung;
- die finanziellen Auswirkungen der betreffenden Befugnis;
- die politische Umstrittenheit der angestrebten Massnahme.

Verordnungen der Bundesversammlung

Die Bundesversammlung kann durch die Bundesverfassung (vgl. z.B. Art. 159 Abs. 4 BV) oder durch ein Bundesgesetz ermächtigt werden, eine (rechtsetzende) Verordnung zu erlassen. Dabei handelt es sich insbesondere um Erlasse, welche die Organisation und die Tätigkeit der Bundesversammlung selbst zum Gegenstand haben. Sie können aber auch andere Bereiche betreffen. Die Verordnungen der Bundesversammlung unterstehen nicht dem Referendum. 560

Beispiele

- Verordnung der Bundesversammlung über die Pflege der internationalen Beziehungen des Parlamentes (VPiB; SR 171.117);
- Verordnung der Bundesversammlung über die Redaktionskommission (SR 171.105);
- Verordnung der Bundesversammlung über die Organisation der Armee (AO; SR 513.1).

Bundesbeschluss

Der Bundesbeschluss ist für Akte der Bundesversammlung vorgesehen, die keine rechtsetzenden Bestimmungen enthalten (Art. 163 Abs. 2 BV). 561

Es werden zwei Formen von Bundesbeschlüssen unterschieden: 562

- Bundesbeschlüsse: Die Bundesbeschlüsse unterstehen dem obligatorischen Referendum (z.B. Änderungen der BV, Beitritt zu Organisationen für kollektive Sicherheit oder zu supranationalen Gemeinschaften nach Artikel 140 Absatz 1 Buchstabe a und b BV) oder dem fakultativen Referendum (z.B. völkerrechtliche Verträge nach Art. 141 Abs. 1 Bst. d BV). Die Bundesbeschlüsse werden in der AS und in der SR publiziert.

Beispiele

- Genehmigung völkerrechtlicher Verträge, die dem Referendum unterstehen (Art. 24 Abs. 3 ParlG);
- Bundesbeschlüsse über die Allgemeinverbindlicherklärung interkantonaler Verträge (Art. 48*a* Abs. 2 BV).
- Gebietsveränderungen zwischen Kantonen (Art. 53 Abs. 3 BV);
- Grundsatz- und Planungsbeschlüsse von grosser Tragweite (Art. 28 Abs. 3 und 148 Abs. 4 ParlG);
- Einzelakte der Bundesversammlung, die sich auf keine gesetzliche Grundlage stützen können (Art. 29 Abs. 2 ParlG; s. Kommentar zum Parlamentsgesetz, Art. 29, Rz. 5 ff. und 13 ff.).

- Einfache Bundesbeschlüsse: Sie betreffen Einzelakte, die nicht dem Referendum unterstehen, und werden nicht in der AS und SR publiziert. Die «einfachen» Bundesbeschlüsse werden in der Praxis nicht als solche bezeichnet. Man erkennt ihre Rechtsnatur nur aus der fehlenden Referendumsklausel.

Beispiele

- Genehmigung völkerrechtlicher Verträge, die nicht dem Referendum unterstehen (Art. 166 Abs. 2 BV, Art. 24 Abs. 3 Satz 2 ParlG);
- Gewährleistung von Kantonsverfassungen (Art. 172 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 29 Abs. 1 ParlG);
- Kreditbeschlüsse (Art. 25 Abs. 2 ParlG).
- Entscheide über Begnadigungsgesuche und Amnestien (Art. 173 Abs. 1 Bst. k i.V.m. Art. 157 Abs. 1 Bst. c BV und Art. 29 Abs. 1 ParlG).

Verordnungen des Bundesrates und nachgeordneter Stellen sowie der Gerichte des Bundes

Verordnungsarten

563 Rechtsetzende Erlasse des Bundesrats und der Gerichte des Bundes sowie der Departemente, Gruppen und Ämter werden Verordnungen genannt. Man unterscheidet einerseits zwischen selbstständigen und unselbstständigen Verordnungen, andererseits zwischen Volllziehungsverordnungen und gesetzesvertretenden Verordnungen.

Selbstständige und unselbstständige Verordnungen

564 Stellt die Verfassung selber die rechtliche Grundlage der Verordnung dar, handelt es sich um eine *selbstständige Verordnung*.

Beispiele

- Verordnungen, die unmittelbar auf die Artikel 184 Absatz 3 BV (Wahrung der Interessen des Landes im Bereiche der auswärtigen Angelegenheiten) sowie Artikel 185 Absatz 3 BV (Verhütung oder Beseitigung schwerer Störungen der öffentlichen Ordnung und der äusseren oder inneren Sicherheit) gestützt werden; z.B. Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung vom 20. März 2020 (SR 837.033). Solche Verordnungen müssen gemäss dem Text der Verfassung befristet werden;
- Verordnungen, die sich unmittelbar auf die Übergangsbestimmungen stützen, wie Artikel 196 Ziffer 2 Absatz 4 (Pauschale Schwerverkehrsabgabe), Artikel 197 Ziffer 9 Absatz 1 (Zweitwohnungen) oder Artikel 197 Ziffer 11 Absatz 2 BV (Steuerung der Zuwanderung).

Als *unselbstständige Verordnungen* gelten Verordnungen, die sich auf einen Erlass unterhalb der Verfassungsstufe abstützen. Sie beruhen auf einer Gesetzesdelegation von der Legislative an die Exekutive. Man spricht deshalb in diesem Fall auch von delegierten primären Rechtsvorschriften. *565*

Vollziehungsverordnungen und gesetzesvertretende Verordnungen

In einer Vollziehungsverordnung wird die Regelung des Gesetzes durch Detailvorschriften näher ausgeführt. Vollziehungsverordnungen «müssen als logische Konsequenz des zu vollziehenden Grunderlasses erscheinen. Dies schliesst nicht aus, dass neue Rechtssätze aufgestellt werden, sofern sie sich im Rahmen des vom Grunderlass angestrebten Zweckes halten und ein Mittel zur Durchsetzung des Willens der zu vollziehenden Vorschrift darstellen» (VPB 47 [1983], I, Nr. 18, S. 91; VPB 31 [1962-63], Nr. 20, S. 54; BGE 139 II 460 E. 2.1 ff.). *566*

Beispiel

- Verordnung des Bundesrates vom 30. November 2011 über die Förderung von Innovation, Zusammenarbeit und Wissensaufbau im Tourismus (SR 935.221).

Demgegenüber enthalten gesetzesvertretende Verordnungen Normen, die ebensogut im übergeordneten Gesetz enthalten sein könnten. Sie bedürfen einer entsprechenden Ermächtigung im Gesetz. *567*

Beispiel

- Verordnung des Bundesrates vom 16. März 2007 über die Zuteilung von Organen zur Transplantation (SR 810.212.4)

Die Übergänge zwischen Vollziehungsverordnungen und auf einer Delegationsnorm beruhenden gesetzesvertretenden Verordnungen sind oft fliessend. Eine Verordnung kann sowohl reine Vollzugsvorschriften (in diesem Sinn «sekundäre» Vorschriften) als auch gesetzesvertretende («primäre») Vorschriften enthalten. Bei *568*

der Erarbeitung einer Verordnung ist deshalb stets zu fragen, ob die geplanten Bestimmungen Vollzugsnormen sind (vgl. Rz. 703) oder auf einer Delegation beruhen müssen und ob der delegierte Rahmen auch eingehalten wird (vgl. *Rz. 704*).

Erlassformen und Referendum

569

Gegenstand	Referendum	Genehmigung durch
Verfassungsänderungen* (Art. 140 Abs. 1 Bst. a BV)	obligatorisch	Volk und Stände
Beitritt zu Organisationen für kollektive Sicherheit oder zu supranationalen Gemeinschaften* (Art. 140 Abs. 1 Bst. b BV)		
Dringlich erklärte Bundesgesetze ohne Verfassungsgrundlage und einer Geltungsdauer von mehr als einem Jahr* (Art. 140 Abs. 1 Bst. c BV)		
Volksinitiative auf Totalrevision der BV* (Art. 140 Abs. 2 Bst. a BV)		Volk
Volksinitiative auf Teilrevision der BV in der Form einer allgemeinen Anregung (vom Parlament abgelehnt)* (Art. 140 Abs. 2 Bst. b BV)		
Bundesgesetz (rechtsetzend, nicht dringlich) (Art. 141 Abs. 1 Bst. a BV)	fakultativ	
Bundesgesetz (rechtsetzend, verfassungsmässig, dringlich erklärt, Geltungsdauer mehr als ein Jahr) (Art. 141 Abs. 1 Bst. b BV)		
Bundesbeschluss, soweit BV oder ein Bundesgesetz dies vorsehen (Art. 141 Abs. 1 Bst. c BV)		
bestimmte völkerrechtliche Verträge (Art. 141 Abs. 1 Bst. d BV)		
Bundesbeschluss ohne verfasssungsrechtliche oder gesetzliche Grundlage (Einzelakte) (Art. 29 Abs. 2 ParlG)		
Einfacher Bundesbeschluss (Einzelakte) (Art. 163 Abs. 2 BV, Art. 29 Abs. 1 ParlG)	–	–
Verordnung des Bundesrates oder der Bundesversammlung (Art. 163 Abs. 1, Art. 182 Abs. 1 BV)		

* Diese Vorlagen werden den Stimmberechtigten in einem Bundesbeschluss unterbreitet.

8 Erlassgestaltung

Festlegung des Inhalts der Erlasse

Einleitung

Bevor ein Erlass redigiert wird, ist ein Normkonzept zu erstellen (s. *Rz. 161 ff.*). Aufgrund dessen sind die normativen von den nicht normativen Materien des Regelungsgegenstandes auszusondern. Diese Aussonderung ist notwendig, weil aus der materiellen Erfassung des Regelungsgegenstandes auch zahlreiche Elemente resultieren können, denen der normative Charakter fehlt, so etwa sachpolitische Erwägungen und Begründungen. Der Erlass soll nur rechtsetzende Bestimmungen, also generell-abstrakte Regelungen enthalten, die z.B. natürlichen oder juristischen Personen Rechte einräumen oder Pflichten auferlegen (s. *Rz. 542 ff.*), und Normen wie Zweck, Gegenstand, Legaldefinitionen, Inkrafttreten usw. Sofern das Normkonzept beispielsweise ein Bewilligungsverfahren vorsieht, wird es in diesem ersten Stadium notwendig sein, allfällige Begriffe, die Bewilligungsvoraussetzungen, die zuständige Behörde, den Rechtsweg, allfällige Sanktionen sowie das Übergangsrecht usw. zu bestimmen. *570*

Bei der Festlegung des Inhalts eines Erlasses sind einige grundsätzliche Punkte zu beachten: *571*

- die Wahl der geeigneten staatlichen Handlungsinstrumente (s. *Rz. 827 ff.*);
- das intertemporale Recht (s. *Rz. 1027 ff.*);
- die Harmonie der Rechtsordnung;
- die Regelungsdichte;
- die Wahrung der Einheit der Materie.

Grundsätze

Harmonie der Rechtsordnung

Allgemeines

Das Recht darf grundsätzlich geändert werden. Der Erlass neuer Rechtsnormen bedeutet stets eine Veränderung der bestehenden Rechtsordnung. Trotzdem sollte das neue Recht ein gewisses Mass an Beständigkeit aufweisen, denn für die Umsetzung der Gesetze ist es wichtig, dass die Allgemeinheit sich auf die Rechtsordnung einstellen kann. Die Grundsätze der Rechtssicherheit, des Vertrauensschutzes und der Verhältnismässigkeit gebieten, dass auch bei rasch aufeinander folgenden Änderungen keine Unklarheiten und Zweifel über die Anwendbarkeit einer Norm entstehen. Die Rechtsunterworfenen sollen wissen, welche Norm die massgebende ist, und sich darauf verlassen dürfen, dass ihre Handlungen oder Unterlassungen nicht infolge einer Gesetzesänderung zu für sie unzumutbaren Nachteilen führen (s. BGE 139 II 470, E. 4). Diese Gesichtspunkte müssen vor allem bei Rechtsänderungen berücksichtigt werden, welche Dauersachverhalte betreffen (s. *Rz 1040 ff*). *572*

573 Die Veränderung der bestehenden Rechtsordnung kann zu Problemen und Konflikten führen, wenn:

- der Abgrenzung des neuen vom bisherigen Recht zu wenig Beachtung geschenkt wird. Eine mangelhafte Abgrenzung verursacht inhaltliche und formelle Mängel (z.B. Widersprüche, Lücken, Unklarheiten usw.). Zwar lässt sich eine vollständige Einheit der gesamten Rechtsordnung nicht erreichen, u.a. auch deshalb nicht, weil nicht alle möglichen Konflikte und Unstimmigkeiten voraussehbar sind. Es wird im Folgenden auch nicht von der Einheit, sondern lediglich von der Harmonie der Rechtsordnung gesprochen, selbst wenn die Einheit im Grundsatz das Ziel bleibt. Das neue Recht darf nicht ohne triftige Gründe von den bestehenden Rechtsregeln abweichen, um die Effizienz des neuen oder des bestehenden Rechts nicht zu gefährden.
- neuen Normen ungenügend mit übergordneten Normen (z.B. staatsvertragliche Verpflichtungen) oder bestehenden Normen koordiniert werden. Eine mangelhafte Koordination verursacht ebenfalls inhaltliche und formelle Mängel. Manchmal wird übersehen, dass für den betreffenden Bereich eine Regelung bereits existiert, oder dass neue Normen im Verhältnis zum bestehenden Recht unpräzis formuliert sind.
- die Ziele des neuen Rechts nicht mit denjenigen des bisherigen Rechts und dessen Zwecksystem übereinstimmen. Dies ist dann der Fall, wenn zwei verschiedene Bereiche tangiert sind, wie z.B. die Förderung eines bestimmten Wirtschaftszweiges ohne Änderung oder Überprüfung der steuerlichen Belastung. Erlasse mit widersprüchlichen Zielen hemmen sich gegenseitig und berauben sich ihrer Wirkung wegen ihres Konfliktgehalts. .

574 Im Rahmen der Ausarbeitung eines Erlasses müssen zur Vermeidung von Widersprüchen und Zielkonflikten einzelne oder mehrere Normen anderer Erlasse aufgehoben, abgeändert oder ergänzt werden. Dies gilt z.B. dann, wenn neue staatsvertragliche Verpflichtungen eingegangen werden. Diese Abstimmungsarbeit stellt hohe rechtsetzungstechnische Ansprüche, weil durch die Änderung anderer Erlasse deren Systematik, Stil und innerer Zusammenhang nicht gestört werden dürfen. Die Harmonie der Rechtsordnung sollte deshalb unter dem Gesichtspunkt des zu schaffenden wie auch des geltenden Rechts gewahrt werden.

Vorgehen

575 Auf welche Weise kann ein Beitrag zur Harmonie der Rechtsordnung geleistet werden? Folgendes Vorgehen wird vorgeschlagen:

576 Wichtig ist, dass der gegenwärtige Rechtszustand genau aufgenommen und dass genau abgeklärt wird, in welchen Bereichen Widersprüche, Lücken, Unklarheiten, Überschneidungen und Zielkonflikte bestehen. Dies ist - trotz Systematischer Sammlung des Bundesrechts - wegen der Fülle und der Zersplitterung des Rechts-

stoffes ein schwieriges Unterfangen und bedingt teilweise umfangreiche Untersuchungen.

577 Durch Vergleiche des geltenden Rechts mit dem zukünftigen ergeben sich die Schnittstellen. Es genügt nicht, lediglich die verschiedenen Gesetzestexte miteinander zu vergleichen, sondern die zugehörige Praxis und ihre tatsächlichen Auswirkungen müssen ebenfalls mit berücksichtigt werden.

578 Ob Widersprüche und Zielkonflikte vorliegen, lässt sich allerdings nur dann exakt feststellen, wenn die wahrscheinliche Auslegung und die angestrebten Folgen der neuen Bestimmungen ebenfalls in die Überprüfung einbezogen werden.

579 Steht nach diesen vergleichenden Gegenüberstellungen fest, wo und wie das neue Recht in die geltende Rechtsordnung eingreift, ist zu prüfen, ob das Verhältnis der verschiedenen Normen durch die folgenden allgemeinen Kollisionsregeln genügend bestimmt wird:

- lex superior derogat legi inferiori: Internationales Recht geht dem internen Recht grundsätzlich vor; Bundesrecht geht interkantonalem und kantonalem Recht vor (Art. 49 Abs. 1 BV; für die Ausarbeitung von Bundesrecht ist diese Regel im Hinblick auf die Umsetzung relevant); die Verfassung geht den Gesetzen und diese den Verordnungen vor;
- lex posterior derogat legi priori: Das jüngere Recht geht dem älteren Recht vor;
- lex specialis derogat legi generali: Die speziellen Vorschriften gehen den allgemeinen Vorschriften vor; unklar ist allerdings gelegentlich, welche von zwei Normbereichen oder Bestimmungen spezieller sind.

580 Diese allgemeinen Kollisionsnormen sind als Faustregeln nicht immer zuverlässig und lassen auch Fragen offen. Deshalb ist es vorzuziehen, offene Widersprüche zwischen dem neuen (insbesondere staatsvertraglichen) und dem geltendem Recht durch die formelle Änderung des bisherigen Rechts zu beseitigen. Zudem ist das Verhältnis zwischen dem alten und dem neuen Recht wenn nötig mit besonderen übergangsrechtlichen Bestimmungen zu präzisieren (s. *Rz 1037 ff.*).

Regelungsdichte

Begriff

581 Der Begriff der Regelungsdichte wird für zwei verschiedene Sachverhalte verwendet:

- für den Detaillierungs- und Spezialisierungsgrad der einzelnen Regelungsbereiche (z.T. auch als Regelungstiefe bezeichnet; z.B. Baurecht);
- allgemeiner für das Verhältnis zwischen rechtlich normierten und regelungsfreien Räumen in einer Gesellschaft.

582 Im Folgenden wird der Begriff der Regelungsdichte im Sinne der ersten Definition verwendet: Die Regelungsdichte bestimmt somit im vorliegenden Zusammenhang, wie viele Einzelheiten ein Erlass aufweist. Enthält ein Erlass viele Einzelvorschrif-

ten, liegt eine hohe Regelungsdichte vor; liefert er nur Generalklauselartige Anweisungen, ist die Regelungsdichte tief. Je wichtiger ein Rechtsinhalt und je höher die Stufe der Rechtsformen, welche ihn regeln, ist, desto schwächer wird im Allgemeinen die Regelungsdichte. Bei einem Gesetz wird vermutlich die Regelungsdichte eher gering, bei einer Verordnung eher hoch sein; bei Verfahrensgesetzen ist aber oft das Gegenteil der Fall, weil sie das Verfahren umfassend regeln müssen.

Angemessene Regelungsdichte

583 Eine angemessene Regelungsdichte beachtet folgende Randbedingungen:

- die Tragweite des geregelten Sachgebietes;
- die Bedürfnisse der Adressatinnen und Adressaten (Rechtssicherheit);
- die Regelungsstufe.

584 Erlasse weisen eine zu hohe Regelungsdichte auf, wenn sie:

- Sachverhalte regeln, die problemlos auf unterer Erlassstufe geregelt werden könnten;
- atypische Sachverhalte regeln;
- unnötige Unterscheidungen treffen und Fragen beantworten, die niemand stellt;

Beispiel

- Artikel 106 BV ist für eine Verfassungsbestimmung eindeutig zu lang und mit Detailbestimmungen überladen. Dasselbe gilt für Artikel 95 Absatz 3; es handelt sich allerdings um den Text einer Volksinitiative (gegen die Abzockerei).

585 Erlasse weisen eine zu geringe Regelungsdichte auf, wenn sie:

- sich mit allgemeinen Grundsätzen begnügen statt präzise Verhaltensanordnungen vorzusehen;
- zu offen, zu kurz und lückenhaft sind;
- Zweifelsfälle ungeklärt lassen und brennende Fragen nicht beantworten;
- erhebliche Unterschiede verkennen.

Wahrung der Einheit der Materie

586 Der Gesetzgeber hat einen relativ grossen Spielraum bei der Aufteilung des Rechtsstoffs auf verschiedene Erlasse. Die Beurteilung, ob eine zu regelnde Materie in einem Erlass zusammengefasst oder auf verschiedene verteilt werden soll, ist abhängig vom Ziel und Zweck der neuen Bestimmungen, von ihrer Funktion (Querschnittfunktion) oder von der (gegenseitigen) Abhängigkeit der verschiedenen Teile. Massgebend für die Zusammenfassung der Regelungsmaterie in einem Erlass bzw. ihre Aufteilung in mehrere Erlasse sind demnach Zweckmässigkeitserwägungen. Zu beachten ist aber, dass solche Zusammenfassungen oder Aufteilungen mit Blick auf den Grundsatz der freien Willensbildung und unverfälschten Stimmabgabe (Art. 34 Abs. 2 BV) nicht willkürlich, also nicht nach sachfremden

Kriterien, vorgenommen werden dürfen. Die Stimmberechtigten dürfen (im Fall eines fakultativen Referendums) nicht gezwungen werden, mit einer einzigen Frage zu verschiedenen Regelungen Stellung zu nehmen, die sachlich nicht voneinander abhängig sind.

Es sind deshalb folgende Regeln zu beachten und Fragen zu beantworten: 587

- Ein Erlass soll nur eine Materie regeln, diese aber – im Rahmen der jeweiligen Normstufe – möglichst vollständig. Es ist also herauszufinden, was sachlich zusammengehört und was nicht.
- Sinnvoll Zusammenhängendes ist in einem Erlass zusammenzufassen.
- Was sich nicht gegenseitig bedingt, ist zu trennen.
- Es ist zu fragen:
  - Gehört diese Materie hierher?
  - Ist die Trennung oder Verbindung dieser Regelungen adressatengerecht?
  - Dient es der Einfügung in die bestehende Rechtsordnung, der Auffindbarkeit, Verständlichkeit und Handhabbarkeit der Regelung eher, wenn möglichst alle verwandten Sachgebiete in einem Erlass erfasst werden oder ist eine Aufteilung in mehrere Erlasse sachgerechter?

Beispiele

- Bundesgesetz vom 19. Juni 2015 über das Konsolidierungs- und Aufgabenüberprüfungspaket 2014 (AS 2015 4747);
- Bundesgesetz vom 26. September 2014 über das Informationsrecht des Opfers («Änderung des StGB, des JStG, der StPO und des MStP», AS 2015 1623).

Der Grundsatz der Einheit der Materie gilt gleichermassen für den Erlass von Gesetzen wie von Verordnungen. Allerdings ist es auf Verordnungsstufe weniger zwingend als auf Gesetzesstufe. Manchmal kann es sinnvoll sein, wenn es zu jedem Gesetz nur jeweils eine Verordnung gibt. 588

Beispiele

- Finanzhaushaltgesetz (FHG, SR 611.0) und -verordnung (FHV, SR 611.01);
- Bundesgesetz über Radio- und Fernsehen (RTVG, SR 784.40) und Radio- und Fernsehverordnung (RTVV, SR 784.401).

Manchmal können aber auch Gründe der Transparenz dafür sprechen, dass mehrere Verordnungen auf dem gleichen Gesetz basieren. 589

Beispiel

- Auf das Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG; SR 831.40) stützen sich acht verschiedene Verordnungen des Bundesrates (SR 831.4; eine Verordnung stützt sich auch auf ein weiteres Bundesgesetz).

Formulierung und Gliederung

590 Im vorliegenden Kapitel wird die Redaktion von Erlassen unter dem Aspekt der Strukturierung der Erlasse behandelt. Für die gesetzestechnischen Grundsätze der Erlassgestaltung s. auch GTR, Rz. 1 ff.

591 Die Sprache ist für die Wirkung und Anwendbarkeit eines Erlasses von zentraler Bedeutung. Was ein Gesetz meint und erreichen soll, wird ausschliesslich in seiner sprachlichen Formulierung erkennbar. Nur durch eine sorgfältige sprachliche Gestaltung kann gewährleistet werden, dass die Adressatin oder der Adressat in den Formulierungen auch erkennt, was der Wille des Gesetzgebers war.

592 Erarbeitung und Ausformulierung eines Erlasses gehen Hand in Hand. Die gedankliche Strukturierung eines komplexen Sachverhalts ist gewöhnlich nicht anders möglich, als dass man sie sich mit Hilfe sprachlicher Formulierungen schrittweise erarbeitet. Dabei ist Strukturierungsarbeit gewöhnlich nicht in einem Schritt zu leisten, sondern sie muss in stufenweiser Optimierung erfolgen. Es kann sich nämlich bei der Formulierung zeigen, dass ein Punkt doch nicht geklärt ist oder dass die Formulierung nicht dem entspricht, was man eigentlich festhalten und ausdrücken wollte.

593 Einen Text formulieren heisst deshalb, in ständiger Annäherung eine möglichst einfache und direkte Entsprechung zwischen gemeintem Inhalt und sprachlicher Darstellung finden.

Bedeutung der Gliederung

594 Die Gliederung und der Aufbau eines Erlasses sowie die Anordnung der einzelnen Vorschriften sind nicht nur für dessen Verständlichkeit und Übersichtlichkeit von grosser Bedeutung, sondern auch für die Anwendung und Auslegung der einzelnen Bestimmungen. Oft erschliessen sich die Zusammenhänge oder der Sinn einer Vorschrift erst aus ihrer systematischen Stellung innerhalb eines Erlasses. Es ist deshalb unumgänglich, die Materie zweckmässig und logisch zu gliedern sowie die Überschriften sorgfältig zu wählen.

595 Dabei gilt: Nur wer die Materie intellektuell im Griff hat, kann einen Erlass auch kohärent und übersichtlich gliedern. Ein Erlass kann nur klar formuliert werden, wenn das durch den Erlass zu erreichende Ziel und die Regelungsmaterie bekannt und der mit einem Gesetzgebungsprojekt beauftragten Person oder Amtsstelle vertraut sind. Die Struktur für die zu regelnde Materie und die Zusammenhänge zwischen den einzelnen Bestimmungen müssen logisch und sachlich konsistent bestimmt werden.

Eine unbefriedigende Systematik kann Ausdruck von Problemen auf materieller Ebene sein: Wenn ein Erlass sprachlich und in der Gliederung überkompliziert erscheint, ist zu prüfen, ob er nicht auch materiell zu kompliziert ist und bei der Rechtsanwendung zu Schwierigkeiten führen kann. Wenn die Systematik Probleme schafft, ist zu prüfen, ob für die Materie und den Zweck des Erlasses eine genügend klare und kohärente Konzeption besteht. 596

Systematik

Dem Text eines Erlasses muss eine klar erkennbare Systematik zu Grunde liegen. Man unterscheidet dabei zwischen der formellen und der materiellen Systematik. Die formelle Systematik bezieht sich auf die formelle Gestaltung ; die materielle Systematik bezieht sich auf die inhaltlich-gedankliche Ordnung innerhalb des Erlasses. 597

Die formelle Systematik bezieht sich auf den formellen Aufbau eines Erlasses. Sie kann helfen, in der Rechtsanwendung den Rechtsstoff schnell zu überblicken. Die Gliederung dient der Auffindbarkeit und der Erkennbarkeit der Normen sowie ihrer Einordnung in den Gesamtzusammenhang des Erlasses. Die Bedeutung einer Vorschrift ergibt sich oft erst aus dem Zusammenhang, in welchem sie steht. Es ist zu prüfen und zu entscheiden, wie der Regelungsstoff aufgeteilt werden soll z.B. in Teile, Titel, Kapitel, Abschnitte und Artikel (s. GTR, Rz. 70 ff.). Die materielle Gliederung kann nach verschiedenen Kriterien erfolgen (s. *Rz. 601*). Ein guter Aufbau ist für die Verständlichkeit eines Erlasses, für die Auslegung der Regelung und damit für deren Wirksamkeit von grosser Wichtigkeit. Voraussetzung für einen guten Aufbau ist allerdings, dass für die Materie zuvor ein Normkonzept erarbeitet worden ist (s. *Rz. 161 ff.*). 598

Die Systematik eines untergeordneten Erlasses (Verordnung) sollte wenn möglich derjenigen des übergeordneten (Gesetz) entsprechen. 599

Beispiel

- Bundesgesetz über Radio und Fernsehen (RTVG, SR 784.40) und Radio- und Fernsehverordnung (RTVV, SR 784.401).

Die gute innere Systematik zeichnet sich durch Widerspruchsfreiheit aus. Zu achten ist auf die Gefahr von Widersprüchen vor allem in folgenden Bereichen: 600

- Wertungswidersprüche, teleologische Widersprüche: Mit dem Erlass werden mehrere Ziele nebeneinander angestrebt, die sich widersprechen.
- Prinzipienwidersprüche: Das Normkonzept baut auf verschiedenen, miteinander nicht verträglichen Steuerungsprinzipien auf (Verursacherprinzip, Förderungsprinzip, Solidaritätsprinzip).
- Norm-Widersprüche: Es werden unterschiedliche Normtypen miteinander ver-

knüpft, die sich gegenseitig ausschliessen (Verbotsnorm und Norm, die Bewilligungspflicht vorsieht, Verjährungs- und Verwirkungsnorm usw.).

- Begriffliche oder terminologische Widersprüche: Es werden Begriffe aus verschiedenen Bereichen oder uneinheitliche Benennungen für den gleichen Begriff verwendet; zur Vermeidung solcher Widersprüche kann ein richtiger EDV-Einsatz (systematische Suche nach gewissen Begriffen) eine Unterstützung sein.

Gliederungskriterien

Übersicht

601 Für die Erlassgliederung gelten einerseits gesetzestechnische, andererseits aus der Sache zu entwickelnde Gliederungskriterien.

Gesetzestechnische Gliederungskriterien

602 Die Reihenfolge für Normen und Normtypen, die üblicherweise in den meisten Erlassen vorkommen, lässt sich überblicksmässig wie folgt zusammenfassen (s. dazu GTR, Rz. 1 ff.):

Mustergliederung	
Einleitung	Ziel/Zweck Geltungsbereich Begriffsbestimmungen
Hauptteil (innerhalb des Hauptteils wird vorwiegend nach sachlichen Gliederungskriterien strukturiert; s. dazu unten)	Organisation Verfahren Finanzierung Kosten Gebühren Strafbestimmungen
Schlussbestimmungen	Vollzug Aufhebung und Änderung anderer Erlasse Übergangsrecht Referendum Inkrafttreten

Sachliche Gliederungskriterien

603 Für die Strukturierung und Gliederung des Hauptteils können nicht unbedingt generelle, schematische Regeln angewendet werden; vielmehr muss die Erlassstruktur hier aus der Sache selbst entwickelt und der Sachstruktur angepasst werden. Unterschiedliche Sachbereiche erfordern unterschiedliche Vorgehensweisen. Es können sich für jeden Fall besondere Lösungen aufdrängen. Jedoch sollen sachlich gleiche Probleme (z.B. Gebührenerlasse oder Abschnitte über Gebühren) soweit wie möglich gleich gegliedert werden.

Allgemeine Grundsätze bei der Entwicklung einer Gliederung

Es sind gewisse Grundmuster erkennbar, an die man sich bei der Gliederung halten kann: *604*

- Chronologie: Vorgänge und Verfahrensabläufe sind in der Reihenfolge zu normieren, wie die Handlungen real in der Zeit aufeinander folgen.

Beispiele

  - Gesuch, Behandlung, Entscheid, Rechtsmittel, Vollzug;
  - Abfallverwertung: Sammeln, Befördern, Zwischenlagern, Verwerten, Beseitigen.

- Kausalzusammenhänge: Vorgänge, Sachverhalte und Verfahrensabläufe sind in der Reihenfolge zu normieren, wie sie kausal zusammenhängen, d.h. Ursache bzw. Vorbedingung vor Wirkung bzw. kausal Abhängigem.
- Organisatorische Hierarchien: Bei der Regelung z.B. von Kompetenzen von Behörden, die in einer hierarchischen Ordnung stehen, werden zuerst die oberen, anschliessend die untergeordneten Behörden erwähnt.
- Rollen der Personen, die an einem Handlungsbereich beteiligt sind: Bei der Regelung von Handlungsbereichen werden die Regelungen nach Handlungsbeteiligten gruppiert:
  - Regelungen von Kauf oder Miete: Es werden die Bestimmungen, die sowohl den Verkäufer/Vermieter wie den Käufer/Mieter betreffen von jenen getrennt, die nur den Verkäufer/Vermieter oder Käufer/Mieter betreffen.
- Logische Gliederungskriterien: Neben sachlichen Ordnungsprinzipien sind auch logische Ordnungsprinzipien von Bedeutung. Dabei gilt:
  - das Allgemeine vor dem Besonderen;
  - der Grundsatz vor dem Detail;
  - der Regelfall vor der Ausnahme.

  Nach dem Prinzip «Der Grundsatz vor dem Detail» soll bei Bewilligungen zuerst festgelegt werden, wer wofür eine Bewilligung benötigt; erst anschliessend soll das Verfahren geregelt werden.
- Normative Kriterien: Verwandt mit den logischen Gliederungskriterien sind herkömmliche Anordnungen für von der Dogmatik entwickelte Begriffe und Rechtsinstitute.
  - Bewilligung–Konzession; Gemeingebrauch–gesteigerter Gemeingebrauch–Sondernutzung; formelle–materielle Enteignung.
- Adressatenorientiertheit: Die Gliederung eines Erlasses muss den Erwartungen der Adressatinnen und Adressaten entgegenkommen. Die Systematik soll mit dem Zugang übereinstimmen, welche diese zu einem Problem wählen. Die Reihenfolge der Aussagen soll der Reihenfolge der Fragen entsprechen, wie sie gewöhnliche Leserinnen und Leser stellen. Das, was für diese wichtig ist,

soll vor anderen Problembereichen erwähnt werden. Beispielsweise sollen Regelungen, die sich an die direkt Betroffenen richten, den Regelungen über Kompetenzen von Behörden vorangehen.

- Zweckorientiertheit: Die Wichtigkeit der einzelnen Bestimmung hängt ausser von der Adressatenperspektive auch von ihrer Relevanz im Hinblick auf den Zweck eines Erlasses oder des entsprechenden Abschnitts ab, in dem eine Bestimmung erscheint. Was in den gleichen Zweckzusammenhang gehört, soll auch in der Gliederung zusammengenommen werden.
- Erkennbarkeit des Gliederungsprinzips: Die Gliederung soll auf einem klar erkennbaren Prinzip aufbauen; das Prinzip sollte aus dem inhaltlichen und logischen Verhältnis der Teile zueinander möglichst unmittelbar ersichtlich sein. Dies ist vor allem dann möglich, wenn das Gliederungsprinzip sich möglichst direkt an der üblichen Betrachtungsweise orientiert, mit der interessierte oder betroffene Personen an den Problembereich herangehen. Das gewählte Gliederungsprinzip soll möglichst einheitlich und konsequent angewendet werden. Damit kann die Leserin oder der Leser auch in komplizierteren Erlassen an der einzelnen Stelle den Überblick behalten.
- Allgemeine oder gemeinsame Bestimmungen vor speziellen Bestimmungen: Wenn für mehrere Teilbereiche gemeinsame oder allgemeine Bestimmungen gelten, sollen sie am Anfang des Erlasses oder eines Abschnitts zusammengefasst werden. Das gilt insbesondere für Geltungsbereich, Zweck, Begriffe und Grundsätze, welche bei der Anwendung des Erlasses zu beachten sind, sowie für Regelungen, welche verschiedene Erscheinungen gemeinsam betreffen, sofern die Gemeinsamkeiten häufig und umfangreich sind. Damit können oft auch Querverweise und Wiederholungen vermieden werden.
- Sachlich Zusammengehöriges soll räumlich zusammen erscheinen.
  - Es sollen Beiträge des Bundes an verschiedene Futtermittelproduzenten für verschiedene Futtermittel unter differenzierten Voraussetzungen und mit verschiedenen Auszahlungsmodalitäten geregelt werden. Es ist übersichtlicher, wenn als übergeordnetes Kriterium z.B. die Art des Futtermittels gewählt wird, als wenn nach Beteiligten gegliedert wird. Bei Anwendung des ersteren Prinzips werden die handlungs- und voraussetzungsmässigen Zusammenhänge direkter sichtbar als bei der zweiten Anordnung:

Schlecht:	a.	[1] Für das Futtermittel A zahlt der Bund x Franken. [2] Für das Futtermittel B zahlt der Bund y Franken.
	b.	[1] Der Beitrag des Bundes an das Futtermittel A wird vom Bundesamt P ausbezahlt. [2] Der Beitrag des Bundes an das Futtermittel B wird vom Bundesamt Q ausbezahlt
Besser:	a.	[1] Für das Futtermittel A zahlt der Bund x Franken. [2] Der Beitrag des Bundes wird vom Bundesamt P ausbezahlt.
	b.	[1] Für das Futtermittel B zahlt der Bund y Franken. [2] Der Beitrag des Bundes wird vom Bundesamt Q ausbezahlt.

Der Entscheid über den Aufbau

Im einzelnen Erlass muss aus dem zu regelnden Sachbereich heraus entschieden werden, welches Ordnungskriterium als Hauptprinzip gewählt werden soll. Regelt ein Erlass die Organisation eines Dienstes, so wird der Erlass vorzugsweise nach der Struktur des Dienstes aufgebaut (z.B. übergeordnete Stelle vor untergeordneter Stelle, zentrale Stellen vor den übrigen Stellen usw.). *605*

Sind mehrere Handelnde an einer Handlung beteiligt oder müssen Beziehungen oder Verpflichtungen zwischen Organen geregelt werden, so liegt oft die Gliederung nach dem Status der Beteiligten nahe (z.B. Bund–Kantone). *606*

Es kommt vor, dass beide Gesichtspunkte (Handlungsabfolge–Rollenverteilung) gleichzeitig angewendet werden können. Dabei ergibt die grundsätzliche Anordnung nach der Handlungsabfolge meist eine bessere Übersichtlichkeit. *607*

Übersichtlichkeit in der Bildung von Gliederungseinheiten

Die Gliederung eines Erlasses in einzelne grössere Einheiten und die Abfolge der einzelnen Einheiten sind von sehr grosser Bedeutung für die Verständlichkeit des Erlasses. Sie sind wichtig dafür, dass man sich im Normtext zurechtfindet, und sie sind wichtig für die Auslegung der einzelnen Norm aus ihrem systematischen Kontext heraus. Die Gliederung wirkt sich bis in die Details der einzelnen Normformulierungen aus. Ungünstige Gliederung kann zur Folge haben, dass Elemente ständig wiederholt werden müssen oder dass mit vielen internen Verweisen gearbeitet werden muss. *608*

Es lassen sich kaum allgemein gültige Regeln für eine gute Erlassgliederung formulieren. Sicher sollte die sog. Klammertechnik stets als Möglichkeit bedacht werden: dass man Bestimmungen, die für eine Vielzahl von Gliederungseinheiten allgemein gelten, als allgemeinen Teil vor (u.U. auch hinter) die Teile mit den besonderen Bestimmungen stellt. *609*

Bei der Verteilung einer Regelungsmaterie auf mehrere Artikel oder Absätze und bei der Wahl der Abfolge der einzelnen Bestimmungen gibt es oft so etwas wie ein «Natürlichkeitsprinzip»: Man folgt der Chronologie eines Ablaufs, die Regel kommt *610*

vor der Ausnahme, das Grundsätzliche vor den Einzelbestimmungen, das Vorausgesetzte vor Bestimmungen, die dieses voraussetzen usw. (s. *Rz. 604*).
Es sollen weder zu umfangreiche noch zu kleine Gliederungseinheiten (Absatz, Artikel, Abschnitt, s. GTR, Rz. 77 ff.) gebildet werden. Zu beherzigen ist deshalb die «Eugen-Huber-Regel». Nach dieser Grundregel sollte keine Texteinheit (z.B. Artikel oder Absatz) einen gewissen Umfang überschreiten:

1. pro Artikel höchstens drei Absätze;
2. pro Absatz ein Satz;
3. pro Satz ein Gedankengang.

611 Eine einzelne Norm kann manchmal so komplex sein (z.B. durch eine Mehrzahl von verschachtelten Bedingungen), dass man die Norm besser in zwei teilt oder eng zusammengehörende Sätze mit Semikolon/Strichpunkt abgetrennt. Sätze, die mehr als 15 Wörter umfassen, sind oft schwer verständlich. Aber lange Sätze können verständlich sein, wenn ihre Struktur deutlich ist. Insbesondere sollte eine Häufung von Nebensätzen vermieden werden.

Textbeispiel

- Art 140*e* Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1954 über die Erfindungspatente (PatG SR 232.14):
  «Das Zertifikat gilt ab Ablauf der Höchstdauer des Patents für einen Zeitraum, der der Zeit zwischen dem Anmeldedatum nach Artikel 56 und dem Datum der ersten Genehmigung als Arzneimittel in der Schweiz entspricht, abzüglich fünf Jahre. »
  Eine inhaltlich überfrachtete und kompliziert formulierte Norm; die Lösung liegt in einer Aufspaltung der Bestimmung in eine über den Beginn der Geltung und eine über die Geltungsdauer.
  Besser: «Das Zertifikat gilt vom Zeitpunkt an, da das Patent abgelaufen ist; seine Geltungsdauer entspricht dem Zeitraum zwischen dem Anmeldedatum und dem Datum der ersten Genehmigung in der Schweiz, abzüglich fünf Jahre. »

612 Die Tatsache, dass Artikel und höhere Gliederungseinheiten Sachüberschriften tragen müssen (s. GTR, Rz. 79 ff.), zwingt beim Setzen dieser Überschriften dazu zu prüfen, ob die Gliederungseinheiten, insbesondere die Artikel, normativ einheitlich gehalten sind. Auch wenn Absätze nicht auch noch Sachüberschriften tragen, ist es in jedem Fall hilfreich, sich zu fragen, welches die richtige Sachüberschrift für den Absatz wäre.

613 Es gibt viele Normen, die die gedankliche Form einer generellen Regel mit bestimmten Ausnahmen oder Vorbehalten haben. Die Regel mit ihren Beschränkungen ist eigentlich zusammengenommen die Norm, und deshalb ist die Versuchung gross, sie auch in einem einzelnen Satz zu realisieren. Aus Gründen der Verständ-

lichkeit empfiehlt es sich aber, die allgemeine Regel und die Ausnahmen sprachlich deutlich zu trennen.

Textbeispiel

- «Mit Ausnahme der Beschwerdeinstanz und des Berufungsgerichts können Bund und Kantone mehrere gleichartige Strafbehörden einsetzen. » Besser: «Bund und Kantone können mehrere gleichartige Strafbehörden einsetzen; ausgenommen sind …»

Kann ein Themenkomplex nicht in einer Texteinheit behandelt werden, sollte wenn möglich eine Aufgliederung in mehrere Teilthemen vorgenommen werden. Diese Teilthemen sollten jeweils für sich in einer Texteinheit zusammengefasst werden. Aus einem Absatz kann man so mehrere Absätze machen, aus mehreren Absätzen mehrere Artikel, aus mehreren Artikeln einen Abschnitt. Natürlich muss bei der Aufgliederung die innere Zusammengehörigkeit der Aussagen als oberstes Prinzip beachtet werden. *614*

Umgekehrt sollte auch keine allzu feine Gliederung eingeführt werden. Wenn mehrere Abschnitte hintereinander nur einen Artikel enthalten, kann dies ein Zeichen dafür sein, dass eine Gliederungsebene zu viel vorhanden ist. *615*

Anhänge zu Erlassen

Allgemeines

Erlasse des Bundesrechts werden vielfach durch Anhänge ergänzt: An den Normteil schliessen sich tabellarische oder als – zum Teil kommentierte – Listen konzipierte Anhänge an, die bestimmte Normen des Erlasses näher ausführen. Solche Anhänge bilden einen integralen Teil des Erlasses und teilen damit auch seine Rechtswirkungen. *616*

Die Gründe für den Einsatz von Anhängen sind vielfältig: *617*

- Ein Anhang enthält eine deskriptive Liste der vom Erlass betroffenen Verwaltungseinheiten und -handlungen.

Beispiele

- Anhang 2 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, SR 172.056.11), hinsichtlich der Leistungen, die dem Gesetz unterstellt sind;
- Anhang RVOV (SR 172.010.1).

- Der Anhang dient als stichwortartiger Abriss von Verfahrensabläufen.

Beispiel

- Anhang 4 der VöB (SR 172.056.11) über die Mindestangaben für die öffentliche Ausschreibung eines Auftrages im offenen oder selektiven Verfahren

- Der Anhang dient der tabellarischen Übersicht über Zuständigkeiten und Befugnisse der Verwaltungsbehörden.

Beispiel

- Anhänge 2 und 3 zur Verordnung über das Strafregister (VOSTRA-Verordnung; SR 331)

- Der Anhang dient dazu, Vorgaben des Völkerrechts (Begriffsbestimmungen usw.) in das schweizerische Recht zu übernehmen.

Beispiel

- Anhang 1 der Arzneimittel-Bewilligungsverordnung (AMBV; SR 812.212.1).

- In Anhängen finden sich Listen über Gebühren

Beispiel

- Anhang der Verordnung über die Gebühren für den Vertrieb von Publikationen des Bundes (Gebührenverordnung Publikationen; SR 172.041.11)

- Ein Anhang enthält Listen über fachspezifische oder geografische Bezeichnungen.

Beispiel

- Anhang zur Verordnung über das Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (VISOS; SR 451.12)

618 Für den Einsatz von Anhängen empfiehlt sich eine gewisse Zurückhaltung: Einerseits dürfen Ausführungen in den Anhängen nicht in Widerspruch stehen mit den materiellen Bestimmungen des Normteils eines Erlasses; andererseits sollte stets geprüft werden, ob ein Anhang tatsächlich erforderlich ist. Soll es lediglich darum gehen, die Normen des Erlasses für den Vollzug zu veranschaulichen, dann erweisen sich Erläuterungen und Kommentare, die als Kreisschreiben oder dergleichen verbreitet werden können, vielfach als tauglicheres Instrument als Anhänge.

Änderungen

619 Weil Anhänge Bestandteile des Erlasses sind, müssen Änderungen in den Anhängen vom gleichen Organ vorgenommen werden, von dem der Erlass stammt. Allerdings kann die Befugnis zur Änderung von Anhängen – unter Beachtung der Delegationsregeln – an eine untergeordnete Verwaltungseinheit delegiert werden (s. *Rz. 703 ff.*).

620 Sollen die in den Anhängen enthaltenen Anordnungen und Festlegungen aktualisiert und den internationalen Änderungen angepasst werden, wird von «Nachführung» der Anhänge gesprochen, die an Departemente oder Gruppen delegiert werden kann.

Beispiel

- Art. 16 Embargogesetz (EmbG; SR 946.231)

Publikation

621 Wegen ihres Umfangs oder ihrer Darstellungsweise kann die Veröffentlichung der Anhänge in der SR und in der AS Schwierigkeiten bereiten. Nach Massgabe von Artikel 5 PublG (SR 170.512) ist es daher zulässig, lediglich die Fundstelle – in einem anderen Publikationsorgan – oder eine Bezugsquelle anzugeben.

Beispiel

- Fussnote zu den Anhängen 1 und 2 zum Zolltarifgesetz vom 9. Oktober 1986 (ZTG; SR 632.10).

622 Verschiedentlich werden solche Anhänge von den zuständigen Bundesstellen auf dem Internet zugänglich gemacht.

Beispiel

- Fussnote zum Anhang 7 der Verordnung über Massnahmen gegenüber Syrien (SR 946.231.172.7)

Teil 3: Rechtliche Aspekte

9 Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen

Einleitung

Innerstaatliche Regelungen können grundsätzlich auf drei Ebenen erfolgen: 623

- Auf der Ebene des Bundes: Nach Artikel 3 und Artikel 42 Absatz 1 BV muss der Bund über eine Verfassungsgrundlage verfügen, um in einem Sachgebiet eine rechtliche Regelung treffen zu können.
- Auf der Ebene des Kantons: Die Kantone sind souverän, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist (s. Art. 3 BV).
- Auf der Ebene der Gemeinde: Die Gemeindeautonomie ist nach Massgabe des kantonalen Rechts gewährleistet. Ihre Ausgestaltung hängt also vom jeweiligen kantonalen Recht ab (s. Art. 50 Abs. 1 BV). Der Bund beachtet bei seinem Handeln die möglichen Auswirkungen auf die Gemeinden (Art. 50 Abs. 2 BV) und nimmt dabei Rücksicht auf die besondere Situation der Städte und der Agglomerationen sowie der Berggebiete (Art. 50 Abs. 3 BV).

Daneben gibt es die Möglichkeit, einen Bereich durch Verträge zwischen Bund und Kantonen sowie zwischen Kantonen oder zwischen Gemeinden zu regeln (s. Art. 48 BV; einschränkend zu rechtsetzenden Verträgen zwischen Bund und Kantonen: Bericht des Bundesrats vom 27. März 2002 über rechtsetzende Verträge zwischen Bund und Kantonen: www.bj.admin.ch > Staat & Bürger > Föderalismus). Die Ausführungen dieses Kapitels beschränken sich jedoch auf die Thematik der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen. 624

Die bundesstaatliche Kompetenzordnung

Die Verfassung regelt die Aufgabenverteilung zwischen Bund und Kantonen sowie das Verhältnis von Bund und Kantonen in den Artikeln 3, 5*a* und 42–49. 625

Artikel 3 enthält einen Verfassungsvorbehalt für Bundeskompetenzen, d.h. Bundeskompetenzen sind im Einzelfall durch eine ausdrückliche Ermächtigung in der Verfassung zu begründen. Artikel 42 Absatz 1 BV wiederholt diese Regel. 626

Die Kompetenzzuweisung an den Bund ist nach den Artikeln 3 und 42 Absatz 1 BV abschliessend. Zur Ermittlung der Bundeskompetenzen kann jedoch nicht bloss auf den Wortlaut der Bundesverfassung abgestellt werden. Neben den explizit genannten Bundeskompetenzen sind auch stillschweigende Bundeskompetenzen möglich. Diese können in implizite und inhärente Bundeskompetenzen unterteilt werden. 627

628 Implizite Kompetenzen (auch «Kompetenzen kraft Sachzusammenhang» genannt sind mit explizit genannten Kompetenzen eng verbunden oder können daraus abgeleitet werden.

Beispiele

- Lenkungsabgaben
- Gewährung von Abgeltungen und Finanzhilfen (s. den Ingress des Subventionsgesetzes, SuG; SR 616.1)
- Erlass von Nebenstrafrecht

629 Inhärente Kompetenzen kommen dem Bund aufgrund seiner Staatlichkeit zu. Es sind mit anderen Worten Aufgaben, die sich aus der Existenz und der Natur der Eidgenossenschaft ergeben. Der Bund kann aufgrund seiner inhärenten Kompetenz den Nationalfeiertag oder die Nationalhymne der Eidgenossenschaft bestimmen, Vereinbarungen über das Rütli treffen, Bundesbehörden schaffen und deren Organisation regeln sowie Massnahmen zum Schutze der äusseren und inneren Sicherheit des Bundes bzw. seiner Institutionen und Organe treffen.

Beispiele

- Vereinbarung betreffend das Rütli (BBl 2010 1725)
- Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS; SR 120, s. den Ingress der bis zum 01.06.2022 geltenden Fassung, AS 2006 3703)
- Botschaft betreffend die Verwendung von Goldreserven und ein Bundesgesetz über die Stiftung solidarische Schweiz (BBl 2000 3979, 4021)
- Botschaft zur Wiedergutmachungsinitiative (BBl 2016 101, 142)
- Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz (BBl 2014 2105, 2228)

Bundesrechtliche oder kantonalrechtliche Regelung? *Subsidiaritätsprinzip*

630 Art. 3 BV enthält eine subsidiäre Generalkompetenz zugunsten der Kantone. Danach sind staatliche Aufgaben den Kantonen zugeordnet, sofern die Verfassung nicht eine Bundeskompetenz enthält.

631 Die Verfassung nennt die Grundsätze, nach denen eine Aufgabe dem Bund zuzuweisen ist: Nach dem Grundsatz der Subsidiarität soll eine Aufgabe nur dann vom übergeordneten Gemeinwesen übernommen werden, wenn das nachgelagerte Gemeinwesen nicht in der Lage ist, diese selbst zu erfüllen oder diese einer einheitlichen Regelung bedarf (Art. 5*a* BV). Dieser Grundsatz gilt im Übrigen nicht nur im Verhältnis zwischen Bund und Kantonen, sondern auch zwischen Kantonen und Gemeinden. Aus dem Subsidiaritätsprinzip lässt sich aber nicht ableiten, dass ein gesamtschweizerisches Konkordat einer Vereinheitlichung durch Bundesgesetz vorzuziehen wäre. Artikel 43*a* BV konkretisiert den Subsidiaritätsgedanken. Er richtet sich an den Verfassungsgeber (Kompetenz-Zuordnungsregel) und an den

Gesetzgeber (Kompetenz-Ausübungsregel).

Durch Erlasse des Bundes werden häufig Rechtsetzungsspielräume der Kantone eingeengt oder beseitigt. Es können aber auch neue Aufgaben der Kantone verankert und Impulse für ihr staatliches Handeln gegeben werden (z.B. Opferhilfe als Aufgabe der Kantone, Art. 124 BV). Bundesrechtliche Regelungen können Vor- und Nachteile mit sich bringen. Deshalb ist eine sorgfältige Prüfung ihrer Notwendigkeit und ihres Umfangs erforderlich. Namentlich ist zu prüfen, in welchem Umfang ergänzende Regelungen der Kantone vorbehalten bleiben sollen. 632

Grundsätze der NFA

Für Botschaften zu Vorlagen, welche die Aufgabenteilung oder die Aufgabenerfüllung durch Bund und Kantone betreffen, sind, wo sinnvoll, Ausführungen zur Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips und des Prinzips der fiskalischen Äquivalenz zu machen. Dadurch soll bei allen an einer Vorlage Beteiligten eine bewusste Fokussierung auf diese Prinzipien sichergestellt und damit die Nachhaltigkeit der wichtigsten NFA-Prinzipien gefördert und eine Art institutionalisiertes Gegengewicht zu einer systemimmanenten Zentralisierungstendenz gebildet werden (s. Bericht des Bundesrats vom 12. September 2014 zur Einhaltung der Grundsätze der Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen [NFA]). 633

Kriterien für die Zuweisung einer Aufgabe

Alleinige Zuständigkeit der Kantone

Für eine alleinige Zuständigkeit der Kantone sprechen insbesondere folgende Kriterien: 634

- Verwandte Aufgaben werden bereits weitgehend in kantonaler Zuständigkeit erfüllt.
- Der Nutzen der Aufgabe bleibt auf die Kantonsgebiete beschränkt.
- Eine dezentrale Lösung kann zu Wettbewerb zwischen den Leistungsanbietern führen und damit kostensenkend und innovationsfördernd wirken.
- Es besteht eine besondere Nähe der Kantone zur Aufgabe und diese sind in der Lage, sie eigenständig wahrzunehmen.
- Die Vertrautheit gegenüber Personen und gegenüber dem Raum ist vorteilhaft.
- Es ist erwünscht, dass die Betroffenen vor Ort in die Mitverantwortung einbezogen werden.
- Die dezentrale Leistungserbringung ist wegen der Bürgernähe effektiver und bedürfnisgerechter.
- Den unterschiedlichen Bedürfnissen verschiedener Regionen kann mit nicht homogenen, individuellen Leistungen besser Rechnung getragen werden.
- Es bestehen unterschiedliche kulturelle, moralische und religiöse Vorstellungen oder Traditionen.

- Die interkantonale Zusammenarbeit bietet sich als Alternative zu einer Bundeskompetenz an.

Aufgabenzuweisung an den Bund

635 Für eine Aufgabenzuweisung an den Bund sprechen insbesondere folgende Kriterien:

- Es soll ein landesweit gleichmässiger Nutzen generiert werden.
- Eine einheitliche Lösung ist notwendig, um schwerwiegende Beeinträchtigungen der Chancengleichheit zu vermeiden.
- Es wird eine bundesstaatliche Kohäsion angestrebt.
- Es sollen Unterschiede in der Wohlfahrtsverteilung abgebaut werden.
- Eine dezentrale Lösung ist ineffizient, weil sie zu teuren Doppelspurigkeiten führt, hohen Koordinationsaufwand verursacht oder die Erzielung von Skaleneffekten verhindert.
- Die Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit stehen im Vordergrund.

Beispiele

- AHV
- individuelle IV-Leistungen

- Landesweit sind aus technischen Gründen einheitliche Regeln und Standards geboten.

Beispiele

- Regulierung des Finanzsektors
- Nationalstrassen (Betrieb einer Netzinfrastruktur)

Interkantonale Zusammenarbeit

636 Die Kantone können Aufgaben auch im Rahmen interkantonaler Zusammenarbeit erfüllen. Dass ein Teil der Kantone für sich allein nicht die Kapazitäten zur Erfüllung einer bestimmten Aufgabe hat, ist kein ausreichendes Argument für eine Lösung auf Bundesebene. Artikel 48 Absatz 4 BV ermöglicht es unter gewissen Bedingungen interkantonalen Organen, rechtsetzende Bestimmungen zu erlassen. Artikel 48*a* BV gibt dem Parlament zudem die Möglichkeit, in verschiedenen Aufgabenbereichen interkantonale Verträge allgemeinverbindlich zu erklären oder die Kantone zur Beteiligung an interkantonalen Verträgen zu verpflichten. Von dieser Kompetenz ist aber höchstens als ultima ratio Gebrauch zu machen und nur auf Antrag interessierter Kantone.

Organisations- und Finanzautonomie der Kantone

637 Im Zusammenhang mit der Aufgabenzuweisung an den Bund oder die Kantone ist auch zu prüfen, ob der Bund die Interessen und Kompetenzen der Kantone respektiert und deren Organisations- und Finanzautonomie wahrt (Art. 47 Abs. 2 BV).

Eingriffstiefe

Wird die Notwendigkeit für das Tätigwerden des Bundes bejaht, gilt es, den Umfang und die Eingriffstiefe seines Handelns festzulegen. Insbesondere sind die Instrumente zu bestimmen, mit welchen der Bund im Verhältnis zu den Kantonen tätig wird. Die verschiedenen Instrumente staatlichen Handelns (s. *Rz. 827 ff.*) sind aus föderalistischer Optik unterschiedlich zu bewerten. *638*

Instrumente des Bundes	Vorteile	Nachteile
Beratung, Dienstleistungen (z.B. Erarbeitung von Mustererlassen), Ausbildung, zur Verfügung stellen von Hilfsmitteln	Bescheidene Anforderungen an die verfassungsmässige Grundlage, «sanfte Steuerung»	Setzt bei den Kantonen Motivation voraus; kann Unterschiede zwischen den Kantonen kaum vermindern
Abgeltungen und Finanzhilfen	«Zielorientierte Steuerung»; mit dem Instrument der Programmvereinbarung kann sich der Bund auf Leistungsziele konzentrieren	Auswirkungen auf den Bundeshaushalt
Rechtliche Vorschriften mit Gestaltungsspielraum für die Kantone	Kantone können Lösungen entsprechend ihren Verhältnissen treffen	Vollzugsunterschiede zwischen den Kantonen
Rechtliche Vorschriften ohne Gestaltungsspielraum für die Kantone	Gesamtschweizerisch einheitliche Lösungen möglich	Keine massgeschneiderten kantonalen Lösungen mehr möglich

Fiskalische Äquivalenz

Der Grundsatz der fiskalischen Äquivalenz (Art. 43*a* Abs. 2 und 3 BV) verlangt eine Übereinstimmung von Nutzen-, Entscheid- und Kostenträger (vereinfacht ausgedrückt: «Wer zahlt, befiehlt.»). Ein und dasselbe Gemeinwesen (Bund, Kantone oder Gemeinden) sollen deshalb: *639*

- über die zu regelnden Leistungen bestimmen,
- von den Leistungen profitieren und
- allfällige damit verbundene Kosten tragen.

Als Leitfragen bei der Überprüfung, ob der Grundsatz der fiskalischen Äquivalenz beachtet wird, können herangezogen werden: *640*

- Welcher staatliche Ebene profitiert von den vom Rechtserlass erfassten Gütern oder Dienstleistungen? Handelt es sich um einen landesweiten Nutzen, so ist die Finanzierung der Leistungen Aufgabe des Bundes. Handelt es sich um einen Nutzen, der auf einzelne Kantone begrenzt ist, so ist die Finanzierung der Leistungen Aufgabe der Kantone.
- Entspricht die im Rechtserlass vorgenommene Aufteilung der Kosten für die Leistungen auf Bund und Kantone der Aufteilung der Entscheidkompetenzen bezüglich dieser Leistungen?

Ausführungen in der Botschaft

641 In den Vorlagen an das Parlament ist auszuführen, ob das Subsidiaritätsprinzip (Art. 5*a* und 43*a* Abs. 1 BV) und das Prinzip der fiskalischen Äquivalenz (Art. 43*a* Abs. 2 und 3 BV) eingehalten werden, wenn:

- die Vorlage die Aufgabenteilung oder die Aufgabenerfüllung durch Bund und Kantone substanziell tangiert und zudem ihre finanziellen Auswirkungen auf Bund oder Kantone mindestens 10 Millionen Franken betragen; oder
- absehbar ist, dass bei einer Vorlage die vorgesehene Aufgabenteilung oder Aufgabenerfüllung durch Bund oder Kantone besonders umstritten ist.

S. dazu die Ausführungen im Botschaftsleitfaden, Kap. 7.5.

Typologie der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen

Übersicht

642 In der schweizerischen Staatsrechtslehre werden für die Ermittlung der Kompetenzen des Bundes bzw. für die Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen verschiedene Kriterien verwendet. Nachfolgend werden die wichtigsten dargestellt.

Anknüpfungspunkte für die Zuweisung von Bundeskompetenzen

643 Für die Zuweisung einer Bundeskompetenz kann an folgende drei Punkte angeknüpft werden:

- Sach- oder Rechtsbereich (z.B. Militärwesen, Art. 60 BV; Banken und Versicherungen, Art. 98 BV);
- Problem oder Querschnittbereich (z.B. Umweltschutz, Art. 74 BV);
- Staatsfunktion (Rechtsetzung, Verwaltung und Rechtsprechung, z.B. Zuweisung der Umsetzung an die Kantone unter Vorbehalt der Bundesgesetzgebung: Tierschutz, Art. 80 Abs. 3 BV).

Verhältnis der Bundeskompetenzen zu den kantonalen Kompetenzen

644 Eine weitere Möglichkeit, die Zuständigkeiten von Bund und Kantonen darzustellen, richtet sich nach dem Verhältnis zwischen den Bundeskompetenzen und den kantonalen Kompetenzen:

- **Ausschliessliche Bundeszuständigkeit:** Der Bund ist ausschliesslich zuständig, die frühere kantonale Zuständigkeit geht mit der Schaffung der Bundeskompetenz in der Verfassung umgehend und vollständig verloren.

Beispiele

- Münzen und Banknoten (Art. 99 Abs. 1 BV)
- Zoll (Art. 133 BV)

- **Konkurrierende Kompetenz:** Die Kantone können soweit und solange Recht setzen, als der Bund es nicht tut. Dies ist der Regelfall der Kompetenzzuordnung auf Bund und Kantone.

Beispiel

- Umweltschutz (Art. 74 BV)

- **Parallele Zuständigkeiten**: Bund und Kantone sind im gleichen Gebiet nebeneinander tätig – je in ihrem Zuständigkeitsbereich und in gegenseitiger Abstimmung.

Beispiele

- Kulturförderung (Art. 69 Abs. 2 BV)
- Sicherheit (Art. 57 BV)
- Direkte Steuern (Art. 128 BV)

- **Subsidiäre oder bedingte Kompetenz:** der Bund wird kompetent, wenn die Kantone eine Materie nicht regeln.

Beispiel

- Harmonisierung des Schulwesens (Art. 62 Abs. 4 BV)

Umfang der Rechtsetzungskompetenzen

Die Bundeskompetenzen können ferner nach ihrem Umfang eingeteilt werden: *645*

- **Umfassende Bundeskompetenzen**: Der Bund ist befugt, dieses Gebiet oder die entsprechende Frage in jeder Hinsicht zu ordnen.

Beispiele

- Militärgesetzgebung (Art. 60 Abs. 1 BV)
- Eisenbahnen (Art. 87 BV)

- **Fragmentarische Bundeskompetenzen**: Der Bund darf nur einen Teilbereich regeln oder nur in eine bestimmte Richtung tätig werden.

Beispiele

- Transport und Lieferung von elektrischer Energie (Art. 91 Abs.1 BV); nicht aber deren Produktion.
- Schutz der Gesundheit (Art. 118 BV)
- Direkte Steuern (Art. 128 Abs. 1 BV)

- **Grundsatzkompetenzen**: Der Bund darf eine Materie nur in ihren Grundzügen regeln (…«der Bund legt Grundsätze fest»...). Gelegentlich wird in diesem Zusammenhang von Rahmengesetzgebung gesprochen. Details kann der Bund nur punktuell und in beschränktem Umfang regeln.

Beispiele

- Raumplanung (Art. 75 Abs. 1 BV)
- Wald (Art. 77 Abs. 2 BV)
- Fuss- Wander-, und Velowege (Art. 88 Abs. 1 BV)
- Nutzung

- **Förderungskompetenzen**: Der Bund hat bloss die Kompetenz zu fördern; grundsätzlich sind somit die Kantone für die Aufgabe zuständig.

Beispiel

- Sprachen (Art. 70 Abs. 3–5 BV)

Verpflichtung oder Ermächtigung

646 Schliesslich können die Bundeskompetenzen danach unterschieden werden, ob eine zwingende oder eine ermächtigende Bestimmung vorliegt. Eine *Muss-Bestimmung* findet sich beispielsweise in Artikel 107 BV betreffend Waffen und Kriegsmaterial, eine *Kann-Bestimmung* in Artikel 81 BV betreffend öffentliche Werke.

Kantonaler Spielraum bei bundesrechtlicher Regelung

Gestaltungsspielraum im Allgemeinen

647 Wenn eine bundesrechtliche Regelung erforderlich ist, kann den Kantonen ein Gestaltungsspielraum eingeräumt werden, beispielsweise durch:

- Zielvorgaben: den Kantonen Ziele vorgeben und die rechtlichen Mittel bereitstellen; den Kantonen Spielräume beim konkreten Mitteleinsatz gewähren.

Beispiel

- Luftreinhalte-Verordnung (LRV, SR 814.318.142.1), insbesondere Art. 31.

- Regelung des Rahmens, aber nicht aller Einzelheiten: Normieren von Grundsätzen, Mindest- oder Höchstvorschriften, Bereitstellen verschiedener Normierungsmöglichkeiten.

Beispiel

- Raumplanungsgesetz (RPG; SR 700)

Gestaltungsspielraum bei internationalen Angelegenheiten

648 Gemäss Artikel 54 Absatz 1 BV sind die auswärtigen Angelegenheiten Sache des Bundes. Die Vertragsabschlusskompetenz des Bundes im internationalen Bereich erstreckt sich auf alle Sachgebiete – einschliesslich derjenigen, die innerstaatlich zum Zuständigkeitsbereich der Kantone zählen, so etwa die Polizei, die Kultur, die Schule oder das Steuerrecht. Entsprechend geht die sachliche Zuständigkeit des Bundes im Rahmen der Aussenpolitik weiter als seine Gesetzgebungskompetenz. Jedoch richtet sich die Umsetzung völkerrechtlicher Verträge nach der Kompetenzordnung der BV. Tritt somit der Bund einem völkerrechtlichen Vertrag bei, dessen Gegenstand in die Zuständigkeit der Kantone fällt, darf er nicht gestützt auf diesen

Vertrag die nötigen Vollzugsbestimmungen erlassen. Diese Aufgabe kommt den Kantonen zu.

Beispiele zur Praxis der Bundesbehörden

- BBl 1994 II 624; 1999 1520; 2000 862; 2002 617; 2005 1015 und 1076; 2006 2191 und 2231

649 Der Bund hat aber Rücksicht auf die Zuständigkeit der Kantone zu nehmen und deren Interessen zu wahren (s. Art. 54 Abs. 3 BV). Er macht daher von seiner umfassenden Vertragsabschlusskompetenz zurückhaltend Gebrauch: Grundsätzlich schliesst er keine Verträge ab, welche kantonale Kompetenzen berühren und die von den Kantonen abgelehnt werden.

Beispiele

- Botschaft zur Ratifikation des Zusatzprotokolls zur Europäischen Charta der kommunalen Selbstverwaltung, BBl 2016 6969, 6971 f.
- Botschaft zu den Abkommen mit Albanien und Mazedonien über die polizeiliche Zusammenarbeit bei der Bekämpfung der Kriminalität, BBl 2006 2177, 2191
- Botschaft zum Abkommen mit Rumänien über die polizeiliche Zusammenarbeit bei der Bekämpfung der Kriminalität, BBl 2006 2217, 2231

650 Ausser dem Recht, völkerrechtliche Verträge abzuschliessen, verfügt der Bund zudem über die allgemeine Zuständigkeit in auswärtigen Angelegenheiten, d.h. er hat die Befugnis, innerstaatliche Rechtsakte wie Gesetze oder Kreditbeschlüsse zu erlassen, die die auswärtigen Beziehungen betreffen.

Beispiele

- Bundesgesetz über Massnahmen zur zivilen Friedensförderung und Stärkung der Menschenrechte (SR 193.9).
- Bundesgesetz über die von der Schweiz als Gaststaat gewährten Vorrechte, Immunitäten und Erleichterungen sowie finanziellen Beiträge (SR 192.12).
- Bundesgesetz über die Rückerstattung unrechtmässig erworbener Vermögenswerte politisch exponierter Personen (SR 196.1).

10 Grundrechte

Begriff

651 Grundrechte sind die in der Verfassung enthaltenen Rechte und Garantien, die das Individuum in seinem Verhältnis zum Staat schützen. Sie sind das *inner*staatliche Gegenstück zu den Menschenrechten, die in internationalen Übereinkommen verankert sind.

652 Der Begriff Menschenrechte umfasst die Gesamtheit der Garantien, welche die Vereinten Nationen in generellen (UNO-Pakte I und II) und speziellen Übereinkommen (z.B. Übereinkommen über die Rechte des Kindes [KRK], Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau [CEDAW]) verbrieft haben. Nicht alle Menschenrechte sind justiziabel; welche rechtliche Tragweite ihnen zukommt, ist von Fall zu Fall durch eine Analyse der jeweiligen völkerrechtlichen Normen zu bestimmen (vgl. Kapitel 11,Rz. 682 ff).

Die Grundrechte im innerstaatlichen Recht

Grundrechtskatalog und rechtsstaatliche Garantien

653 Die Bundesverfassung von 1999 hat einen grossen Teil der Grundrechte, wie sie in der alten Verfassung und in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung anerkannt waren, kodifiziert. Man spricht in der Schweiz seither vom «Katalog» der Grundrechte, geregelt in den Artikeln 7 bis 34 BV.

654 Die einzelnen Grundrechte sind geschützt und müssen in der gesamten Rechtsordnung zur Geltung kommen (Art. 35 Abs. 1 BV). Die Behörden von Bund und Kantonen sind gehalten, die im Katalog enthaltenen Rechte zu achten und zu ihrer Verwirklichung beizutragen (Art. 35 Abs. 2 BV).

655 Die Rechtssuchenden können sich auf diese Rechte berufen und deren ordnungsgemässe Anwendung durch die Behörden nachprüfen. Gegenüber anderen Privatpersonen können die Grundrechte grundsätzlich nicht geltend gemacht werden. Die Gesetzgebung kann die Grundrechte in den Beziehungen zwischen Privatpersonen aber indirekt umsetzen (Art. 35 Abs. 3 BV). In solchen Fällen dienen die verfassungsmässigen Grundrechte als Hilfe bei der Auslegung und Anwendung der Gesetzgebung.

Beispiele:

- Der Schutz der Persönlichkeit gegen Verletzungen (Art. 28 ZGB) setzt indirekt das Grundrecht der Persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 zweiter Satz BV) um;
- Der Schutz der Persönlichkeit der Arbeitnehmenden (Art. 328 OR) verpflichtet die Arbeitgebenden, die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 zweiter Satz BV) und in gewissem Umfang auch das Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 3 und 3 BV) zu respektieren.

Sozialziele

Die Sozialziele sind nicht Teil des Grundrechtskatalogs, denn sie begründen keine «Rechte», sondern legen nur Ziele sozialer Natur fest, auf deren Verwirklichung die Behörden hinarbeiten müssen. *656*

Sozialziele sind nicht justiziabel (Art. 41 Abs. 4 BV), und sie begründen keine neuen Zuständigkeiten (Art. 41 Abs. 3 BV). Ihre rechtliche Tragweite ist deshalb beschränkt; um aus ihnen justiziable Rechtsansprüche ableiten zu können, müssen sie zuerst gesetzlich umgesetzt werden. Die Sozialziele sind aber bei der verfassungskonformen und kohärenten Auslegung der Gesetze von Bund und Kantonen zu berücksichtigen. *657*

Die Menschenrechte auf internationaler Ebene

Ausser den Grundrechten der Bundesverfassung spielen bei der Auslegung von Gesetzesbestimmungen auch die jeweils einschlägigen internationalen Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte eine wichtige Rolle. *658*

Europäische Menschenrechtskonvention

Die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) ist für die Schweiz am 28. November 1974 in Kraft getreten. Die in der Konvention und ihren Zusatzprotokollen garantierten Menschenrechte und Grundfreiheiten sind in ihrer Tragweite mit den Grundrechten der Bundesverfassung vergleichbar. Das Bundesgericht behandelt sie in verfahrensrechtlicher Hinsicht seit jeher gleich wie diese (BGE 101 Ia 67). *659*

Geht der Schutz eines Grundrechts der Bundesverfassung oder einer kantonalen Verfassung über den der EMRK hinaus, gilt das schweizerische Recht (vgl. Art. 53 EMRK). Umgekehrt sind die Garantien der EMRK massgebend, wenn sie einen umfassenderen Schutz bieten. Letzteres hat das Bundesgericht in verschiedenen Fällen bejaht. *660*

Beispiele:

- Replikrecht im Haftprüfungsverfahren, Artikel 5 Absatz 4 EMRK (BGE 114 Ia 84, E. 3);
- Schutz des Familienlebens, Artikel 8 Absatz 1 EMRK (BGE 109 Ib 183, E. 2a).

Der EMRK kommt für die gesamte schweizerische Rechtsordnung grosse Bedeutung zu. Das Bundesgericht berücksichtigt die Urteile und anderen Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, auch wenn sie nicht die Schweiz betreffen. *661*

Beispiele:

- Die Regelung der fürsorgerischen Unterbringung (Art. 426 ff. ZGB) geht auf Artikel 5 EMRK zurück;
- Die 1979 erfolgte Revision des Militärstrafgesetzbuchs und des Militärstrafverfahrens hatte ihren Ursprung in einem Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (*Engel gegen die Niederlande*, Serie A, Band 22);
- Aus dem Urteil *De Cubber gegen Belgien* (Serie A, Band 86) zog das Bundesgericht vorsorglich die Konsequenzen, indem es das System der Personalunion von Untersuchungs- und Sachrichter als mit Artikel 6 Absatz 1 EMRK unvereinbar erklärte (vgl. BGE 112 Ia 290);
- In BGE 131 I 455, E. 1.2 anerkannte das Bundesgericht unter Berufung auf Urteile des Gerichtshofs gegen Bulgarien und gegen Österreich einen Anspruch auf eine wirksame und vertiefte amtliche Untersuchung, wenn jemand in vertretbarer Weise behauptet, von einem Polizeibeamten erniedrigend behandelt worden zu sein.

662 Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ist sehr umfangreich. Es ist deshalb wichtig, sich über den Stand der Rechtsprechung auf dem Laufenden zu halten. Verwiesen wird hier auf die Plattform des Gerichtshofs für Wissensaustausch (*La plateforme de partage des connaissances de la Cour [CEDH-KS]*; *The Court's Knowledge Sharing platform [ECHR-KS]*, die zum Ziel hat, Wissen über die Rechtsprechung zur Konvention auszutauschen, sowie auf die Quartalsberichte des Bundesamts für Justiz über die Rechtsprechung des Gerichtshofs.

Andere Menschenrechtsübereinkommen

663 Die UN-Generalversammlung hat im Bereich der Menschenrechte zahlreiche Konventionen verabschiedet. Die beiden generellen Menschenrechtsverträge sind die UNO-Pakte, der eine betrifft die bürgerlichen und politischen Rechte, der andere handelt von den sozialen Rechten. Die Pakte sind für die Schweiz am 18. September 1992 in Kraft getreten.

664
- Der UNO-Pakt I (Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, SR 0.103.1) gewährleistet Rechte, von denen das Bundesgericht annimmt, dass sie in der Regel keine unmittelbar durchsetzbaren Ansprüche begründen (vgl. BGE 130 I 113, E. 3.3, betreffend Erhöhung der Studiengebühren).
- Der UNO-Pakt II (Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte, SR 0.103.2) garantiert in den Artikeln 6 bis 27 die klassischen Menschenrechte. Diese Bestimmungen sind grösstenteils direkt anwendbar, und das Bundesgericht behandelt sie gleich wie die Rechte der EMRK (vgl. BGE 120 Ia

247, E. 5a; 122 I 109, E. 3c).

- Die Schweiz hat weitere UNO-Konventionen ratifiziert, solche, die dem Schutz spezieller Menschenrechte dienen. Diese Konventionen finden sich in der Systematischen Sammlung unter den Nummern SR 0.104 ff.

Die Rolle der Grundrechte bei der präventiven Kontrolle von Erlassen

Grundsatz der präventiven Rechtskontrolle

Artikel 141 Absatz 2 Buchstabe a des Bundesgesetzes über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG) verpflichtet den Bundesrat, sich in der Botschaft an die Bundesversammlung zur Verfassungsmässigkeit eines Erlassentwurfs zu äussern, insbesondere zu dessen Auswirkungen auf die Grundrechte. Auf diese Weise soll verhindert werden, dass der Bundesrat dem Parlament einen Entwurf unterbreitet, der mit der Verfassung nicht in Einklang steht. Daran zeigt sich die vorrangige Bedeutung, die den Grundrechten bei der präventiven Rechtskontrolle zukommt *665*

Der Umstand, dass die Gerichte einem Bundesgesetz, das sich als verfassungswidrig erweist, die Anwendung nicht versagen dürfen (Art. 190 BV), entbindet den Bundesgesetzgeber nicht davon, dafür zu sorgen, dass der Erlass grund- und menschenrechtskonform ist. Deshalb ist es wichtig, dass eine präventive Kontrolle der Verfassungsmässigkeit der Rechtserlasse, welche der Bundesrat dem Parlament vorschlägt, sichergestellt ist. Gleiches gilt für die Verordnungen des Bundesrats oder anderer Behörden. Die präventive Kontrolle wird namentlich durch das Verfahren der Ämterkonsultation und durch den Einbezug des Bundesamts für Justiz gewährleistet. *666*

Sieht der Erlass eine Einschränkung von Grundrechten vor, müssen die dafür erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sein. Präventive Rechtskontrolle ist notwendigerweise abstrakter Natur: Es muss sichergestellt sein, dass die vorgeschlagenen Bestimmungen grundrechtskonform angewendet werden können. Auch wenn sie verfassungskonform auszulegen sind, ist der Tragweite des Grundrechtseingriffs, der Möglichkeit eines hinreichenden verfassungsrechtlichen Schutzes bei einer späteren (konkreten) Normenkontrolle, den Umständen der Anwendung der Norm und, allgemeiner, der Wahrscheinlichkeit einer grundrechtskonformen Anwendung Rechnung zu tragen (zur verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung betreffend kantonale Erlasse vgl. BGE 145 I 73, E. 2, S. 83; 143 I 1, E. 2.3, S. 6).

Einschränkungen

Grundsätzlich sind Grundrechte nicht absolut geschützt. Das heisst, der Gesetzgeber kann Einschränkungen vorsehen. Dabei sind verschiedene Voraussetzungen zu berücksichtigen *667*

Die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts

668 Die Prüfung der Justiziabilität des Völkerrechts stellt auf den Charakter der Norm als "*self-executing*" ab (vgl. Rz. 682). Eine Reihe von Menschenrechten wird allerdings als zu bedeutend angesehen, als dass sie nicht eingehalten oder angewendet werden dürften. Diese Bestimmungen gelten als zwingend und können unter keinen Umständen eingeschränkt werden.

669 Die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts (*ius cogens*), decken sich mit den Regeln, über deren moralische und symbolische Bedeutung internationaler Konsens besteht. Die Staaten verpflichten sich, eine Norm, die zum *ius cogens* gehört, unter allen Umständen zu befolgen (und umzusetzen) (vgl. Rz. 446).

Die Grundfreiheiten

670 Die grosse Mehrheit der Grundrechte kann allerdings Einschränkungen unterworfen werden. Die Behörden sind grundsätzlich frei, solche Einschränkungen gesetzlich vorzusehen. Die Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, um den Schutzbereich eines Grundrechts rechtsgültig einschränken zu können, hängen von der Natur des jeweiligen Rechts ab. Bei den Grundfreiheiten (Art. 10 Abs. 2, 13 Abs. 1, 15 – 24, 27 und 28 BV) müssen die Behörden die Voraussetzungen von Artikel 36 BV beachten:

1. *Gesetzliche Grundlage*: Das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage erlaubt es, den staatlichen Eingriff demokratisch zu legitimieren; zudem dient es der Rechtssicherheit. Dabei sind verschiedene Elemente zu berücksichtigen:
   - Die gesetzliche Grundlage muss hinreichend klar sein, damit die von der Regelung betroffenen Personen ihr Verhalten danach ausrichten können.
   - Normstufe und Normdichte der gesetzlichen Grundlage hängen von der Schwere des Eingriffs ab. Je schwerer der Eingriff, desto höher die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage. Bei schweren Eingriffen bedarf es einer gesetzlichen Grundlage im formellen Sinn, dagegen kann bei leichten Eingriffen eine gesetzliche Grundlage im materiellen Sinn (z.B. eine Verordnung) genügen.

Beispiel:

- Ein Kundgebungsverbot stellt einen schweren Eingriff in die Versammlungsfreiheit dar (BGE 148 I 19), und die Vernichtung eines Mobiltelefons einen schweren Eingriff in das Eigentum (Urteil 1B_493/2021 vom 10.1.2022).

– Gestützt auf den Wortlaut der gesetzlichen Grundlage müssen die rechtsanwendenden Behörden in der Lage sein, sich grundrechtskonform zu verhalten.

Beispiel:

- Einem Unternehmen, das in allen Waldgebieten des Kantons Genf Spiele in Freien organisieren wollte, eine generelle Bewilligung zu verweigern, stellt keinen schweren Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit dar, weil punktuelle und lokal begrenzte Bewilligungen möglich sind (Urteil 2C_397/2023 vom 24.5.2024).

2. *Öffentliches Interesse:* Die Einschränkung des Grundrechts muss im öffentlichen Interesse liegen. Zu denken ist in erster Linie an Vorkehrungen des Staates zur Erfüllung seiner Aufgaben im Interesse des Gemeinwohls, insbesondere der Schutz der Polizeigüter (öffentliche Ruhe und Ordnung, öffentliche Sittlichkeit, Sicherheit und Gesundheit, guter Glaube im Geschäftsverkehr) sowie an Massnahmen zum Schutz von Grundrechten Dritter.

3. *Verhältnismässigkeit*: Die Einschränkung muss gemessen am Zweck, den sie verfolgt, verhältnismässig sein. Das Erfordernis gliedert sich in drei Teilaspekte:
   – Eignung: Die Massnahme muss geeignet sein, den im öffentlichen Interesse verfolgten Zweck zu erreichen;
   – Erforderlichkeit: Die Massnahme muss zur Erreichung des Zwecks erforderlich sein; sie muss mit anderen Worten unterbleiben, wenn auch eine mildere Massnahme genügt;
   – Verhältnismässigkeit von Eingriffszweck und Eingriffswirkung (Verhältnismässigkeit i.e.S.): Zwischen dem mit der Massnahme verfolgten Zweck und ihren Auswirkungen auf die betroffene Person muss ein angemessenes Verhältnis bestehen. Es gilt, das öffentliche Interesse und die privaten Interessen gegeneinander abzuwägen.

4. *Wahrung des Kerngehalts der Grundrechte*: Der Kerngehalt der Grundrechte ist unantastbar.

Beispiel:

- Eine gesetzliche Grundlage, welche in einer Gesundheitskrise die zulässige Teilnehmerzahl an Versammlungen auf zehn Personen beschränkt (Eingriff in die Versammlungsfreiheit, Art. 22 BV), liegt im öffentlichen Interesse (Schutz der Gesundheit). Die Massnahme ist verhältnismässig, denn eine Beschränkung auf eine bestimmte Personenzahl ist geeignet, die Übertragung eines Virus zu begrenzen, und sie ist zudem erforderlich, um dessen Verbreitung zu kanalisieren. Die Verhältnismässigkeit i.e.S. ist auf

der Grundlage der genauen Fakten zu beurteilen, die über das Virus, über die Art, wie es sich verbreitet, und über das Ansteckungsrisiko bekannt sind. Gemessen an diesen Kriterien muss dann eine Beschränkung auf zehn Personen als die sicherste Massnahme erscheinen. Der Kerngehalt der Versammlungsfreiheit schliesslich ist deshalb gewahrt, weil man nicht etwa verboten hätte, dass sich zwei (oder mehrere) Personen treffen und sich austauschen können.

Die anderen Grundrechte und Grundfreiheiten

671 Die vier beschriebenen Voraussetzungen zur Einschränkung von Grundrechten sind auf die individuellen Freiheitsrechte zugeschnitten (BBl 1997 I 194). Bei der Frage, ob sie auch auf die anderen Grundrechtsgarantien anwendbar sind, gehen die Meinungen auseinander. Es ist aber bereits vorgekommen, dass das Bundesgericht und die Doktrin diese Voraussetzungen auch bei anderen Garantien herangezogen hat (vgl. Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, N 302 ff.).
Einschränkungen der anderen Grundrechtsgarantien sind allerdings mit den für die jeweilige Garantie einschlägigen Argumenten zu begründen. Artikel 36 BV kann zwar als Denkmuster dienen, aber gewisse Aspekte bedürfen jeweils einer vertieften Prüfung.

Beispiele:

- Bei einer Einschränkung des Gleichheitsgebots (Art. 8 Abs. 1 BV) muss der Gesetzgeber triftige Argumente vorlegen, warum eine Ungleichbehandlung notwendig ist. Es muss ein legitimes öffentliches Interesse bestehen, und die Verhältnismässigkeit bedarf einer detaillierten Prüfung (BGE 149 I 125 - Grundstücksteuer).
- Einschränkugen der Verfahrensgarantien (Art. 29 – 32 BV) sind nur zulässig, wenn sie durch ein dringendes, höhergewichtiges Bedürfnis gerechtfertigt sind. Solche Einschränkungen müssen immer gesetzlich verankert sein. Gewisse Teilgehalte der Verfahrensgarantien gelten allerdings als *ius cogens*, wie der Grundsatz *nulla poena sine lege* (Art. 31 Abs. 1 BV) oder der Anspruch auf ein unabhängiges Gericht (Art. 30 Abs. 1 BV). Die Verhältnismässigkeit von Einschränkungen der Verfahrensrechte ist einer strengen Prüfung zu unterziehen.
- Für einen genügenden Rechtsschutz kommt der Rechtsweggarantie (Art. *29a* BV) besondere Bedeutung zu; das gilt für alle Rechtsgebiete. Bei der Prüfung von Gesetzesentwürfen muss deshalb sichergestellt werden, dass die Vorlage einen ausreichenden Zugang zur Justiz gewährleistet. Allfällige Ausnahmen müssen auf einer formell-gesetzlichen Grundlage beruhen (BGE 149 I 146 – Ermessenssubvention).

11 Vereinbarkeit mit internationalem Recht

Übersicht

Das internationale Recht ist qualitativ und quantitativ ein wesentliches Element unserer Rechtsordnung. Dies zeigt bereits ein Blick in den internationalen Teil der Systematischen Sammlung des Bundesrechts (Nummerierung mit vorangestellter Null). Die völkerrechtlichen Verträge beschlagen die gesamte staatliche Tätigkeit und wirken sich massgeblich auf das innerstaatliche Recht aus. 672

Grundlagen

Begriff und Geltungsbereich

Das internationale Recht, in der herkömmlichen Terminologie auch als Völkerrecht bezeichnet (droit international public; diritto internazionale pubblico bzw. diritto delle genti; public international law), regelt die zwischenstaatlichen Beziehungen. Ferner gehören zum Regelungsgegenstand des Völkerrechts auch Rechte und Pflichten von Personen innerhalb der einzelnen Staaten (Menschenrechtsschutz, internationales Strafrecht) sowie die internationalen Organisationen und deren Verhältnis zu den Staaten. 673

Völkerrechtliche Bindungen können bilateral, multilateral, regional oder global sein. Eine spezielle Stellung hat das Recht der Europäischen Union (sog. Europarecht; droit européen; diritto Europeo; European law). Es entwickelt sich hier eine Rechtsordnung «sui generis», die sich immer weniger in traditionellen völkerrechtlichen Kategorien erfassen lässt. 674

Rechtsquellen

Die wichtigste Quelle des internationalen Rechts sind die völkerrechtlichen Verträge. Weitere Quellen sind die übereinstimmende Praxis der Staaten (Völkergewohnheitsrecht) und die wesentlichen Prinzipien nationaler Rechtsordnungen (allgemeine Rechtsgrundsätze). Diese Rechtsquellen sind festgehalten in Artikel 38 Abs. 1 Bst. a - c des Statuts des Internationalen Gerichtshofs vom 26. Juni 1945 (IGH-Statut; SR 0.193.501). 675

Keine Völkerrechtsquellen sind demgegenüber gerichtliche Entscheide und die Doktrin; sie sind aber immerhin Hilfsmittel zur Feststellung der Rechtsnormen (Art. 38 Abs. 1 Bst. d IGH-Statut). Wichtig sind dabei vor allem die Urteile des Internationalen Gerichtshofs (IGH) in Den Haag. 676

Neben diesen sogenannten primären Rechtsquellen hat sich eine sekundäre Quelle des Völkerrechts entwickelt: Gewisse Gründerverträge internationaler Organisationen ermächtigen ihre Organe zu Beschlüssen, die für die Mitgliedstaaten verbindlich sind. Beispielsweise sind die in den Resolutionen des UNO-Sicherheitsrats enthaltenen Beschlüsse gemäss Artikel 25 der Charta der Vereinten Nationen vom 26. Juni 1945 (SR 0.120) für die Mitgliedsstaaten verbindlich. 677

«Soft law»

678 Als «soft law» werden Regeln bezeichnet, die zwar nicht rechtlich verbindlich sind, aber dennoch eine gewisse (eben «weiche») Relevanz aufweisen. Dazu zählen beispielsweise Resolutionen der UNO-Generalversammlung, nicht bindende internationale Abkommen, etwa im Rüstungskontrollbereich, oder Empfehlungen des Europarates. Durch Praxis und Rechtsüberzeugung der Staaten kann sich «soft law» zu Völkergewohnheitsrecht verfestigen.

Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht

Verhältnis zum Landesrecht

679 Das Verhältnis zwischen dem internationalem Recht und dem Landesrecht wird von drei Elementen bestimmt:

- Geltung: Erlangt das Völkerrecht innerstaatlich unmittelbare Rechtskraft (Monismus), oder muss es vom betreffenden Staat zuvor mit einem landesrechtlichen Erlass übernommen werden (Dualismus)?
- Anwendbarkeit: Kann das Völkerrecht von den rechtsanwendenden Behörden und Gerichten direkt angewendet werden, oder muss es zuvor vom Gesetzgeber konkretisiert werden?
- Rang: Geht das Völkerrecht im Konfliktfall dem Landesrecht vor, oder tritt es vor ihm zurück?

Nachfolgend werden diese drei Elemente näher erläutert.

Geltung

680 Die schweizerische Rechtsordnung ist monistisch. Nach Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrags erlangt dieser mit seinem völkerrechtlichen Inkrafttreten automatisch innerstaatliche Geltung. Ein Umsetzungs- oder Transformationsakt ist nicht erforderlich (anders als in dualistischen Staaten wie Italien oder Deutschland).

681 Der Monismus kommt in der Bundesverfassung namentlich dadurch zum Ausdruck, dass diese kein Verfahren vorsieht, um Völkerrecht in Landesrecht zu transformieren. Die Genehmigung der völkerrechtlichen Verträge durch die Bundesversammlung stellt keinen Transformationsakt dar. Dies ergibt sich daraus, dass die Genehmigung nicht im Gesetzgebungsverfahren erfolgt, sondern als Bundesbeschluss (Art. 163 Abs. 2 BV). Dieser wird nach ständiger Praxis zusammen mit dem Vertrag in der Amtlichen Sammlung des Bundesrechts publiziert.

Anwendbarkeit

682 Internationales Recht ist innerstaatlich direkt anwendbar (justiziabel, «self-executing»), wenn es so konkret und bestimmt ist, dass Personen daraus Rechte ableiten und vor Verwaltungs- und Gerichtsbehörden geltend machen können. Dementsprechend kann das Bundesgericht Streitigkeiten wegen Verletzung von Völkerrecht beurteilen (Art. 189 Abs. 1 Bst. b BV).

683 Um einzelne Personen zu verpflichten, müssen völkerrechtliche Verträge allerdings in der Amtlichen Sammlung des Bundesrechts publiziert worden sein (Art. 8 PublG).

684 Als nicht direkt anwendbar (nicht justiziabel, «non-self-executing») gelten demgegenüber Normen programmatischer Natur oder Bestimmungen, welche sich an den Staat als Verpflichtungsadressaten richten. Solche Bestimmungen sind umsetzungsbedürftig, das heisst sie müssen vom Gesetzgeber noch konkretisiert werden, bevor sie für Private Rechte und Pflichten begründen und vor Verwaltungs- und Gerichtsbehörden geltend gemacht werden können (*Rz. 531 ff.*).

685 Konkretisieren kann etwa heissen, in einem Erlass festzulegen, welche Personen genau Berechtigte oder Verpflichtete sind oder in welchem exakten Umfang ein Recht oder eine Pflicht besteht (Festlegung der Anspruchsvoraussetzungen). Konkretisieren bedeutet ferner auch die Festlegung der Behördenzuständigkeit und der Beschwerdemöglichkeiten (Festlegung von Zuständigkeiten und Verfahren).

686 Auch beim EU-Recht, das die Schweiz in einem bilateralen Abkommen übernommen hat, stellt sich die Frage nach der direkten Anwendbarkeit.

- EU-Verordnungen sind grundsätzlich in jedem EU-Mitgliedstaat verbindlich und gelten unmittelbar. Sie dürfen von den Mitgliedstaaten nicht konkretisiert werden. Weil die Schweiz nicht Mitglied der Union ist, gilt dieser Grundsatz für sie nicht. Ob eine EU-Verordnung, die in einem bilateralen Abkommen aufgeführt ist, in der Schweiz direkt anwendbar ist oder ob sie im Landesrecht konkretisiert werden muss, bestimmt sich nach den allgemeinen Regeln über die Auslegung völkerrechtlicher Verträge. Massgebend ist demnach, ob die fraglichen Verordnungsbestimmungen direkt anwendbar sind oder nicht.
- EU-Richtlinien müssen in den EU-Mitgliedstaaten zwingend in ihr nationales Recht umgesetzt werden. Die Schweiz hat auch hier einen Spielraum. Ins Landesrecht umgesetzt werden müssen nur diejenigen Richtlinienbestimmungen, die nicht direkt anwendbar sind. Hinzu kommt: Was nicht Rechtsatzqualität hat, gehört nicht in rechtsetzende Erlasse (Art. 22 Abs. 4 ParlG, SR 171.10). Kommentierende Teile einer EU-Richtlinie können in Vollzugshilfen wie Verwaltungsweisungen, Checklisten und dergleichen integriert werden (vgl. *Rz. 547 ff*). Bei Bundesgesetzen genügt unter Umständen eine Erwähnung in der Botschaft.

Rang

687 Die Frage des Rangs einer völkerrechtlichen Bestimmung stellt sich, wenn diese innerstaatliche Geltung erlangt hat, direkt anwendbar ist und in Konflikt zum Landesrecht steht, also eine völkerrechtskonforme Auslegung des Landesrechts nicht möglich ist. Die Bundesverfassung enthält keine ausdrückliche Regel zur Lösung solcher Konflikte.

688 Vor diesem Hintergrund hat das Bundesgericht die sog. «Schubert-Praxis» (BGE 99 Ib 39) bzw. die «PKK-Rechtsprechung» (BGE 125 II 417) entwickelt. Vereinfacht dargestellt lauten die damit begründeten Konfliktregeln wie folgt:

1. Völkerrecht geht dem Landesrecht prinzipiell vor (Grundsatz).
2. Hat aber die Bundesversammlung einen Verstoss gegen das Völkerrecht in Kauf genommen oder sogar beabsichtigt, so geht das entsprechende Bundesgesetz vor (Ausnahme).
3. Internationale Menschenrechtsgarantien, wie sie beispielsweise die EMRK verankert, gehen jedoch widersprechenden Bundesgesetzen stets vor (Gegenausnahme); noch nicht geklärt ist, ob auch das Freizügigkeitsabkommen mit der Europäischen Union dem Landesrecht vorgeht (befürwortend: BGE 142 II 35, E. 3.3; ablehnend BGE 6B_378/2018, E 4.3.4 und BGE 6B_48/2019).

689 Zu einzelnen Fragen, insbesondere betreffend Konflikte zwischen Verfassungs- und Völkerrecht, besteht noch keine gefestigte Behörden- und Gerichtspraxis.

690 Vom Vorrang des Völkerrechts (im Sinne einer Konfliktregel) ist der in einigen wenigen Bundeserlassen verankerte Vorbehalt des internationalen Rechts zu unterscheiden (z.B. Art. 1 Abs. 2 URG [SR 231.1]: «Völkerrechtliche Verträge bleiben vorbehalten»; ähnl. auch Art. 1 Abs. 2 IPRG [SR 291] oder Art. 2 AIG [SR 142.20] mit einem Hinweis auf den Vorbehalt bestimmter Abkommen). Solche Bestimmungen sollten jedoch wenn möglich vermieden werden, weil sie bloss deklarativ sind.

691 Als nützlich und zunehmend gebräuchlich erweisen sich indessen Normen, die den Bundesrat verpflichten, Ausführungsvorschriften unter Berücksichtigung internationaler Normen und Empfehlungen zu erlassen.

Beispiele

- Art. 4 Abs. 2 Bundesgesetz über die Produktesicherheit (PrSG; SR 930.11);
- Art. 39 Abs. 1 Chemikaliengesetz (SR 813.1).

Verbindlichkeit des Völkerrechts

692 Im internationalen Verhältnis muss die Schweiz für Abweichungen von ihren völkerrechtlichen Verpflichtungen gemäss den völkerrechtlichen Verantwortlichkeitsbestimmungen einstehen. Artikel 26 des Wiener Übereinkommens vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge (WVK; SR 0.111) enthält den Grundsatz «pacta sunt servanda» (Verträge sind einzuhalten). Nach Artikel 27 WVK kann sich eine

Vertragspartei zudem nicht auf ihr innerstaatliches Recht berufen, um die Nichterfüllung eines Vertrags zu rechtfertigen.

Hilfsmittel

- Bericht des Bundesrats vom 5. März 2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht (BBl 2010 2263)
- Zusatzbericht des Bundesrats vom 30. März 2011 zum Bericht vom 5. März 2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht (BBl 2011 3613)

Prüfung eines Erlassentwurfs auf seine Vereinbarkeit mit dem internationalen Recht

693 Bei der Erarbeitung von Erlassentwürfen ist die Übereinstimmung mit den durch die Schweiz eingegangenen internationalen Verpflichtungen zu prüfen. Es ist deshalb unerlässlich, den internationalen Teil der Systematischen Sammlung des Bundesrechts zu konsultieren.

694 Gegebenenfalls ist bei der Direktion für Völkerrecht (DV) des EDA nachzufragen, ob die zur Verfügung stehenden Rechtsquellen vollständig sind. Die DV kann auch um eine Erläuterung bzw. Auslegung einer Bestimmung des internationalen Rechts ersucht werden.

695 In die Botschaften des Bundesrates an die Bundesversammlung muss – soweit substanzielle Angaben dazu möglich sind – ein Kapitel aufgenommen werden, das der Prüfung der Übereinstimmung eines Erlassentwurfs mit internationalen Verpflichtungen gewidmet ist (Art. 141 Abs. 2 Bst. a ParlG).

Verhältnis zum Recht der EU

696 Die Botschaften des Bundesrates an die eidgenössischen Räte und in die Anträge für Verordnungen müssen ein Europakapitel enthalten. Im Europakapitel der Botschaft ist bei Rechtsvorlagen mit grenzüberschreitenden Auswirkungen generell darzulegen, wieweit das geplante schweizerische Recht mit dem bestehenden oder in Vorbereitung befindlichen europäischen Recht, an das die Schweiz völkerrechtlich nicht gebunden ist, vereinbar ist. Ziel ist die Verhinderung von ungewollten und unnötigen Rechtsunterschieden, die die grundsätzlich angestrebte gegenseitige Anerkennung der Rechtsvorschriften behindern würden (s. BBl 1988 III 249, 380). Im Europakapitel ist hingegen nicht zu prüfen, ob das Gesetzgebungsprojekt mit den bilateralen Verträgen zwischen der Schweiz und der EU übereinstimmt; diese Prüfung erfolgt in einem separaten Kapitel der Botschaft im Rahmen der Prüfung der Vereinbarkeit der Vorlage mit dem internationalen Recht.

697 Für die Prüfung der EU-Rechts-Kompatibilität ist folgendes Verfahren vorgesehen (s. BBl 1988 III 249, 457):

- Die für den Gesetzes- oder Verordnungsentwurf zuständige Bundesstelle beschreibt selbst die europäische Rechtslage und nimmt Stellung zum Verhältnis des Rechtsetzungsentwurfs zum europäischen Recht;

- die Direktion für europäische Angelegenheiten überprüft den Text unter dem integrationspolitischen Aspekt und klärt ab, ob alle wichtigen in der EU im Gange befindlichen Entwicklungen berücksichtigt sind;
- die Direktion für Völkerrecht behandelt alle völkerrechtlichen Fragen, die sich bei der Entwicklung der Beziehungen zwischen der Schweiz und der EU stellen;
- das Bundesamt für Justiz unterstützt die zuständige Bundesstelle bei der Rechtsetzung und macht nötigenfalls Vorschläge, um die Vereinbarkeit des schweizerischen mit dem europäischen Recht sicherzustellen.

12 Legalitätsprinzip, Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen und Verweisungen

Legalitätsprinzip

Grundsatz

Das Legalitätsprinzip oder Prinzip der Gesetzmässigkeit ist in Artikel 5 Absatz 1 BV verankert, wonach das Recht Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist. Das Legalitätsprinzip bildet die Grundlage unserer Rechtsordnung. Es besagt, dass sich ein staatlicher Akt auf einen generell-abstrakten Erlass stützen muss, der hinreichend bestimmt, vom zuständigen Organ auf der richtigen Regelungsebene erlassen sowie genügend kundgemacht worden ist (Art. 8 PublG; s. *Rz. 32 ff.*). *698*

Generell-abstrakt ist ein Erlass (Gesetz, Verordnung usw.) dann, wenn sich die Anordnung an einen unbestimmten Adressatenkreis richtet – also generell ist – und sich auf eine unbestimmte Menge konkreter Sachverhalte bezieht – d.h. abstrakt ist (zum Begriff des Rechtssatzes s. *Rz. 542 ff.*). *699*

Das Legalitätsprinzip dient einerseits dem demokratischen Anliegen der Sicherung der staatsrechtlichen Zuständigkeitsordnung, andererseits dem rechtsstaatlichen Anliegen der Rechtsgleichheit und der Vorhersehbarkeit des staatlichen Handelns (s. BGE 123 I 1, S. 3 mit Hinweisen). Es verlangt jedoch nicht, dass sämtliches Staatshandeln bis in alle Einzelheiten durch generell-abstrakte Normen vorprogrammiert ist. Im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben (namentlich Art. 36 und 164 BV) ist es unter Umständen (auch im Interesse der Rechtsunterworfenen) durchaus angezeigt, der Rechtsanwendung einzelfallbezogene Gestaltungsmöglichkeiten einzuräumen. *700*

Dabei besteht durchaus ein Zielkonflikt zwischen der verfassungsrechtlichen Anforderung, dass das Recht das Verhalten der Behörden (einschliesslich der Gerich-te) durch ausreichend bestimmte Regelungen vorhersehbar machen soll, und dem Anliegen, Erlasse so zu gestalten, dass sie während ihrer ganzen Geltungsdauer auch unter sich wandelnden Bedingungen wirksam sind und die gesetzgeberi-schen Ziele erreichen. Für den Umgang mit diesem Zielkonflikt gibt es keine einfa-chen, klaren Regeln. Immerhin lässt sich festhalten, dass die Erlasse so bestimmt sein sollen, wie es für die Vorhersehbarkeit nötig ist, und so offen wie möglich im Dienst der Zukunftsoffenheit. So wird insbesondere bei Erlassen mit Bezügen zur digitalen Technik der Ruf nach technologieneutralen Regelungen laut. Dieser ist insofern gerechtfertigt, als jegliche – auch technische – Detailfragen, die in Gesetz und Verordnung nicht beantwortet werden müssen, um eine rechtsstaatlich korrek-te und wirksame Regelung zu erzielen, offengelassen werden sollen. Sodann ist auf höheren Normstufen mehr Unbestimmtheit erträglich (d.h. mehr Offenheit möglich). Auf niedrigeren Normstufen wiederum ist weniger Zukunftsoffenheit angesichts der leichteren Revidierbarkeit eher tragbar (d.h. mehr Bestimmtheit *701*

möglich). So kann etwa auf Gesetzesstufe allgemein festgehalten werden, dass Daten bestimmter Personen über einen bestimmten Sachverhalt zu einem bestimmten Zweck an eine bestimmte Stelle zu übermitteln sind, worauf der Bundesrat in seiner Verordnung die zu übermittelnden Daten näher festlegt und dem zuständigen Departement die Kompetenz überträgt, das bei elektronischer Übermittlung zu verwendende Datenformat und allfällige Maschine-zu-Maschine-Schnittstellen im feinen technischen Detail zu regeln.

Ausnahmen

702 Vom Legalitätsprinzip gibt es folgende Ausnahmen:

- Bedarfsverwaltung oder administrative Hilfstätigkeit
  Darunter sind Tätigkeiten zu verstehen, die nicht direkt die Wahrnehmung einer Staatsaufgabe darstellen, die es aber braucht, um eine bestimmte Staatsaufgabe zu erfüllen. Zu denken ist dabei insbesondere an die Beschaffung und den Unterhalt der Infrastruktur, die für die Erfüllung einer bestimmten Aufgabe benötigt wird. Auch der Beizug von Dienstleistungen Dritter, die für die Erfüllung einer Staatsaufgabe benötigt werden, gehört zur administrativen Hilfstätigkeit (zur eigentlichen Übertragung von Staatsaufgaben auf Dritte s. *Rz. 954 ff.*).
- Polizeigeneralklausel
  Es ist kaum möglich, alle Situationen, die die öffentliche Sicherheit und Ordnung bedrohen, durch abstrakte Normen vorsorglich zu regeln. Um dem Staat auch für aussergewöhnliche, unvorhersehbare und dringliche Fälle die Handlungsmöglichkeit zu erlauben, ist der Rückgriff auf die sog. Polizeigeneralklausel (auch allgemeine Polizeiklausel oder polizeiliche Generalklausel genannt) zulässig, welche die gesetzliche Grundlage ersetzt. Die Polizeigeneralklausel ist in Artikel 36 Absatz 1 dritter Satz BV und in zahlreichen Kantonsverfassungen verankert. Für den Bundesrat bildet im Übrigen Artikel 185 Absatz 3 BV die ausdrückliche Grundlage der Polizeigeneralklausel. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 147 I 165; 136 IV 113 ff.; 130 I 381 ff.; 126 I 118; 121 I 22 ff.) kann diese Klausel nur angerufen werden, um eine ernste, unmittelbare und nicht anders abwendbare Gefahr zu beseitigen, die wesentliche Rechtsgüter bedroht (Leben, körperliche Unversehrtheit, Gesundheit, öffentliche Ordnung). Der Bundesrat kann sich deshalb nur auf die Polizeigeneralklausel berufen, um vorübergehend ausserordentliche Situationen zu regeln..

Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen

Grundsätze

Artikel 182 BV ermächtigt den Bundesrat unter anderem, Vollzugs- oder Ausführungsbestimmungen zu erlassen. Diese dürfen bestimmungsgemäss nur Sekundärnormen (gesetzesergänzende Normen) enthalten, die beispielsweise eine Gesetzesbestimmung verdeutlichen, deren praktische Rechtsfolgen umschreiben, unbestimmte Rechtsbegriffe konkretisieren oder Organisationsfragen regeln. *703*

Artikel 164 Absatz 2 BV gestattet dem Gesetzgeber, die Kompetenz zum Erlass primärer (gesetzesvertretender) Normen zu delegieren (siehe *Rz. 566 ff*). Diese Bestimmung legt fest, dass ein Bundesgesetz die Delegation von Rechtsetzungskompetenzen vorsehen kann, soweit die Verfassung dies nicht ausschliesst. Das heisst, dass auch der Erlass wichtiger Bestimmungen im Sinne von Artikel 164 Absatz 1 BV delegiert werden kann (s. VPB 66 [2002] Nr. 99). Dabei ist von der Vorstellung Abstand zu nehmen, Verordnungen würden *per se* nur «weniger wichtige» oder «unwichtige» Bestimmungen enthalten (s. Kommentar Parlamentsgesetz, Art. 22, Rz. 10). Jede Delegation hat aber diejenigen Bedingungen zu respektieren, die von der Praxis und der Rechtsprechung dazu entwickelt worden sind. Das formelle Gesetz muss insbesondere die wesentlichen Entscheidungen vorgeben und die Leitlinien der zu erlassenden Regelung mit *grundlegenden* Vorschriften selbst festlegen. *704*

Ist die Delegation zur Regelung einer bestimmten Materie nicht durch die Verfassung ausgeschlossen (vgl. z.B. Art. 29*a* und 36 Abs. 1 BV), bleibt zu prüfen, ob sich eine Delegation sachlich rechtfertigen lässt. Dies kann dann der Fall sein, wenn für die Beweglichkeit des staatlichen Handelns eine Regelungskompetenz des Bundesrates notwendig ist oder wenn das Gesetz sonst eine zu grosse Regelungstiefe (s. *Rz. 581*) erhalten würde. *705*

Werden durch das Parlament bestimmte Befugnisse delegiert, so hat die Delegation in der Regel an den Bundesrat und nicht an die ihm unterstellten Instanzen zu erfolgen. Damit behält der Bundesrat seine Funktion als oberste Leitung der Verwaltung und kann selbst über allfällige Subdelegationen entscheiden. In der bundesrätlichen Botschaft ist die Zulässigkeit bzw. die Notwendigkeit von Delegationsnormen zu begründen. *706*

(Hypothetische) Beispiele unzulässiger Delegationen

- Den Entscheid darüber, ob im Bereich des AHVG und des BVG das System des Umlageverfahrens oder des Kapitaldeckungsverfahrens gewählt wird, dürfte der Gesetzgeber nicht delegieren.
- Den Entscheid über die Einführung eines Systems von Grenzwerten im Umweltrecht dürfte der Gesetzgeber nicht delegieren. Demgegenüber kann die Festlegung der einzelnen Grenzwerte delegiert werden.

Anforderungen an Delegationsnormen

707 Die Delegationsnorm hat den Gegenstand, das Ziel (soweit nicht offensichtlich), den Umfang (z.B. mittels zahlenmässiger Begrenzungen) und – soweit möglich – die Leitlinien der delegierten Regelung zu umschreiben. Diese Umschreibung ist insbesondere dann wichtig, wenn die rechtliche Situation einzelner Personen besonders betroffen ist. Sie kann mittels der Statuierung klarer Vorgaben, nicht abschliessender Aufzählungen oder der Aufnahme von Grundsätzen und Zielen erfolgen:

- Grundsätze und Ziele

Beispiele

- Art. 13, 14 und 15 des Umweltschutzgesetzes (Grenzwerte; USG, SR 814.01);
- Art. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 4–6 des Lebensmittelgesetzes (LMG, SR 817.0);
- Art. 10 des Bauproduktegesetzes (BauPG, SR 933.0).

- Klare Vorgaben

Beispiele

- Art. 14 Abs. 5 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG, SR 831.10);
- Art. 11 Abs. 2 des Heilmittelgesetzes (Leitlinien; HMG, SR 812.21);
- Art. 13 des Lebensmittelgesetzes (LMG, SR 817.0).
-

- Nicht abschliessende Aufzählung von Regelungsfeldern

Beispiele

- Art. 18 Abs. 2 des Energiegesetzes (EnG, SR 730.0);
- Art. 54*b* Abs. 2 des Heilmittelgesetzes (HMG, SR 812.21).

708 Unzulässig ist die zu globale Delegation («Der Bundesrat regelt die Ein- und Ausreise in die Schweiz»), weil damit die Anforderungen an die Delegationsnormen nicht erfüllt sind. Bei der Formulierung «Der Bundesrat regelt die Einzelheiten» ist zu prüfen, ob die Norm nicht deshalb überflüssig ist, weil sie blosses Vollzugsrecht meint (s. *Rz. 566*).

Rechtsetzung auf Verordnungsstufe

Verordnungen des Bundesrates

709 Verordnungen stehen in der innerstaatlichen Normenhierarchie unter Verfassung und Gesetz und müssen mit diesen konform sein. Verordnungen sind einfacher abänderbar als Gesetze und die Verfassung (beschränkter Einfluss des Parlaments, kein Referendum).

Verordnungen des Bundesrates müssen sich auf eine der folgenden rechtlichen Grundlagen stützen können: *710*

- Allgemeine Umsetzungskompetenz
  Der Bundesrat hat für die Umsetzung der Bundesgesetzgebung zu sorgen (Art. 182 Abs. 2 BV). Dazu kann er Verordnungsrecht erlassen, soweit es um weniger wichtige Bestimmungen geht (*Vollziehungsverordnungen*). Es bedarf hier keiner zusätzlichen Bestätigung der Ermächtigung auf Gesetzesstufe. Deshalb machen gesetzliche Klauseln wie «Der Bundesrat kann Ausführungsbestimmungen erlassen» keinen Sinn. Mit einem verbindlichen Gesetzgebungsauftrag («Der Bundesrat erlässt die Ausführungsvorschriften») kann der Gesetzgeber jedoch anordnen, dass der Rechtsanwendung generell-abstrakte (und rechtsverbindliche) Vorgaben gemacht werden.
- Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen durch ein Gesetz
  Gestützt auf Artikel 164 Absatz 2 BV kann der Gesetzgeber dem Bundesrat in einem Gesetz den Erlass gesetzesvertretender (sog. primärer) Bestimmungen übertragen *(gesetzesvertretende Verodnungen*, s. *Rz. 704*).

Beispiele

- Art. 107 Abs. 1 und 2 des Mehrwertsteuergesetzes (MWSTG, SR 641.20, abweichende Bestimmungen über die Besteuerung).

- Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen durch eine Verfassungsbestimmung
  In seltenen Fällen ermächtigt eine Verfassungsbestimmung den Bundesrat ausdrücklich, Verordnungsrecht zu erlassen.

Beispiele

- Wahrung aussenpolitischer Interessen (Art. 184 Abs. 3 BV);
- Polizeiverordnungsrecht nach Artikel 185 Absatz 3 BV;
- Anpassung gewisser Tarife bei der pauschalen Schwerverkehrsabgabe (Art. 196 Ziff. 2 Abs 4 BV).

Verordnungen der Departemente, Gruppen und Ämter

Subdelegation von Rechtsetzungsbefugnissen durch den Bundesrat an nachgeordnete Instanzen

Der Bundesrat kann gestützt auf Artikel 48 Absatz 1 RVOG die Departemente zum Erlass von Rechtsbestimmungen ermächtigen. Dies unter dem Vorbehalt, dass der Gesetzgeber eine solche Subdelegation nicht implizit oder explizit ausschliesst. Beim Entscheid darüber, ob eine Regelung delegiert werden kann, ist die Tragweite der Rechtssätze zu berücksichtigen. Für die Ausgestaltung der Bestimmungen sind die üblichen Delegationsgrundsätze zu beachten. Da der Bundesrat die oberste Leitung der Verwaltung innehat, sollte von der Subdelegation nur zurückhaltend Gebrauch gemacht werden. Die Subdelegation führt nämlich dazu, dass *711*

in der Regel das Mitbestimmungsrecht der andern Departemente und damit der nicht dem Departement angegliederten Fachämter beschränkt wird.

712 Eine Delegation an Gruppen und Ämter kann der Bundesrat gemäss Artikel 48 Absatz 2 RVOG nur vornehmen, wenn ihn das Gesetz hierzu ausdrücklich ermächtigt. Auch in diesen Fällen ist für den Entscheid, ob eine Delegation sich rechtfertigen lässt, die Tragweite der Rechtssätze zu berücksichtigen.

713 Die Bestimmungen von Verordnungen, die von Departementen, Gruppen oder Ämtern erlassen werden, können nur die delegierten Rechtsetzungsbereiche und das allenfalls dazu gehörende Vollzugsrecht erfassen.

Anforderungen an Subdelegationsnormen

714 Bei der Formulierung einer Subdelegation muss darauf geachtet werden, dass der Umfang der Delegation klar festgelegt ist.

Kontrolle über die delegierte Rechtsetzung

Kontrolle durch das Parlament

Allgemeines

715 Der Erlass von Verordnungen erfolgt grundsätzlich ohne Mitwirkung des Parlaments. Der Bundesrat informiert jedoch das Parlament über die Vorbereitung von Verordnungen (Art. 151 Abs. 3 ParlG; SR 171.10). Sofern der Bundesrat eine wichtige Verordnung vorbereitet, kann die zuständige parlamentarische Kommission verlangen, dass ihr der Verordnungsentwurf zur Konsultation unterbreitet wird (Art. 151 Abs. 1 ParlG). Ist eine Verordnung unmittelbar im Anschluss an einen Erlass der Bundesversammlung zu ändern oder zu erlassen, so beschliesst die Kommission bei der Gesamtabstimmung über den Erlassentwurf, ob sie konsultiert werden will. Der Bundesrat informiert die Bundesversammlung über die Vorbereitung solcher Verordnungen (Art. 151 Abs. 2 ParlG; s. zu diesen Mitwirkungsmöglichkeiten Kommentar des Parlamentsgesetzes, Art. 151, Rz. 409 ff.).

716 Neben dieser Mitwirkung des Parlamentes im Rahmen des Erlasses von Verordnungsrecht sieht der Gesetzgeber in einigen Fällen eine eigentliche Kontrolle des Verordnungsrechts vor, welche bis zur Pflicht zur Genehmigung gehen kann. Da eine Überprüfung bundesrätlicher Verordnungen durch das Parlament die Zuständigkeiten für die Rechtsetzung verwischt, ist sie unerwünscht und wird von einem Teil der Rechtslehre als verfassungswidrig erachtet. Entsprechende Kontrollbefugnisse des Parlamentes sind wegen der Zuständigkeitsproblematik nur in begründeten Fällen vorzusehen. Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn kurzfristig Entscheide zu fällen sind, welche jedoch wegen ihrer Bedeutung grundsätzlich vom Gesetzgeber selber gefällt werden müssten.

717 Der Gesetzgeber hat verschiedene Möglichkeiten der Kontrolle. Es lassen sich mindestens zwei Arten unterscheiden:

Parlamentarische Genehmigung von Verordnungen des Bundesrates

Bei dieser Kontrolle bedürfen Verordnungen des Bundesrates der vorgängigen oder nachträglichen Genehmigung seitens des Parlamentes. Eine Genehmigung erfolgt in der Rechtsform des einfachen Bundesbeschlusses. Solche Genehmigungsvorbehalte sind selten. Mehrere Vorbehalte wurden in den letzten Jahren aufgehoben. *718*

Beispiel

- Bundesbeschluss vom 18. September 2012 über die Genehmigung der Änderungen der Bankenverordnung und der Eigenmittelverordnung («too big to fail»), BBl 2012 8395.

Bericht an die Bundesversammlung mit Zuerkennung eines parlamentarischen Interventionsrechts

Nach diesem Regelungsmodell muss der Bundesrat der Bundesversammlung über Verordnungen berichten, die er gestützt auf Delegationsnormen erlassen hat. Der Delegationserlass kann vorsehen, dass das Parlament vom Bundesrat verlangen kann, seine Verordnung aufzuheben, abzuändern oder zu ergänzen. Von den Rechtswirkungen her gesehen ist dieses Interventionsrecht mit einer Motion vergleichbar. *719*

Beispiel

- Art. 13 Abs. 2 des Zolltarifgesetzes (ZTG, SR 632.10).

Kontrolle durch Gerichte und Verwaltungsbehörden (akzessorisches Prüfungsrecht)

Gerichte und Verwaltungsbehörden können eine Gesetzes- oder Verordnungsvorschriften in einem konkreten Rechtsanwendungsfall auf ihre Rechtmässigkeit, einschliesslich der Verfassungsmässigkeit, überprüfen und eine Verordnungsvorschrift im Falle der Rechtswidrigkeit nicht anwenden (konkrete Normenkontrolle bzw. akzessorische/vorfrageweise Prüfung). Bundesgesetze müssen die Gerichte auf Grund des Anwendungsgebots von Artikel 190 BV grundsätzlich stets anwenden (s. im Einzelnen *Rz. 541 ff.*) *720*

Verweisungen

Allgemeines

Unter «Verweisung» versteht man den Verzicht auf eine eigene Regelung und die Bezugnahme auf eine andere Bestimmung. Eine Verweisung ist somit eine Verbindung zwischen der Verweisungsnorm und dem Verweisungsobjekt. Verweisungsnormen sind ohne das Verweisungsobjekt unvollständig. *721*

722 Von der Verweisung zu unterscheiden ist die sog. Inkorporation oder Rezeption. Darunter wird die textliche Übernahme einer anderen Norm in einen Erlass verstanden. Sowohl durch die Verweisung wie auch durch die Inkorporation wird der entsprechende Norminhalt Bestandteil des Erlasses. Die Verweisung knüpft an bestehende Regeln an und veranlasst nicht deren Erlass; dadurch unterscheidet sie sich von der Delegation. Die Verweisung stellt keine Ermächtigung zur Rechtsetzung dar.

723 Sachgerecht gebraucht, können Verweisungen erheblich zur Verkürzung der Gesetzestexte, zur Erhöhung ihrer Verständlichkeit und Erschliessung weiterer, anwendungsrelevanter Normen (z.B. Bestimmungen des EU-Rechts oder technische Regeln), nicht zuletzt aber auch zur Verringerung des Rechtsetzungsbedarfs beitragen (s. GTR, Rz. 96 ff.).

724 Die Verweisung verletzt aber meist das Gebot, dass ein Erlass möglichst aus sich heraus verständlich sein sollte. Durch mangelhafte oder schlecht gewählte Verweisungen kann ein Erlass unübersichtlich und schwer verständlich werden.

725 Es bestehen verschiedene Arten von Verweisungen:

- Echte (konstitutive) Verweisungen schaffen eine rechtlich notwendige Verbindung zwischen Verweisungsnorm und Verweisungsobjekt; diese sind hier von Interesse.
- Unechte (deklaratorische) Verweisungen sind Erinnerungshilfen, die auf Regelungen verweisen, die ohnehin im Geltungsbereich der Verweisungsnorm gelten; die unechten Verweisungen sind oft überflüssig und daher grundsätzlich zu vermeiden.
- Binnenverweisungen sind Verweisungen auf Bestimmungen innerhalb desselben Erlasses. Ein klarer, folgerichtiger Aufbau eines Erlasses macht Binnenverweisungen im selben Erlass meistens überflüssig.
- Aussenverweisungen sind Verweisungen auf Bestimmungen eines anderen rechtsetzenden Erlasses des Bundesrechts oder auf eine Bestimmung ausserhalb des Bundesrechts (private Normen; ausländisches Recht). Eine stufengerechte Verweisung auf andere Bestimmungen des Bundesrechts sind rechtlich in den meisten Fällen unproblematisch. Die Aussenverweisung lässt sich wie folgt unterteilen:
  - Indirekte Verweisung: Es wird nicht auf ein bestimmtes Normenwerk, sondern im Sinne einer Generalklausel auf den Stand der Wissenschaft und Technik (Art. 64 Abs. 4 der Verordnung über In-vitro-Diagnostika; SR 812.219) oder auf bestimmte Normenwerke verwiesen, die aber nur beispielhaft (als Ausdruck des Standards) erwähnt werden;
  - Direkte Verweisung: Es wird ausdrücklich auf ein bestimmtes Normenwerk oder auf bestimmte Vorschriften verwiesen. Die direkte Verweisung lässt sich wie folgt unterteilen:

– Statische Verweisung: Es wird auf eine ganz bestimmte Fassung des Verweisungsobjekts verwiesen wie Richtlinie (EU) ... vom ... mit Fussnote (Fassung gemäss...; zuletzt geändert durch ...) oder «SIA-Norm Nr. ... in der Fassung vom ...».
– Dynamische Verweisung: Es wird auf ein Normenwerk «in dessen jeweils geltender Fassung» verwiesen.

Verweisung auf private Normen

Bedeutung

Von nichtstaatlichen Organisationen – insbesondere der Technik und der Wissenschaft – erarbeitete private Normen sind bedeutsam. *726*

Beispiel

- Art. 4 der Starkstromverordnung (SR 734.2):
  [1] Starkstromanlagen … müssen nach den Vorschriften dieser Verordnung und den anerkannten Regeln der Technik erstellt, geändert, instandgehalten und kontrolliert werden … Wo diese Verordnung keine Vorschriften enthält, gelten die anerkannten Regeln der Technik.
  [2] Als anerkannte Regeln der Technik gelten insbesondere die Normen von IEC und CENELEC. Wo international harmonisierte Normen fehlen, gelten die schweizerischen Normen (…).

Der Rückgriff des Gesetzgebers auf private Normen erscheint dann geboten, wenn dies für sachgerechte Regelungen zu einem präventiven Schutz von Leben, Gesundheit und Sachwerten ausreicht. *727*

Vorteile

Die Verweisung auf private Normen hat den Vorteil, dass nicht nur der Erlassgeber entlastet wird, sondern auch der Erlass selbst, indem komplizierte und umfangreiche technische Detailbestimmungen nicht aufgenommen werden müssen. Eine Verweisung ermöglicht eine rasche Anpassung des Erlassinhalts an den fortschreitenden Stand der Technik und der Wissenschaft und eine Mitwirkung besonders fachkundiger Kreise, was zu einer grösseren Akzeptanz der gesetzlichen Ordnung führen kann. *728*

Nachteile

Private Normenwerke werden durch die Verweisung nicht zu Erlassen. Sie behalten ihren grundsätzlich privaten Charakter auch dann, wenn behördliche Organe an deren Entstehung mitwirken (s. VPB 41 [1977], Nr. 110, S. 105; VPB 44 [1980], Nr. 28, S. 121). Private Normen werden in der Gesetzessammlung nicht publiziert (s. Art. 5 des Publikationsgesetzes, SR 170.512). Die jeweilgen Rechtsadressaten *729*

müssen sich deshalb, insbesondere bei dynamischen Verweisungen, zuerst Klarheit darüber verschaffen, welche Fassung des Verweisungsobjekts die geltende ist, und wo sie diese einsehen können (s. VPB 41 [1977], Nr. 110, S. 106). Es scheint deshalb sachgerecht, solche private Normwerke eines Fachverbandes nicht in Erlassform zu kleiden, sondern sie im Rahmen des Vollzugs durch Richtlinien oder Kreisschreiben zur Anwendung zu empfehlen (s. auch VPB 44 [1980], Nr. 28, S. 121 f.).

730 Die öffentlichen Interessen können zudem zu kurz kommen, wenn die Regeln der Technik und der Wissenschaft, auf die verwiesen werden soll, von allenfalls zu einseitig zusammengesetzten Gremien erarbeitet werden.

731 Private Normen genügen vom Entstehungsverfahren und den zu wahrenden Anforderungen her den Grundsätzen nicht, wie sie für das staatliche Handeln – die Rechtsetzung eingeschlossen – erfüllt werden müssen. Rechtsstaatliche Grundsätze, wie beispielsweise die Wahrung der Grundrechte, der Rechtsgleichheit, des Verbots von Rechtsmissbrauch oder Willkür und das Legalitätsprinzip, binden die privaten Regelsetzer zumindest nicht im selben Masse wie den Gesetzgeber.

732 Der Inhalt eines Rechtssatzes muss in allen Teilen höherstufigem Recht entsprechen. Der Gesetzgeber, der zu verweisen gedenkt, muss deshalb das in Frage kommende Verweisungsobjekt entsprechend auf die Rechtskonformität hin überprüfen.

Zulässigkeit

733
- Die indirekte Verweisung mittels einer Generalklausel («anerkannte Regeln der Technik», «Stand von Wissenschaft und Technik») ist zulässig, da sie nicht dazu verpflichtet, eine bestimmte technische Norm einzuhalten. Dem Adressaten der Regelung ist es – besserer Erkenntnis folgend – unbenommen, den Nachweis zu erbringen, dass sich die gesetzliche Anforderung auch auf anderem Wege als über eine Verbandsnorm verwirklichen lässt.
- Bei der direkten Verweisung (hier ist das Verweisungsobjekt eine bestimmte Verbandsnorm oder das Normensystem eines bestimmten, im Verweisungserlass konkret genannten Verbandes) muss Folgendes beachtet werden:
- Statische Verweisungen werden in der Lehre und Praxis als zulässig angesehen, sofern dadurch eine im Moment und für die absehbare Zukunft sachgerechte Regelung getroffen werden kann. Allerdings nötigt die statische Verweisung dazu, die Verweisungsnorm anzupassen, wenn der private Regelsetzer (der durch die Verweisung nicht gebunden ist) das Verweisungsobjekt ändert oder aufhebt.
- Bei der dynamischen (direkten) Verweisung stellt sich die Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit. Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Verweisungsnorm mag der Gesetzgeber konkrete Vorstellungen vom Inhalt des Verweisungsobjekts haben. Insbesondere weiss er, ob die geltende Fassung einer

Verbandsnorm rechtskonform ist. Bei der dynamischen Verweisung besteht aber keine Gewähr, dass der Normgeber auch in Zukunft innerhalb des vom Gesetzgeber bezogenen Rahmens bleibt. Die dynamische Verweisung bewirkt auch, dass im Bereich des Verweisungsobjekt in Zukunft kraft der Verweisungsautomatik ohne, ja gegen den Willen des (eigentlich) kompetenten Gesetzgebers normative Veränderungen vorgenommen werden können. Letzten Endes würde der Gesetzgeber damit eine Blankettvollmacht erteilen. Eine dynamisch-direkte Verweisung ist daher auf Grund der geltenden verfassungsrechtlichen Lage grundsätzlich nicht zulässig (s. auch VPB 41 [1977], Nr. 110, S. 106 f.).

Die dynamisch-direkte Verweisung auf private Normen ist ausnahmsweise zulässig, wenn die Voraussetzungen für die Delegation der Rechtsetzung an private Rechtsträger erfüllt sind und die in Frage stehenden Fachnormen:

- sich auf eine sehr technische Materie beziehen,
- hauptsächlich empfehlenden Charakter haben (Art. 76 Abs. 1 der Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung; SR 817.02),
- von den Betroffenen schon in sehr weitem Umfang angewendet werden und
- durch Fachgremien und in einem Verfahren dynamisch fortentwickelt werden, die den Betroffenen bekannt sind, von ihnen allgemein akzeptiert werden und in die sie ihre Interessen einbringen können.

- Verweisungen im Produkterecht: Im Bundesgesetz über die Produktesicherheit (SR 930.11) werden nur die «grundlegenden Anforderungen» an die Produkte definiert, die eingehalten werden müssen. Detailregelungen werden der Regelung durch Normen von Fachverbänden überlassen, wobei vorgesehen wird, dass eine Behörde bestimmte Fachverbände mit der Schaffung solcher Normen beauftragt. Wird ein Produkt nach den bezeichneten Normen hergestellt, so wird vermutet, dass es den grundlegenden Anforderungen entspricht. Mit der Vermutungskonstruktion bewegt man sich noch im Rahmen der indirekten Verweisung, denn es wird keine Pflicht statuiert, eine bezeichnete Norm anzuwenden. Diesem Regelungsmuster folgt z.B. die Verordnung über die Sicherheit von Aufzügen (Aufzugsverordnung; SR 819.13).

Verweisungen auf internationales Recht und europäisches Recht insbesondere

734 Verweisungen auf internationales Recht (Staatsverträge oder Rechtsakte inter- bzw. supranationaler Organisationen) sind ein fester Bestandteil der Schweizer Rechtsordnung geworden. Während bei der Verweisung auf private Normen die Nutzung des Sachverstands von Fachorganisationen im Vordergrund steht, geht es bei der Verweisung auf internationale Normen primär darum, schweizerisches Recht mit dem internationalen Recht, insbesondere mit demjenigen der Europäischen Union (EU), in Einklang zu bringen.

Verweisung auf das Staatsvertragsrecht der Schweiz

735 In einem Erlass des Landesrechts kann auf Bestimmungen in einem Staatsvertrag verwiesen werden, mit welchem die Schweiz internationale Verpflichtungen eingegangen ist.

Beispiel

- Art. 3 Abs. 4 des Bundesgesetzes über die Zulassung als Strassentransportunternehmen (SR 744.10): Der Bundesrat kann Ausnahmen von der Zulassungspflicht vorsehen. Er berücksichtigt dabei insbesondere die Bestimmungen des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse (Landverkehrsabkommen).

Verweisung auf völkerrechtlich nicht bindendes europäisches Recht

736 In einem Erlass kann auf Rechtsakte der EU verwiesen werden, auch wenn die Schweiz diese im Rahmen eines bilateralen Abkommens nicht übernommen hat (sog. autonomer Nachvollzug).

Beispiele

- Art. 2 Abs. 3 der Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung (SR 817.02): Im Bereich Spielzeug werden, abweichend von Absatz 2, die Begriffe gemäss der Richtlinie 2009/48/EG verwendet.
- Art. 4 Abs. 4 der Seilbahnverordnung (SR 743.011): Die Kantone können ergänzende und abweichende Bestimmungen erlassen, soweit die Bestimmungen des SebG und der EU-Seilbahnrichtlinie dies zulassen.

737 Die Unterscheidung nach der internationalen Bindungswirkung ist bedeutsam für die Beurteilung der Zulässigkeit der dynamischen Verweisung.

Zulässigkeit der Verweisung auf EU-Recht

738 Mit der Verweisung auf Erlasse oder Bestimmungen des EU-Rechts können sich Fragen der Souveränität stellen, da auf das Recht eines anderen Hoheitsträgers verwiesen wird. An der Beschlussfassung über neues EU-Recht («decision taking») ist die Schweiz weder beteiligt, noch ist dieses für unsere Rechtsordnung unmittelbar verbindlich. Bei der Prüfung der Zulässigkeit solcher Verweisungen muss Folgendes beachtet werden:

- Die statisch-direkte Verweisung auf Bestimmungen des EU-Rechts ist zulässig, wenn die Erfordernisse des Legalitätsprinzips sowie insbesondere die Konformität des Verweisungsobjekts mit dem schweizerischen höherstufigen Recht und rechtsstaatlichen Grundsätzen beachtet werden. Die statische Verweisung muss als solche kenntlich gemacht werden, indem die massgebende Fassung bezeichnet wird (z.B. mit dem Hinweis «in der am ... geltenden Fassung» oder, bei publizierten Rechtsakten, durch Nennung derjenigen Fassung gemäss dem Amtsblatt der EU (ABl.).
- Die dynamisch-direkte Verweisung auf Rechtsakte der EU ist nur mit entsprechender staatsvertraglicher und allenfalls verfassungsmässiger und gesetzlicher Grundlage zulässig (s. *Rz. 733*).

739 Zulässig ist die dynamische Verweisung auf Vorschriften des EU-Rechts ohne weiteres dann, wenn sich die Verweisung auf europäisches Recht bezieht, das in einem für die Schweiz verbindlichen Staatsvertrag, namentlich in einem bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU, aufgeführt ist. Rechtmässig ist die dynamische Verweisung in diesem Fall deshalb, weil die für die Schweiz verbindlichen völkerrechtlichen Verträge und Beschlüsse des internationalen Rechts Teil des Bundesrechts darstellen und jede Anpassung an neues europäisches Recht in dem für den Abschluss völkerrechtlicher Verträge vorgesehenen Verfahren erfolgt.

Beispiel

Art. 77 Abs. 4 der Luftfahrtverordnung (SR 748.01): Die in der Durchführungsverordnung (EU) 2015/1018[106] aufgeführten Ereignisse müssen gemeldet werden.

Fussnote 4 zu dieser Bestimmung lautet: « Durchführungsverordnung (EU) 2015/1018 der Kommission vom 29. Juni 2015 zur Festlegung einer Liste zur Einstufung von Ereignissen in der Zivilluftfahrt, die gemäss der Verordnung (EU) Nr. 376/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates meldepflichtig sind, in der für die Schweiz jeweils verbindlichen Fassung gemäss Ziffer 3 des Anhangs zum Luftverkehrsabkommen (siehe Fussnote zu Art. 13).»

740 Eine dynamische Verweisung kann ausnahmsweise angebracht sein, wenn in einem bestimmten Rechtsbereich das EU-Recht jeweils fortlaufend und kurzfristig übernommen werden muss. Die folgenden Voraussetzungen müssen erfüllt sein:

- Es besteht ein expliziter formell-gesetzlicher Auftrag zur dynamischen Nachführung.
- Die EU Regelung (Verweisobjekt) enthält keine wichtige rechtsetzende Bestimmung, sondern sie ist vorwiegend technischer oder administrativer Natur.
- Die geregelte Materie ist bestimmt und eng umgegrenzt.
- Die politische Relevanz ist gering.
- Der Verweisobjekt ist in den drei Amtssprachen zugänglich.

Beispiele

- Art. 82 Abs. 3 des Heilmittelgesetzes (SR 812.21)
  Soweit bestimmte delegierte Rechtsakte und Durchführungsrechtsakte der Europäischen Kommission im Bereich der Medizinalprodukte technische oder administrative Einzelheiten betreffen, deren Regelung fortlaufend und in der Regel kurzfristig angepasst wird, kann der Bundesrat vorsehen, dass die entsprechenden Rechtsakte in der jeweiligen für die EU-Mitgliedstaaten verbindlichen Fassung auch in der Schweiz gelten.
- Art. 17 Abs. 4 und Anhang 4 der Medizinprodukteverodnung (SR 812.213)
  Die mit der Produktidentifikation und der Produkteregistrierung verbundenen Pflichten und Modalitäten richten sich nach den Artikeln 27, 29 und Anhang VI EU-MDR, unter Berücksichtigung der Änderungen dieses Anhangs, die von der Europäischen Kommission mittels delegierter Rechtsakte[x] vorgenommen werden.

Umgang mit Kettenverweisungen auf EU-Recht

741 Wird in einem Erlass oder einem bilateralen Abkommen auf eine Bestimmung des EU-Rechts verwiesen, die ihrerseits auf eine weitere Bestimmung des EU-Rechts weiterverweist, liegt eine Kettenverweisung vor. Bei einer solchen Konstellation kann es mitunter schwierig sein, die (sachliche) Reichweite des Verweisungsobjekts zu bestimmen (soll die Weiterverweisung massgeblich sein?). Zudem verbrigt sich in einer Weiterverweisung potentiell eine "versteckt-dynamische" Verweisung. Es kann daher angezeigt sein, die Frage der Massgeblichkeit und der «Statik» der Weiterverweisung im landesrechtlichen Erlass explizit zu regeln.

Beispiel

- Anhang 3 Medizinprodukteverordnung (SR 812.213)
  Anwendbares Recht
  1 EU-Recht
  Wird in dieser Verordnung auf Bestimmungen der EU-MDR verwiesen, die ihrerseits auf folgendes EU-Recht verweisen, so gilt die folgende Fassung:
  [...]

2 Schweizerisches Recht
Wird in dieser Verordnung auf Bestimmungen der EU-MDR verwiesen, die ihrerseits auf folgendes EU-Recht verweisen, so gilt statt dieses EU-Rechts das folgende schweizerische Recht: [...]

Grundsätze für die Rechtsetzung

Für die Rechtsetzung sollten folgende Grundsätze beachtet werden: *742*

- Gesetze und Verordnungen sollen so aufgebaut werden, dass sich Verweisungen nach Möglichkeit erübrigen, denn Verweisungen erschweren den Gebrauch von Rechtssätzen. Erlasse sollten deshalb möglichst vollständig formuliert werden. Dies gilt auch für die Übernahme von EU-Recht in schweizerisches Recht.
- Doppelverweisungen (Weiterverweisungen oder Verweisungsketten) sind zu vermeiden. Sie erschweren das Verständnis.
- Verweisungen sollen nur eingesetzt werden, wenn sie gegenüber einer Wiederholung eine wesentliche Vereinfachung darstellen und die Verständlichkeit des Erlasses nicht beeinträchtigen.
- Die Verweisungsnorm hat den Anforderungen gerecht zu werden, die an das Legalitätsprinzip und an die Grundsätze für die Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen gestellt werden.
- Soll verwiesen werden, ist eine Rechtskonformitätsprüfung vorzunehmen.
- Statisch-direkte Verweisungen sind so zu formulieren, dass das Verweisungsobjekt und dessen Fassung unverwechselbar und eindeutig bezeichnet werden. Der Bezugsort (z.B. von technischen Regeln) und die amtliche Publikationsstelle (z.B. Amtsblatt der EU) sind in einer Fussnote anzugeben.
- Das Verweisungsobjekt soll grundsätzlich unverändert Anwendung finden; Verweisungsanalogien, ausgedrückt durch die «sinngemässe» oder «entsprechende» Anwendbarerklärung des Verweisungsobjekts, sollen somit nicht verwendet werden.

Bei der indirekten Verweisung ist in erster Linie auf einen Standard (z.B. «Regeln der Technik und der Wissenschaft») zu verweisen. Zusätzlich kann noch beispielhaft erwähnt werden, welche Normen als Ausdruck dieses Standards zu betrachten sind. Bei der Formulierung der Verweisungsnorm sollte dies durch das Beifügen von Umschreibungen wie «insbesondere» oder «in der Regel» deutlich gemacht werden. *743*

Beispiele

- Art. 7 Abs. 1 der Akkreditierungs- und Bezeichnungsverordnung (SR 946.512): Der Gesuchsteller muss die international massgebenden Anforderungen erfüllen, wie sie insbesondere in den Normen und Grundsätzen nach Anhang 2 zum Ausdruck kommen.

- Art. 55 Abs. 2 der Verordnung über die technischen Anforderungen an Strassenfahrzeuge (SR 741.41): Geschwindigkeitsmesser müssen dem Stand der Technik entsprechen, wie er insbesondere im UNECE-Reglement Nr. 39 beschrieben ist. Die am Geschwindigkeitsmesser angezeigte Fahrgeschwindigkeit darf nie unter der tatsächlichen Geschwindigkeit liegen. [...]

744 Die gesetzestechnischen Aspekte der Verweisungen werden in den GTR behandelt (s. GTR, Rz. 96 ff.).

13 Verfahrensbestimmungen in Erlassen

Einleitung

745 Nachfolgend werden Leitlinien vermittelt für die Schaffung verfahrensrechtlicher Bestimmungen im Zusammenhang mit Erlassen, die nicht zu den eigentlichen Verfahrensordnungen des Bundes (*Rz. 746*) gehören. Bei der Vorbereitung solcher Erlasse stellt sich die Frage, ob neue Verfahrensbestimmungen notwendig sind. Wenn ja, muss geklärt werden, ob die neue Regelung in der Spezialgesetzgebung oder in einer der allgemeinen Verfahrensordnungen zu platzieren ist. Bezüglich Inhalt und Systematik ist darauf zu achten, dass die Kohärenz des im Rahmen der Justizreform des vorletzten Jahrzehnts erneuerten Rechtspflegesystems gewahrt bleibt und dass Weiterentwicklungen dieses Systems den immer noch gültigen Reformzielen entsprechen. Dazu gehören namentlich die Gewährleistung der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) und der einheitlichen Zivil- und Strafprozessordnung. Zwecks Entlastung des Bundesgerichts gilt zudem dem das Prinzip, dass dieses keinen Fall beurteilen soll, der nicht zuvor von einem unteren Gericht entschieden worden ist.

Braucht es in einer Spezialgesetzgebung Verfahrensbestimmungen?

746 Die allgemeinen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege regeln das Verfahren vor den Verwaltungsbehörden, den kantonalen Gerichten (insbesondere Straf- und Zivilgerichte) und den eidgenössischen Gerichten (Bundesgericht, Bundesverwaltungsgericht, Bundesstrafgericht und Bundespatentgericht) grundsätzlich vollständig. Zu diesen allgemeinen Bestimmungen gehören vor allem:

- das Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG; SR 172.021),
- das Bundesgerichtsgesetz (BGG; SR 173.110),
- das Verwaltungsgerichtsgesetz (VGG; SR 173.32),
- das Strafbehördenorganisationsgesetz (StBOG; SR 173.71),
- die Zivilprozessordnung (ZPO; SR 272),
- das Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273),
- die Strafprozessordnung (StPO; SR 312.0),
- das Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR; SR 313.0).
- das Bundesgesetz über die Plattformen für die elektronische Kommunikation in der Justiz (BEKJ).

747 In Spezialerlassen sollen nur Verfahrensbestimmungen geschaffen werden, wenn die Bestimmungen der allgemeinen Verfahrensgesetze für den betreffenden Sachbereich nicht genügen und wenn die in diesem Kapitel formulierten Bedingungen erfüllt sind. Blosse Verweise auf die allgemeinen Verfahrensgesetze sind zu vermeiden, sofern sie nicht ausnahmsweise aus redaktionellen Gründen für das Verständnis notwendig sind.

748 In der Bundesrechtspflege werden die Zuständigkeiten der Rechtsmittelbehörden auf Stufe Bundesgesetz geregelt. Für die Bezeichnung der erstinstanzlich zuständigen Verwaltungsbehörde genügt dagegen im Rahmen von Artikel 47 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (RVOG; SR 172.010) eine Verordnung.

Keine Schaffung neuer Gerichte im Bund

749 Die wichtigsten Gerichte auf Bundesebene sind das Bundesgericht, das Bundesverwaltungsgericht, das Bundesstrafgericht und das Bundespatentgericht. Daneben gibt es einige Schiedskommissionen (richterliche Vorinstanzen des Bundesverwaltungsgerichts, die im Klageverfahren urteilen), die eidgenössischen Schätzungskommissionen, die ETH-Beschwerdekommission, die Militärgerichte und die unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen. Auf die Schaffung neuer richterlicher Behörden ist grundsätzlich zu verzichten. Insbesondere soll das Bundesverwaltungsgericht «das allgemeine Verwaltungsgericht des Bundes» (Art. 1 Abs. 1 VGG) bleiben. Wo aus sachlich überzeugenden Gründen ein Klageverfahren eingeführt werden soll (s. dazu *Rz. 757*), kann sich zur Entlastung des Bundesverwaltungsgerichts die Einsetzung einer Schiedskommission rechtfertigen.

Möglichkeit zur Anrufung von zwei Rechtsmittelinstanzen

Grundsatz

750 Der Instanzenzug soll nach einem erstinstanzlichen Entscheid grundsätzlich zwei Rechtsmittelinstanzen umfassen (Art. 29*a* und 32 Abs. 3 BV). Einen kürzeren oder längeren Instanzenzug soll das Bundesrecht nur vorgeben, wenn besondere Gründe dies erfordern.

751 Normalerweise kann gegen Entscheide der ersten Instanz (eidgenössische oder kantonale Verwaltungsbehörde, Regional- / Kreis- oder Bezirksgericht) ein Rechtsmittel bei einem Gericht (Kantonsgericht, Bundesverwaltungs- oder Bundesstrafgericht) eingelegt werden, das als unmittelbare Vorinstanz des Bundesgerichts entscheidet. Soweit die Beschwerde an das Bundesgericht gegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts ausgeschlossen ist (Art. 83 und 85 BGG), entfällt die zweite gerichtliche Beschwerdeinstanz. Ist der Bundesrat letzte Beschwerdeinstanz (nämlich in den gemäss Art. 72 ff. VwVG vorgesehenen Fällen), so richtet sich der Instanzenzug nach Artikel 47 Absatz 1 Buchstabe a und d VwVG.

Besondere Fälle

Einspracheverfahren

752 Die Einsprache gegen Verfügungen (im Unterschied zur Einsprache gegen Gesuche oder Planvorlagen) ist ein Rechtsmittel (s. Art. 32 Abs. 2 Bst. a VGG). Sie führt dazu, dass die erstinstanzlich zuständige Behörde ihre Verfügung nochmals überprüft. Ist eine Einsprache möglich, so kann die Behörde beim Erlass ihrer Verfügungen die Prüfungs- und Begründungsdichte zugunsten der Effizienz und Verfahrensbeschleunigung etwas zurücknehmen. Sie kann auch auf eine vorgängige Anhörung der Parteien verzichten (Art. 30 Abs. 2 Bst. b VwVG). Einspracheverfahren haben vor allem im Steuer- und Sozialversicherungsrecht Tradition, wo grosse Fallzahlen zu bewältigen sind und eine Beschränkung des Aufwands für den Erlass der ersten anfechtbaren Verfügung sinnvoll und praktikabel ist. Sind diese Kriterien erfüllt, kann auch in anderen Rechtsbereichen ein Einspracheverfahren vorgesehen werden. Die Tatsache, dass sehr rasch und teilweise ohne Anhörung der Betroffenen verfügt werden muss, kann selbst bei kleineren Fallzahlen ein Einspracheverfahren rechtfertigen.

Beispiele

- Art. 6 Abs. 2bis Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG; SR 142.20);
- Art. 49 Abs. 1 Alkoholgesetz (AlkG, SR 680);
- Art. 59*b* Tierseuchengesetz (TSG; SR 916.40).

Beschwerde an eine Verwaltungsbehörde

753 Für Verfügungen, die nach Artikel 31 und 32 Absatz 1 VGG in den sachlichen Zuständigkeitsbereich des Bundesverwaltungsgerichts fallen, kann vorgesehen werden, dass zuerst bei einer Verwaltungsbehörde Beschwerde geführt werden muss. Um einen Rechtsmittelweg mit mehr als zwei Beschwerdeinstanzen zu vermeiden, sollte eine derartige verwaltungsinterne Beschwerde grundsätzlich nur für Bereiche vorgeschrieben werden, in denen die Beschwerde ans Bundesgericht nicht zulässig ist.

754 Wird die Kompetenz zum Erlass von Verfügungen privaten Organisationen übertragen (Art. 1 Abs. 2 Bst. e VwVG), so besteht seitens der zuständigen Behörde der Bundesverwaltung manchmal das Bedürfnis, als Beschwerdeinstanz Koordinations- und Aufsichtsbefugnisse wahrzunehmen. Allerdings sollte auch bei einem Beizug Privater zum Gesetzesvollzug der Beschränkung des Beschwerdeweges auf zwei Stufen Priorität eingeräumt werden. Das VGG geht deshalb davon aus, dass Verfügungen von verwaltungsexternen Organisationen grundsätzlich direkt beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar sind (Art. 33 Bst. h VGG). Anstelle einer Beschwerde an ein Bundesamt kann im Sinne eines kürzeren Instanzenzugs vorgesehen werden, dass die private Organisation in streitigen Fällen nicht selber verfügt, sondern die Sache an das Bundesamt überweist.

Beispiele

- Art. 40 Abs. 2 Militärgesetz (MG; SR 510.10);
- Art. 61 Abs. 1 Bst. b Berufsbildungsgesetz (BBG; SR 412.10);
- Art. 16 Abs. 2 Bst. b Elektrizitätsgesetz (EleG; SR 734.0)
- Art. 43*b* Abs. 2 Finanzmarktaufsichtsgesetz (FINMAG, SR 956.1).

Erstinstanzliche Entscheide des Bundesgerichts, des Bundesverwaltungsgerichts, des Bundesstrafgerichts oder eines einzigen kantonalen Gerichts

755 Die Strafkammern des Bundesstrafgerichts entscheiden immer erstinstanzlich (Art. 35 StBOG). Der Umfang ihrer Zuständigkeit hängt vor allem davon ab, welche Straftaten der Bundesgerichtsbarkeit nach Artikel 23 ff. StPO unterstellt werden. Dafür sind primär kriminalpolitische Überlegungen ausschlaggebend.

756 Erstinstanzliche Entscheide des Bundesgerichts, des Bundesverwaltungsgerichts oder eines einzigen kantonalen Gerichts haben Ausnahmecharakter. Sie führen beim Bundesgericht und beim Bundesverwaltungsgericht (soweit dessen Zuständigkeit vorgesehen ist) zu Mehraufwand gegenüber Streitigkeiten mit dem ordentlichen Instanzenzug.

757 Im öffentlichen Recht ist das Anfechtungsstreitverfahren mit Verfügung und Beschwerde(n) grundsätzlich für alle Beteiligten effizienter als ein Klageverfahren. Die Tatbestände für Klagen beim Bundesverwaltungsgericht bzw. Bundesgericht sind in Artikel 35 VGG und Artikel 120 BGG abschliessend aufgezählt; in Spezialgesetzen sollten keine solchen Klagen vorgesehen werden. Ergänzungen von Artikel 35 VGG bedürfen einer besonderen Rechtfertigung. Die Einführung neuer Klagen nach Artikel 120 BGG muss aufgrund der Entstehungsgeschichte dieses Artikels praktisch als tabu gelten.

758 Für Zivilsachen sind einzige kantonale Instanzen in den Artikeln 5–8 der Zivilprozessordnung (ZPO; SR 272) vorgesehen. Auf die Schaffung weiterer Tatbestände im Sinne von Artikel 75 Absatz 2 Buchstabe a BGG ist aus den oben erwähnten Gründen möglichst zu verzichten.

Bundesrat als erste oder einzige Instanz

759 Bestimmungen, wonach der Bundesrat als erste oder einzige Instanz verfügt (Art. 78 VwVG), können nur für Angelegenheiten mit einer besonderen politischen Komponente in Betracht kommen.

760 Wegen Artikel 6 Absatz 1 und 13 EMRK und Artikel 29*a* BV besteht rechtlich nur sehr wenig Raum für Zuständigkeiten des Bundesrates als einziger Instanz. Soweit das übergeordnete Recht die Schaffung einer solchen Zuständigkeit zulässt, muss diese auch im Ausnahmekatalog von Artikel 32 VGG enthalten sein (s. z.B. Art. 32 Abs. 1 Bst. e–f, h VGG). Ansonsten käme der Delegationsautomatismus von Artikel 47 Absatz 6 RVOG zum Tragen.

Soll der Bundesrat erst-, aber nicht letztinstanzlich entscheiden, so muss er für die betreffenden Fälle als Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts in Artikel 33 Buchstabe b VGG aufgeführt werden. 761

Bundesrechtliche Vorgaben über die Anzahl kantonaler Rechtsmittelinstanzen

Der kantonale Instanzenzug muss den Anforderungen von Artikel 75 Absatz 2, 80 Absatz 2, 86 Absatz 2 und 3, 87, 88 Absatz 2, 110–112 und 114 BGG genügen. Weitergehende Vorgaben sind in der Regel nicht erforderlich und dürfen – angesichts von Artikel 46 Absatz 3 BV – nur in begründeten Fällen geschaffen werden. 762

Beispiel

- Art. 57 Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1).

Ausschluss der Beschwerde an das Bundesgericht

Dem heutigen Katalog von Sachgebieten, in denen die Beschwerde (in Zivil- oder Strafsachen bzw. in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten) an das Bundesgericht nicht zulässig ist (Art. 73, 79, 83, 84 BGG), liegen keine streng logischen Kriterien zugrunde. Es lassen sich etwa folgende Gruppen bilden: 763

- Entscheide, für die eindeutig und überwiegend politische Überlegungen massgebend sind, z.B. in den Bereichen Aussenpolitik sowie innere und äussere Sicherheit; in diesen Fällen ist der Bundesrat letzte Instanz (s. Art. 72 Bst. a VwVG; Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG).
- Bereiche mit faktisch beschränkten Überprüfungsmöglichkeiten, wo eine zweimalige richterliche Prüfung nicht viel brächte: zum Beispiel Ergebnisse von Prüfungen und Fähigkeitsbewertungen; Gewährung von Subventionen, auf die kein Anspruch besteht; Typengenehmigungen von Motorfahrzeugen; Vergabe von öffentlich ausgeschriebenen Konzessionen für Rundfunkveranstalter.
- Angelegenheiten, die relativ rasch entschieden werden sollten und in denen teilweise noch mit späteren Verfahren Rechtsschutz verlangt werden kann: zum Beispiel Tarife der Leistungserbringer in der Krankenversicherung; Organzuteilung in der Transplantationsmedizin; internationale Amtshilfe; öffentliche Kaufangebote nach Finanzmarktinfrastrukturgesetz.
- Bereiche, in denen der Instanzenzug wegen grosser Fallzahlen und eines Beurteilungsspielraums der vollziehenden Behörden traditionell beschränkt war: zum Beispiel Ausländer- und Asylrecht; Militär-, Zivil- und Zivilschutzdienst; Stundung und Erlass von Abgaben.

Die Ausnahmetatbestände sollten nur erweitert werden, wenn dafür überzeugende sachliche Gründe angeführt werden können. Sie schränken den Rechtsschutz ein und limitieren die Rechtsvereinheitlichung auf Bundesebene, weshalb sie grundsätzlich eng gehalten werden sollten. Zahlenmässig unerhebliche Ausnahmen 764

oder solche, die hauptsächlich dem Komfort der verfügenden Behörden dienen, müssen vermieden werden. Beim Argument der zeitlichen Dringlichkeit ist Vorsicht geboten: Das Bundesgericht kann solchen Umständen mit einer prioritären Behandlung der Beschwerde oder, wenn ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gestellt wird, mit dessen Ablehnung Rechnung tragen (s. Art. 103 BGG; die Beschwerde an das Bundesgericht hat in der Regel keine aufschiebende Wirkung).

765 Neue Ausnahmen von der sachlichen Zuständigkeit des Bundesgerichts (insb. in Art. 83 BGG) sind so zu formulieren, dass man zumindest ungefähr versteht, um welche Entscheide es geht, und nur bei näherem Interesse allenfalls andere Erlasse konsultieren muss. Ein blosser Verweis auf einen Artikel eines Spezialgesetzes genügt daher nicht (Negativbeispiel: Art. 83 Bst. p Ziff. 2 und 3 BGG). Wenn materiell-rechtliche Regelungen der Bundesgesetzgebung von den Kantonen zu vollziehen sind, sollte gegen deren Entscheide in der Regel ein bundesrechtliches Rechtsmittel zur Verfügung stehen, mit dem die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden kann. Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Artikel 113 ff. BGG genügt dieser Forderung nicht.

Unmittelbare Vorinstanzen des Bundesgerichts

766 Das BGG bestimmt die Vorinstanzen, deren Akte direkt beim Bundesgericht anfechtbar sind, in den Artikeln 75, 77, 80 und 86–88. Abgesehen von einzelnen Ausnahmen für Stimmrechtssachen (Art. 88 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 BGG; s. dazu BGE 134 I 199 E. 1.2) und für kantonale Entscheide mit vorwiegend politischem Charakter (Art. 86 Abs. 3 BGG) kennt das BGG nur Gerichte als unmittelbare Vorinstanzen des Bundesgerichts. Diese Gerichte stellen sicher, dass bei Streitigkeiten sowohl Sachverhalts- als auch Rechtsfragen von einer unabhängigen Instanz geprüft werden. Vor Bundesgericht können grundsätzlich nur Rechtsverletzungen gerügt werden.

767 Über die oben erwähnten engen Ausnahmen hinaus dürfen weder der Bundesrat noch Verwaltungsbehörden als unmittelbare Vorinstanz des Bundesgerichts vorgesehen werden. Um eine optimale Filterwirkung durch obere Gerichte zu gewährleisten, sollen künftig nirgends mehr eidgenössische Kommissionen oder untere richterliche Behörden der Kantone als Vorinstanzen des Bundesgerichts bezeichnet werden (s. Art. 86 Abs. 2 zweiter Halbsatz BGG).

Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht gegen kantonale Entscheide

Gegen kantonale Entscheide kann nur beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde geführt werden, wenn ein Spezialgesetz dies vorsieht (Art. 33 Bst. i VGG). Ein solcher Beschwerdeweg soll nur ausnahmsweise eingeführt werden. Normalerweise führt der Instanzenzug bei kantonalen Entscheiden über ein oberes kantonales Gericht zum Bundesgericht. *768*

Beispiel

- Art. 53 KVG (SR 832.10).

Parteistellung, Beschwerderecht

Im Zivil- und Strafrecht wird die Legitimation zur Ergreifung von Rechtsmitteln durch die ZPO, die StPO, das VStrR und das BGG abschliessend geregelt. *769*

Im öffentlichen Recht besteht hingegen nach Artikel 48 Absatz 2 VwVG und Artikel 89 Absatz 2 Buchstabe d BGG Raum für spezialgesetzliche Beschwerderechte. Diese wirken sich nach Artikel 6 VwVG bzw. Artikel 111 Absatz 1 BGG auch auf die Parteistellung im erstinstanzlichen Verfahren aus. Die Schaffung eines zusätzlichen Beschwerderechts kann angezeigt sein, wenn gewisse Entscheide, die öffentliche Interessen verletzen könnten, aufgrund der Interessenlage von den üblichen Parteien meist nicht angefochten werden (z.B. im Umweltbereich) oder wenn eine ausserhalb der Zentralverwaltung stehende Bundesbehörde (Art. 2 Abs. 3 RVOG) zur Wahrung ihrer Umsetzungs- oder Aufsichtsaufgaben das Beschwerderecht benötigt. Richtet der Gesetzgeber funktionell unabhängige erstinstanzliche Behörden ein (insb. Behördenkommissionen), sollte er konsequenterweise auch die Beschwerdebefugnis erteilen. *770*

Beispiele

- Verbandsbeschwerde nach Art. 28 Gentechnikgesetz (GTG; SR 814.91);
- Art. 21 Preisüberwachungsgesetz (PüG; SR 942.20);
-
- Art. 54 Abs. 2 Finanzmarktaufsichtsgesetz (FINMAG; SR 956.1);
- Art. 108 Abs. 1 Bst. i und j Geldspielgesetz (BGS, SR 935.51).

Die Beschwerderechte nach BGG und VwVG sollen nicht durch Spezialgesetze eingeschränkt werden. Für die blosse Delegation des Beschwerderechts des Departements nach Artikel 89 Absatz 2 Buchstabe a BGG an eine unterstellte Dienststelle genügt eine Verordnung. *771*

Definition der Anfechtungsobjekte (Verfügung; Vor-, Zwischen-, Teil- und Endentscheid)

772 Die Begriffe für die Anfechtungsobjekte aus den allgemeinen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege sollen in Spezialerlassen nicht mit anderer Bedeutung verwendet werden.

773 Von den Definitionen in Artikel 5, 25*a*, 45 und 46 VwVG sowie Artikel 90–93 BGG soll nicht abgewichen werden. Allfällige Beschränkungen des Rechtsschutzes gehören in die Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit. Sie können nicht über abweichende Begriffsbestimmungen für die Anfechtungsobjekte vorgenommen werden. Grundsätzlich sollten auch keine bereichsspezifischen Bedingungen für die Anfechtung von Vor- und Zwischenentscheiden erlassen werden.

774 Wenn zweifelhaft ist, ob ein Akt als Anfechtungsobjekt zu gelten hat (z.B. als Verfügung oder als Zwischenentscheid, der einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann), so kann im Spezialgesetz eine Klarstellung vorgenommen werden. Sofern ein ausgewiesenes Rechtsschutzbedürfnis besteht, kann der Gesetzgeber auch anordnen, dass über bestimmte Fragen oder über Realakte – unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen von Artikel 5 VwVG – in Form einer Verfügung entschieden werden muss.

Beispiele

-
- Art. 25*a* Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG; SR 172.021);
- Art. 53 Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1);
- Art. 40 Abs. 1 Bst. d und e Eisenbahngesetz (EBG; SR 742.101).

Beschwerdegründe

775 Das BGG regelt die Beschwerdegründe (und damit gleichzeitig die Kognition des Bundesgerichts) für die Einheitsbeschwerden in den Artikeln 95, 96, 97 Absatz 1 sowie 98, für die subsidiäre Verfassungsbeschwerde in Artikel 116 und für die Beschwerde in Zivilsachen gegen Schiedsgerichtsentscheide in Artikel 77 Absatz 1 und 2 BGG. (Die unbeschränkte Sachverhaltskontrolle bei Entscheiden über Geldleistungen der Unfallversicherung und der Militärversicherung gemäss Art. 97 Abs. 2 BGG ist systemwidrig und soll bei nächster Gelegenheit abgeschafft werden.)

776 Im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht gelten die Beschwerdegründe von Artikel 49 VwVG (s. Art. 37 VGG). Das bedeutet, dass auch die Rüge der Unangemessenheit zulässig ist, sofern sich die Beschwerde nicht gegen einen kantonalen Beschwerdeentscheid richtet. Bei der Schaffung des VGG wurde für das Bundesverwaltungsgericht die volle Kognition der damaligen Rekurskommissionen übernommen. Man wollte – laut Botschaft – eine Verkürzung des Rechtsschutzes vermeiden.

Die Beschwerdegründe des BGG sollten weder im BGG selbst noch in einem Spezialgesetz geändert werden. Das Gleiche gilt grundsätzlich mit Bezug auf das VwVG. Dennoch schliessen verschiedene Spezialgesetze die Rüge der Unangemessenheit aus. 777

Beispiele 778

- Art. 56 Abs. 3 Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1)
- Art. 32 Abs. 3 Filmgesetz (FiG; SR 443.1)
- Art. 50 Abs. 2 Humanforschungsgesetz (HFG; SR 810.30).

Rechtsmittelfristen

Die Frist für ordentliche Rechtsmittel beträgt im Bundesrecht normalerweise 30 Tage, sowohl bei Endentscheiden als auch bei Zwischenentscheiden (Art. 100 Abs. 1, 101 BGG; Art. 50 Abs. 1 VwVG; Art. 311 Abs. 1, 321 Abs. 1 ZPO; Art. 67 Abs. 1 VStrR). Im Interesse der Rechtssicherheit muss die Zahl der Ausnahmen möglichst gering gehalten werden. 779

Kürzere Rechtsmittelfristen als Massnahme zur Verfahrensbeschleunigung sind nur dann sinnvoll, wenn wegen der besonderen Natur des Verfahrensgegenstands klar ist, dass die Behörde nachher sehr rasch entscheiden muss – anders gesagt: wenn der durch die Verkürzung der Rechtsmittelfrist erzielte Zeitgewinn einen wesentlichen Teil der ganzen Verfahrensdauer ausmacht. Ferner sind kürzere Fristen denkbar, wenn die Partei das Rechtsmittel einlegen kann, ohne dass sie eine eigentliche Rechtsschrift ausarbeiten muss. Dès lors qu'ils dérogent à la règle générale, les délais plus courts doivent être expressément prévus dans des lois spéciales. 780

Beispiele

- Art. 64*a* Abs. 2 Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG; SR 142.20);
- Art. 56 Abs. 1 Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1);
- Art. 100 Abs. 2-4 Bundesgerichtsgesetz (BGG; SR 173.110);

Art. 354 Strafprozessordnung (StPO; SR 312.0).

Hinsichtlich der Fristen für Beschwerden an das Bundesgericht dürfen die Spezialgesetze nicht vom BGG abweichen. 781

Aufschiebende Wirkung, vorsorgliche Massnahmen

Spezialbestimmungen über die aufschiebende Wirkung von Rechtsmitteln oder über die Anordnung vorläufiger Massnahmen in hängigen Verfahren sind in der Regel nicht erforderlich. 782

Die Regeln der allgemeinen Prozessgesetze lassen der verfahrensleitenden Behörde grundsätzlich genügend Spielraum für eine vernünftige Handhabung der 783

aufschiebenden Wirkung und allfälliger vorsorglicher Massnahmen. Sachgerechte Entscheide über diese Fragen setzen meistens eine Interessenabwägung im Einzelfall voraus.

784 Für Beschwerdeverfahren nach VwVG kann bei besonderen Gegebenheiten gesetzlich statuiert werden, dass die Beschwerde keine aufschiebende Wirkung hat (s. den Vorbehalt in Art. 55 Abs. 5 VwVG). Dabei ist klarzustellen, ob das Gesetz die aufschiebende Wirkung ganz ausschliesst oder nur unter dem Vorbehalt, dass sie nicht im Einzelfall von der Beschwerdeinstanz gewährt wird.

Beispiele

- Art. 74 Abs. 2 Urheberrechtsgesetz (URG; SR 231.1);
- Art. 54 Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1);
- Art. 93 Abs. 5 Mehrwertsteuergesetz (MWSTG; SR 641.20): Totalausschluss der aufschiebenden Wirkung, die oben erwähnte Klarstellung fehlt jedoch.

785 Art. 56 VwVG über vorsorgliche Massnahmen richtet sich gemäss Wortlaut und Systematik an die Beschwerdeinstanzen. Die Bestimmung kann nach Praxis des Bundesgerichts auf dem Weg der Analogie auch in bestimmten erstinstanzlichen Verfahren wie im Kartellrecht angewandt werden (BGE 130 II 149 E. 2.1).. Unklar ist, ob dies generell für alle anderen Bereiche auch gilt. Gemäss Lehre ist eine analoge Anwendung jedenfalls zu verneinen, wenn eine spezialgesetzliche Regelung abschliessend ist, was durch Auslegung zu ermitteln ist.

786 Für vorsorgliche Massnahmen, die als Endentscheid im Sinne von Artikel 90 BGG zu qualifizieren sind (d.h. nicht bloss für die Dauer des Verfahrens bis zum Entscheid über die Hauptsache angeordnet werden), muss eine ausreichende gesetzliche Grundlage im materiellen Recht vorhanden sein bzw. geschaffen werden.

Beispiele

- Art. 23 Abs. 3 Seilbahngesetz (SebG; SR 743.01);
- Art. 26 Bankengesetz (BankG; SR 952.0).

Behandlungsfristen

787 Art. 29 Abs. 1 BV gewährt in Verfahren vor Verwaltungs- und Gerichtsinstanzen einen grundrechtlichen Anspruch auf Beurteilung innert angemessener Frist. Effiziente Verfahren ohne zeitliche Verzögerungen erfordern ausreichende personelle und technische Ressourcen der zuständigen Behörde sowie eine umsichtige, vorausschauende Verfahrensleitung, die sich auf die rechtlich relevanten Fragen konzentriert und auch das mögliche prozesstaktische Verhalten der Parteien in ihre Überlegungen einbezieht.

788 Gesetzliche Behandlungsfristen sind in der Regel nicht sinnvoll, weil sie zu wenig auf die verschiedenen möglichen Fallkonstellationen abgestimmt werden können.

Ausserdem kann die Überschreitung solcher Behandlungsfristen meistens nicht mit wirksamen Rechtsfolgen verbunden werden.

Eine Behandlungsfrist kann ausnahmsweise angebracht sein, wenn die Verfahrensdauer aus übergeordneten Interessen, insbesondere zum Schutz vor unzulässigen Eingriffen in Grundrechte, zwingend limitiert werden muss. *789*

Beispiel

- Art. 80 Abs. 2 Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG; SR 142.20).

Verfahrenskoordination

Haben aufgrund eines bestimmten Sachverhalts mehrere Behörden Verfügungen zu treffen, zwischen denen ein innerer Zusammenhang besteht, so muss darauf geachtet werden, dass die Verfahrensvorschriften eine koordinierte Rechtsanwendung ermöglichen. *790*

Die Pflicht zur Koordination von Verfahren ist vor allem im Raumplanungs- und Umweltrecht entwickelt worden (s. BGE 137 II 182 E. 3.7.4.1). Sie muss aber auch in anderen Rechtsbereichen berücksichtigt werden, wenn sich dort ähnliche Situationen ergeben. Dies kann beispielsweise bei parallel durchzuführender Verwaltungssanktions- und Strafverfahren der Fall sein, welche jeweils von unterschiedlichen Verfahrensordnungen und Verfahrensmaximen beherrscht werden (vgl. BBl 2022 776, Ziff. 5.9.2). *791*

Als Minimum muss gewährleistet sein, dass die betroffenen erstinstanzlichen Behörden im Einzelfall ihr Vorgehen in materieller und prozessualer Hinsicht miteinander koordinieren können. Das bedeutet, dass nicht für die eine Verfügung besondere Verfahrensvorschriften gelten sollten (z.B. Einspracheverfahren, abweichende Fristen), die für die andere(n) nicht gelten. Ausserdem muss der Rechtsmittelweg für die Anfechtung der Verfügungen so bald wie möglich zu einer gemeinsamen Beschwerdeinstanz führen – bei mehreren beteiligten Bundesbehörden zum Bundesverwaltungsgericht – und von dort einheitlich bleiben bis zur letzten Instanz. Ist damit zu rechnen, dass bei gewissen Verfahren regelmässig ein Koordinationsbedarf besteht, so empfiehlt es sich, einer der beteiligten Verwaltungsbehörden in einem Rechtssatz die Verantwortung für die Koordination zuzuweisen. *792*

Beispiel

- Art. 25*a* Raumplanungsgesetz (RPG; SR 700).

Soweit nicht verfassungsmässige Kompetenzen der Kantone entgegenstehen, kann der Bundesgesetzgeber anordnen, dass über alle Bewilligungen, die für Tätigkeiten oder Anlagen einer bestimmten Kategorie erforderlich sind (einschliesslich Einsprachen gegen Enteignungen), aufgrund eines konzentrierten Verfahrens in einer einzigen Verfügung (Konzession, Plangenehmigung oder Bewilligung) entschieden wird. Die verfügende Behörde hat dabei die Stellungnahmen der sonst *793*

für die Einzelbewilligungen zuständigen Fachbehörden einzuholen, bevor sie entscheidet (s. Art. 62*a* RVOG).

Beispiele

- Art. 26 Abs. 2, 28 Abs. 1 Bundesgesetz über die Nationalstrassen (NSG; SR 725.11);
- Art. 49 Abs. 2, 57 Kernenergiegesetz (KEG; SR 732.1).

Formvorschriften im öffentlichen Recht des Bundes

Allgemeines

794 Zahlreiche Erlasse des Bundes enthalten Formvorschriften wie z.B. die «Schriftform» oder die «Unterschrift». Im allgemeinen Sprachgebrauch sind dies eingängige Begriffe. Aus einer rechtlichen Perspektive sind jedoch verschiedene Bedeutungen möglich. Im öffentlichen Recht des Bundes fehlt eine Legaldefinition der Schriftlichkeit, woraus sich einige Flexibilität ergibt.

Auf begrifflicher Ebene lässt sich generell sagen, dass Ausdrücke wie «schriftlich» nicht automatisch auf die «einfache Schriftlichkeit» des Obligationenrechts schliessen lassen (vgl. Art. 13 und 14 Abs. 2bis OR). Oftmals bedeutet dies nur, dass die mündliche Form oder stillschweigende Erklärungen ausgeschlossen sind. Ob eine eigenhändige Unterschrift oder eine elektronische Signatur erforderlich sind, ist durch Auslegung zu ermitteln. Dabei ist oft die Frage nach dem Normzweck entscheidend. Formvorschriften bezwecken namentlich die Fixierung von Informationen, den Schutz der Integrität und Authentizität von Dokumenten und den Übereilungsschutz. Die konkreten Anforderungen und Schutzvorkehrungen variieren je nach Anwendungsfall.

Weiterführende Hinweise sind im Leitfaden zur Auslegung und Gestaltung von Formvorschriften im öffentlichen Recht des Bundes vom 19. September 2023 enthalten, abrufbar unter www.bj.admin.ch > Staat und Bürger > Legistische Hauptinstrumente.

Hinweise zur Gestaltung von Formvorschriften

795 Im Zusammenhang mit der Digitalisierung stellt sich regelmässig die Frage, ob eine bestehende Formvorschrift geändert werden muss. Eine Rechtsänderung sollte nur in Betracht gezogen werden, wenn mittels Auslegung erstellt ist, dass eine effiziente Geschäftsabwicklung verhindert wird, insbesondere indem die Formvorschrift durchgängig digitalen Geschäftsabläufen entgegensteht.

Rechtsänderungen sind insbesondere nötig, wenn von allgemeinen Vorgaben wie etwa vom Schriftformerfordernis für erstinstanzliche Verfügungen (Art. 34 Abs. 1 VwVG) abgewichen werden soll. Spezialgesetzliche Formvorschriften können auch erforderlich sein, wenn keine allgemeinen Vorgaben anwendbar sind. Zur Zulässigkeit der Rechtsetzung auf Verordnungsstufe siehe Kapitel 12 hiervor.

Wichtig ist, dass das erforderliche Schutzniveau sich je nach Anwendungsfall unterscheidet. Folglich sollte der Entscheid über die hiervon abzuleitende Formvorschrift im Rahmen einer Risiko-Nutzen-Abwägung erfolgen. Insbesondere ist nicht für jeden Geschäftsvorgang eine Unterschrift zwingend nötig. Ausdrücke wie «schriftlich» können und sollen weiterhin verwendet werden. Die mit der Formvorschrift verfolgten Zwecke sollte in den Materialien beschrieben werden. Nicht verwendet werden sollte demgegenüber die bisher vereinzelt anzutreffende Formulierung «Form, die den Nachweis der Vereinbarung / des … durch Text ermöglicht».

Beispiele:

- Art. 6, 11, 13 und Anhang 1 der Verordnung über den Verkehr mit Abfällen (VeVA, SR 814.610).
- Art. 6 Verordnung über die elektronische Übermittlung im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens (VeÜ-VwV, SR 172.021.2).
- Art. 7 Abs. 1 der Öffentlichkeitsverordnung (VBGÖ, SR 152.31).

796 Bei der Gestaltung von Formvorschriften ist im Weiteren darauf zu achten, dass die Behörden einen rechtsgleichen und diskriminierungsfreien Zugang zu ihren Leistungen sicherstellen. Jedenfalls im Kontakt mit der Bevölkerung im Allgemeinen sollte die Nutzung elektronischer Kanäle derzeit nicht alternativlos sein. In jüngerer Zeit haben sich verschiedene Regelungsansätze bzw. neue technische Lösungsansätze ergeben, welche an Stelle der elektronischen Signaturen nach dem Bundesgesetz über die elektronische Signatur (ZertES, SR 943.03) treten können. Dabei bieten Technologien wie Behördenplattformen unter Umständen die Möglichkeit, die Einhaltung von Formvorschriften bereits zum Übermittlungszeitpunkt automatisiert zu prüfen. Zur Vermeidung von überspitzten Anforderungen an die Form sind freilich verfahrensrechtliche Absicherungen in Erwägung zu ziehen. Den Adressaten sind wenn nötig mehrere mögliche Kommunikationsformen mit unterschiedlichem Anforderungsprofil anzubieten (z.B. Übermittlung strukturierter Daten entweder über manuell auszufüllende Online-Formulare oder über Maschine-zu-Maschine-Schnittstellen).

Beispiele:

- Art. 20 Abs. 1 sowie Art. 22 Abs. 2 des Entwurfs des Bundesgesetzes über die Plattformen für die elektronische Kommunikation in der Justiz (BEKJ; BBl 2023 680)
- Art. 75 Abs. 4 des Entwurfs des BAZG-Vollzugsaufgabengesetzes (BBl 2022 2725)

Weiterführende Hinweise und zahlreiche Beispiele sind im Leitfaden des Bundesamtes für Justiz zur Auslegung und Gestaltung von Formvorschriften im öffentlichen Recht enthalten (Fundstelle siehe Ziff. 1 hiervor).

Formularpflichten

797 Ein Formular ist ein amtlicher Vordruck zur Beantwortung bestimmter Fragen oder um Angaben zu machen. Als Inbegriff des bürokratisierten Verwaltungsbetriebs steht es regelmässig am Anfang von Massenverfahren (z.B. ein Gesuchsformular). Es ermöglicht einen standardisierten schriftlichen Dialog zwischen den Rechtsadressaten und der Behörde. Formulare erscheinen in unterschiedlichen Formen, insbesondere als Papierformulare, als elektronische Formulare in Dateien (etwa im PDF-Format) oder als Online-Eingabemasken.

Die Pflicht, ein Formular zu benützen, kann als besondere Formvorschrift betrachtet werden. Ob eine solche Formularpflicht einer spezifischen gesetzlichen Grundlage bedarf, ist nicht restlos geklärt. Um unnötige Zweifel in der Rechtsanwendung zu vermeiden, ist es daher anzuraten, eine Formularpflicht im sektoriellen Recht zu verankern.

Beispiele:

- Verordnung über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr vom 27. Oktober 1976 (VZV; SR 741.51), Anhänge 2a ff.;
- Verordnung über die Ursprungsregeln für Zollpräferenzen zugunsten der Entwicklungsländer vom 30. März 2011 (VUZPE; SR 946.39), Anhang 2.

798 Die Rechtsfolge im Säumnisfall sollte ebenfalls verankert werden, sofern die Grundregel von Artikel 13 Absatz 2 VwVG nicht anwendbar ist oder sich aus rechtspolitischen Erwägungen Abweichungen hiervon aufdrängen (für ein Beispiel siehe etwa Art. 29 und Art. 43 Abs. 3 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG, SR 830.1]).

In jedem Fall muss sich ein Formular, das von der Verwaltung herausgegeben wird und von den Parteien auszufüllen ist, auf diejenigen Inhalte beschränken, die nach dem anwendbaren Recht erforderlich sind.

Weiterführende Hinweise zu Formularpflichten sind im Leitfaden des Bundesamtes für Justiz zur Auslegung und Gestaltung von Formvorschriften im öffentlichen Recht enthalten (Fundstelle siehe Ziff. 1 hiervor).

14 Datenschutz

Grundlagen

Grundrechtlicher Schutz der Personendaten

Art. 13 Abs. 2 BV verankert einen grundrechtlichen Anspruch auf informationelle Selbstbestimmung. Er umfasst nach herrschender Lehre und Rechtsprechung über den Wortlaut hinaus nicht nur den «Missbrauch der persönlichen Daten», sondern jeden Umgang des Staates mit personenbezogenen Angaben (z.B. ihr Erheben, Sammeln, Verarbeiten, Aufbewahren und Weitergeben; siehe BGE 138 II 346, E. 8.2 auf Deutsch oder BGE 140 I 381, E. 4.1 auf Französisch). Der Umgang mit Personendaten muss deshalb die allgemeinen Voraussetzungen für die Einschränkung von Grundrechten erfüllen (s. *Rz. 667*). Diese Voraussetzungen sind bei der Ausarbeitung eines Erlasses zu beachten, der eine Bearbeitung von Personendaten regelt oder zur Folge hat. *799*

Verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung

Die Bundesverfassung enthält keine Bestimmung, die den Bund ausdrücklich zur Gesetzgebung im Bereich des Datenschutzes ermächtigt. Der Bund kann somit Datenschutzbestimmungen nur auf der Grundlage von Verfassungsnormen erlassen, die ihm die Gesetzgebungskompetenz auf einem bestimmten Gebiet übertragen. *800*

Beispiel

- Das neue Datenschutzgesetz vom 25. September 2020 (DSG, SR 235.1), welches das Datenschutzgesetz von 1992 ersetzt (aDSG), regelt die Datenbearbeitung durch Private und durch Bundesorgane (s. Gesetzgebungsleitfaden Datenschutz von August 2022 auf der Homepage des Bundesamts für Justiz, Legistische Hauptinstrumente). Dieses Gesetz stützt sich auf die Zuständigkeit der Bundes für die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts (Art. 122 BV) sowie für den Erlass von Vorschriften über die privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit (Art. 95 BV) und den Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten (Art. 97 Abs. 1 BV). Im Bereich des öffentlichen Rechts stützt sich der Gesetzgeber auf die Organisationsbefugnis des Bundes (implizite Kompetenz im Sinne von Art. 173 Abs. 2 BV), um die Datenschutzbestimmungen zu erlassen, die für die Behörden sowie für Organisationen oder Personen, die nicht der Bundesverwaltung angehören und mit Verwaltungsaufgaben betraut werden, gelten (BBl 2017 6941, 7185).

Es obliegt den Kantonen, in ihren Kompetenzbereichen Gesetze zum Datenschutz zu erlassen. Dies gilt namentlich für die Personendatenbearbeitung durch kantonale und kommunale Behörden. Es spielt dabei keine Rolle, ob diese Behörden selbst Personendaten erheben, oder ob sie diese vom Bund z.B. im Rahmen der *801*

Amtshilfe oder durch einen Online-Zugang erhalten (BBl 2003 2101, 2105).

802 Gewisse Bereiche, in denen der Bund zuständig ist, verfügen über eine spezifische Regelung des Datenschutzes. Der Bund kann dort, wo ihm die Bundesverfassung eine Gesetzgebungskompetenz einräumt, Datenschutzregeln erlassen, die auch für die kantonalen Umsetzungsorgane gelten, wie beispielsweise im Bereich der Sozialversicherungen. Allerdings muss der Bund darauf achten, nicht in die Organisationshoheit der Kantone einzugreifen (Art. 47 BV; BBl 2017 6941, 7185–7186). Eine mögliche Lösung in solchen Fällen kann darin bestehen, auf die Datenschutzbestimmungen des Bundes und die Gesetzgebung der Kantone zu verweisen.

Beispiele

- In Bezug auf Daten, welche im Rahmen eines Strafverfahrens oder im Rahmen des Vollzugs eines Rechtshilfeersuchens gesammelt wurden, richtet sich das Recht auf Auskunft nach Abschluss des Verfahrens nach dem Datenschutzgesetz (DSG), wenn eine Bundesbehörde mit dem Rechtshilfeersuchen befasst ist, oder nach kantonalem Recht, wenn eine kantonale Behörde damit befasst ist (Art. 10 Abs. 1 Bst. b Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs [BÜPF, SR 780.1, geändert durch das DSG]).
- Im Bereich der Sozialversicherungen bestehen in sämtlichen Versicherungsbereichen spezifische Datenschutznormen (z.B. Art. 49*b* AHVG, SR 831.1).
- Für die Bearbeitung und die Bekanntabe von Personendaten in Umsetzung des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS; SR 120) gelten die Datenschutzbestimmungen des Bundes.

803 Wenn ein Bundesorgan Personendaten zusammen mit kantonalen Organen bearbeitet, regelt der Bundesrat die Kontrollverfahren und die Verantwortung für den Datenschutz (Art. 33 DSG).

Tragweite des Datenschutzgesetzes

804 Das Datenschutzgesetz regelt den Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte der natürlichen Personen, deren Personendaten durch Privatpersonen oder Bundesorgane bearbeitet werden (Art. 1 u. 2 DSG).

Die Auswirkungen des Datenschutzgesetzes auf die Erarbeitung von Rechtsgrundlagen sind im «Gesetzgebungsleitfaden Datenschutz» dargelegt und seit Ende August 2022 auf der Webseite des BJ unter der Rubrik «Legistische Hauptinstrumente» aufgeschaltet. Die Ausführungen dazu sind im Dokument Totalrevision des Datenschutzgesetzes (DSG) – Übersicht zu den wichtigsten Änderungen für die Erarbeitung der Rechtsgrundlagen betreffend Datenbearbeitungen durch Bundesorgane beschrieben (ebenfalls unter dem oben genannten Link unter Legistische Hauptinstrumente verfügbar).

Wenn ein Bundesorgan Daten bearbeitet, die keine Informationen enthalten, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare natürliche Person beziehen, ist das Datenschutzgesetz nicht anwendbar. Hingegen umfasst der Geltungsbereich des DSG die Daten über juristische Personen nicht. Die Bearbeitung dieser Daten ist in den Artikeln 57r–57t des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (RVOG, SR 172.010) geregelt, wie sie durch Anhang 1/II des DSG eingeführt wurden. Mit dem Artikel 57r RVOG besteht eine allgemeine gesetzliche Grundlage, die direkt für die Bearbeitung von Daten juristischer Personen anwendbar ist. Wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind, erübrigt sich die Schaffung einer besonderen gesetzlichen Grundlage. Die Bekanntgabe von Daten juristischer Personen erfordert hingegen eine besondere gesetzliche Grundlage (Art. 57s RVOG).

Das DSG hält die Grundsätze fest, die für den Umgang mit Personendaten gelten: *805*

- Bundesorgane dürfen Personendaten nur dann bearbeiten, wenn dafür eine gesetzliche Grundlage besteht (Art. 34 Abs. 1 DSG).
- Für die Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten, bei einem Profiling oder wenn der Bearbeitungszweck oder die Art und Weise der Bearbeitung zu einem Eingriff in die Grundrechte der betroffenen Person führt, muss eine Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinn gegeben sein (Art. 34 Abs. 2 DSG). Eine Ausnahme, deren Auslegung restriktiv zu handhaben ist, findet sich in Art. 34 Abs. 3 DSG.
- Bei der Bearbeitung von Personendaten sind die Grundsätze der Rechtmässigkeit, von Treu und Glauben, der Erkennbarkeit, der Verhältnismässigkeit, die den Grundsatz der Datensparsamkeit beinhaltet, der Zweckbindung sowie der Richtigkeit der Daten zu beachten (Art. 6 DSG). Der Verantwortliche muss eine dem Risiko angemessene Datensicherheit gewährleisten (Art. 8 DSG und Art. 1–6 der neuen Datenschutzverordnung, DSV, SR 235.11).
- Das DSG führt die Grundsätze des Datenschutzes durch Technik und datenschutzfreundliche Voreinstellungen ein (Art. 7 DSG), die sich teilweise aus den Grundsätzen der Verhältnismässigkeit und der Datensicherheit (Art. 8 DSG) ergeben.

Ohne abweichende Regelung in einem Spezialgesetz gelten die Bestimmungen des DSG. Mit spezifischen Rechtsgrundlagen, die bestimmte Bereiche regeln, kann der Gesetzgeber von gewissen Grundsätzen des DSG abweichen. Er muss dabei aber die im DSG umgesetzten verfassungsrechtlichen Grundlagen sowie das internationale Recht, insbesondere die Datenschutz-Konvention 108+ des Europarates und die Schengen-relevante EU-Richtlinie 2016/680 zum Datenschutz in Strafsachen, erfüllen. Ebenso sollte er die Datenschutz-Grundverordnung der EU für den Erhalt des Angemessenheitsbeschlusses berücksichtigen. *806*

Laut Art. 5 DSG bedeuten: *807*

- Personendaten: alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare natürliche Person beziehen;

- besonders schützenswerte Personendaten: Daten über religiöse, weltanschauliche, politische oder gewerkschaftliche Ansichten oder Tätigkeiten, Daten über die Gesundheit, die Intimspähre oder die Zugehörigkeit zu einer Rasse oder Ethnie, genetische Daten, biometrische Daten, die eine natürliche Person eindeutig identifizieren, Daten über verwaltungs- und strafrechtliche Verfolgungen oder Sanktionen, Daten über Massnahmen der sozialen Hilfe (abschliessende Aufzählung);
- Profiling: eine bestimmte Art der automatisierten Datenbearbeitung, bei der Personendaten für die automatisierte Bewertung bestimmter persönlicher Aspekte einer natürlichen Person verwendet werden. Dieser Begriff ersetzt den Begriff Persönlichkeitsprofil, unterscheidet sich allerdings von diesem. Mithilfe von Algorythmen werden beim Profiling Aspekte z.B. bezüglich Arbeitsleistung, Gesundheit, Verhalten, Aufenthaltsort oder Ortswechsel einer natürlichen Person analysiert oder vorhergesagt (vgl. auch FAQ Datenschutzrecht, BJ, September 2023).

808 Führt eine Einheit der Bundesverwaltung elektronische Systeme zur Verwaltung ihrer Geschäftsprozesse oder Dokumente, kann Artikel 57*h* RVOG, geändert durch Anhang 1/II des DSG, die formelle gesetzliche Grundlage bilden. Eine besondere Regelung erübrigt sich, wenn die Bestimmungen des RVOG und der GEVER-Verordnung (SR 172.010.441) eine hinreichend genaue gesetzliche Grundlage für die Nutzung des betroffenen Systems bieten. Bei nicht ganz alltäglichen Prozessen hingegen wird die Datenbearbeitung wahrscheinlich im betroffenen Rechtsbereich entsprechend reglementiert.

Anforderungen an die Rechtsgrundlagen

Normstufe und Normdichte

809
- Normstufe: Bei einem schweren Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV; SR 101), ist eine gesetzliche Grundlage in Form eines formellen Gesetzes erforderlich (Art. 36 Abs. 1 BV, Art. 34 Abs. 2 und Art. 36 Abs. 1 DSG).
- Normdichte: Die Bestimmtheit muss der Schwere des Grundrechtseingriffs angemessen sein. Massgebend sind insbesondere die Art der Daten, die Art und Weise der Datenbearbeitung, der Zweck der Datenbearbeitung, die Anzahl und der Kreis der betroffenen Personen, der allfällige Einbezug weiterer Stellen in die Datenbearbeitung (Bundesorgane, kantonale Organe oder private Stellen) oder der Einsatz neuer Technologien. Für die Bearbeitung von Personendaten nach Art. 34 Abs. 2 DSG, die einen schwerwiegenden Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung darstellt, gelten die Anforderungen nach Rz. 813.

Bearbeitung von Personendaten

Bundesorgane dürfen Personendaten nur bearbeiten, wenn dafür eine gesetzliche Grundlage besteht (Art. 5 Abs. 1 BV; Art. 34 Abs. 1 DSG). *810*

Eine gesetzliche Grundlage für die Bearbeitung von Personendaten soll im Wesentlichen Antworten auf folgende Fragen liefern:

- Wer bearbeitet zu welchem Zweck welche Daten, und auf welche Weise (wer, warum, was, wie)?

Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten, Profiling, oder andere schwerwiegende Eingriffe in die Grundrechte der betroffenen Person

Für die Bearbeitung besonders schützenswerter Daten, bei Profiling, oder wenn der Bearbeitungszweck oder die Art und Weise der Datenbearbeitung zu einem schwerwiegenden Eingriff in die Grundrechte der betroffenen Person führen können, ist grundsätzlich eine formelle gesetzliche Grundlage zu schaffen (Art. 34 Abs. 2 DSG). In dieser sind insbesondere folgende Punkte zu regeln: *811*

- Wer – Festlegung des Verantwortlichen: Die Gesetzesbestimmung muss die Behörde nennen, die die Personendaten bearbeiten darf (siehe dazu auch Art. 33 DSG und Rz. 802). Dies erlaubt es insbesondere einer betroffenen Person zu wissen, welches die für die Einhaltung der Grundsätze des Datenschutzes verantwortliche Behörde ist und gegenüber wem sie ihre Rechte, insbesondere ihr Auskunftsrecht, geltend machen kann (Art. 25 ff. DSG). *812*

Beispiel

- Art. 2 des Bundesgesetzes über die Informationssysteme des Bundes im Bereich Sport (IBSG, SR 415.1) regelt, welche Behörden Daten bearbeiten dürfen.

- Warum – Zweck der Datenbearbeitung: Gemäss dem Verhältnismässigkeitsprinzip dürfen nur die Personendaten bearbeitet werden, die für den Verantwortlichen notwendig sind, damit er seine Aufgaben erfüllen kann. Der Zweck der Datenbearbeitung begrenzt somit die Personendaten, welche erhoben werden dürfen. Er muss daher genau umschrieben sein. Insbesondere muss der Bearbeitungszweck sehr genau umschrieben sein, wenn er zu einem schwerwiegenden Eingriff in die Grundrechte der betroffenen Person führen kann. Der Bearbeitungszweck muss auch für die betroffene Person transparent sein. *813*

Beispiel

- Art. 2 des Krebsregistrierungsgesetz (KRG, SR 818.33) beschreibt unter dem Titel «Zweck», weshalb Daten zu Krebserkrankungen erhoben, registriert und ausgewertet werden.

814 • Was – Die Kategorien der besonders schützenswerten Personendatenaten, der Personendaten, die für das Profiling bearbeitet werden, und der Personendaten, die durch den Bearbeitungszweck oder die Art und Weise der Datenbearbeitung zu einem schwerwiegenden Eingriff in die Grundrechte der betroffenen Person führen können: Zur Wahrung des Legalitätsprinzips muss die gesetzliche Bestimmung festhalten, welche Personendaten nach Art. 34 Abs. 2 DSG das Bundesorgan bearbeitet. Dabei sind Kategorien zu bilden. Bei besonders schützenswerten Daten hat die Gesetzesbestimmung z.B. mindestens die Datenkategorien nach Art. 5 Bst. c DSG aufzuführen, welche bearbeitet werden. Nach Möglichkeit sind auch Unterkategorien aufzuführen. z. B. ist im Bereich der Gesundheitsdaten zu präzisieren, dass nur Daten über Krebs bearbeitet werden. Dadurch wird das Zweckbindungsprinzip gestärkt. Je grösser die Gefahr von Grundrechtsverletzungen ist, desto genauer muss die Umschreibung sein. Die Redaktion der Bestimmungen muss zum Ziel haben, die Transparenz der Datenbearbeitung gegenüber den betroffenen Personen sicherzustellen.

Beispiel

- Art. 3 des Krebsregistrierungsgesetz (KRG, SR 818.33) sieht vor, welche Kategorien von Daten Ärztinnen und Ärzte, Spitäler und andere private oder öffentliche Institutionen des Gesundheitswesens, die eine Krebserkrankung diagnostizieren oder behandeln, erheben und melden müssen.

815 • Wie – Die Art und Weise der Datenbearbeitung: Zur Art und Weise der Datenbearbeitung gehören die Bearbeitungsmethoden wie beispielsweise das Abgleichen oder die Verknüpfung von Daten. Dies beinhaltet auch das Profiling. Die Bearbeitungsmethoden sind in der Gesetzesbestimmung zu beschreiben. Je grösser die Gefahr von Grundrechtsverletzungen ist, desto genauer muss die Umschreibung sein. Bei einem schweren Grundrechtseingriff ist z.B. auch die Aufbewahrungsdauer der Daten festzuhalten. Zur Art und Weise der Datenbearbeitung gehört weiter der Einsatz neuer Technologien, welcher festzuhalten ist. In der Gesetzesbestimmung ist zudem, soweit möglich, auch die «Datenbearbeitungsarchitektur», namentlich die Bearbeitungslogik sowie die Datenflüsse und -zugriffe, zu beschreiben. Dies ist besonders wichtig, wenn neuere Systemarchitekturkonzepte verwendet werden. Es muss auch bei der Auflösung von klassischen Systemstrukturen immer erkennbar sein, welche Daten von wem für welche Aufgaben bzw. Zwecke bearbeitet werden. Die «Aufgabenbezogenheit» der Datenbearbeitung muss also auch bei einem horizontalen Architekturkonzept gewährleistet sein.

Beispiel

- Art. 32 der Verordnung über den Schutz von Personendaten des Bundespersonals (BPDV, SR 172.220.111.4) beschreibt die Struktur des Informationssystems für das Personaldatenmanagement (IPDM).

Bekanntgabe als besondere Form der Bearbeitung

Regelungsgegenstand

Die Bekanntgabe ist eine besondere Form der Bearbeitung von Personendaten (Art. 5 Bst. d u. e DSG). Das Datenschutzgesetz enthält dazu spezielle Vorgaben (Art. 36 DSG). Bundesorgane benötigen für die Datenbekanntgabe eine eigenständige Rechtsgrundlage (d.h.: eine allgemeine Kompetenz zur Datenbearbeitung genügt nicht). Die Anforderungen an die Rechtsgrundlagen sind aber gleich wie bei anderen Formen der Datenbearbeitung (Verweis in Art. 36 Abs. 1 DSG auf Art. 34 Abs. 1-3 DSG). *816*

Ein Gesetz im formellen Sinn, das die Bekanntgabe von Personendaten regelt, hat ebenso insbesondere folgende Punkte zu beschreiben: *817*

- Wer – Die für die Datenbekanntgabe zuständigen Behörden;
- Warum – Der Zweck der Datenbekanntgabe;
- Was – Die Datenkategorien;
- Wem – Die Empfänger, denen die Daten bekanntgegeben werden: Siehe dazu Ziff. 815 ff. Eine Datenbekanntgabe ins Ausland ist nur nach den Voraussetzungen von Art. 8 ff. DSV möglich (siehe dazu Ziff. 824a ff.).

Beispiel

- Art. 48a ff. der Zivilstandsverordnung (ZStV, SR 211.112.2) regeln die Bekanntgabe von Personendaten von Amtes wegen. Unter anderem sind auch die Bekanntgabe an ausländische Behörden (Art. 54 ZStV) und Todesmeldungen an ausländische Vertretungen geregelt (Art. 55 ZStV).
- Wie – Die Art und Weise der Datenbekanntgabe.

Bei der Regelung der Bekanntgabe von Personendaten in einer Rechtsgrundlage sind die verschiedenen Formen der Datenbekanntgabe auf ihre Verhältnismässigkeit zu prüfen. Dabei ist zu bestimmen, in welcher Art und Weise die Datenbekanntgabe die Grundrechte berührt. Insbesondere ist dem Zweck der Bekanntgabe, der Art der Daten und dem Kreis der informierten Personen Rechnung zu tragen. Wenn beispielsweise im konkreten Fall eine Datenbekanntgabe auf Anfrage und nach Ermessen der angefragten Behörde genügt, um die vom Gesetz festgelegten Ziele der Zusammenarbeit zwischen zwei Behörden zu erreichen, ist keine darüber hinausgehende Datenbekanntgabe vorzusehen. Hingegen ist nur ein Abrufverfahren vorzusehen, wenn dieses zur Erfüllung der Aufgaben der Behörden unerlässlich ist. *818*

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit ist auch bezüglich des Umfangs der Datenbekanntgabe zu beachten. Es dürfen nur jene Daten bekanntgegeben werden, die für den Empfänger notwendig sind. Insbesondere ist hier der Zweck der Bekanntgabe zu beachten. *819*

Die Transparenz der Datenbekanntgabe muss gegenüber den betroffenen Personen sichergestellt sein. Diese müssen in der Lage sein zu wissen, an wen ihre

Personendaten weitergegeben werden können und zu welchem Zweck.

Beispiel

- Im Bereich der AHV können die zuständigen Behörden im Einzelfall und auf schriftliche, begründete Anfrage Personendaten den für die Sozialhilfe zuständigen Behörden bekanntgeben, wenn diese für die Festsetzung, Änderung oder Rückforderung von Leistungen beziehungsweise für die Verhinderung ungerechtfertigter Bezüge erforderlich sind (Art. 50a Abs. 1 Bst. e Ziff. 1 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, AHVG, SR 831.10).

Formen der Datenbekanntgabe

820 Die Form der Datenbekanntgabe muss im Gesetzes- bzw. Verordnungstext ausgewiesen werden. Es werden vier Formen der Bekanntgabe von Personendaten unterschieden (LeGes 2012/3, S. 389):

821 - Meldepflicht (von Amtes wegen oder auf Anfrage): Die Behörde ist verpflichtet, im Einzelfall Personendaten einem Datenempfänger bekanntzugeben. Sie verfügt über keinen Ermessensspielraum. Die Meldepflicht ist von Amtes wegen oder im Einzelfall auf schriftliche Anfrage hin bekanntzugeben. Eine entsprechende Regelung muss verdeutlichen, dass es sich um eine obligatorische Datenbekanntgabe handelt, z.B. mit der Formulierung «teilt (wem) mit». Um Unklarheiten zu vermeiden, ist zu präzisieren, ob die Behörde nur auf Anfrage hin oder auch von sich aus («von Amtes wegen») Daten bekanntgeben muss.

  Beispiele

  - Das SEM übermittelt von sich aus den zuständigen Strafverfolgungsbehörden Informationen und Beweismittel über Asylsuchende, bei denen ernsthafte Gründe für den Verdacht bestehen, dass sie ein Verbrechen gegen das Völkerrecht begangen haben (Art. 98a Asylgesetz, AsylG, SR 142.31).
  - Die Bundesbehörden und die kantonalen Behörden haben den mit der Umsetzung des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer betrauten Behörden auf Ersuchen hin alle erforderlichen Auskünfte zu erteilen (Art. 112 Abs. 1, 1. Satz Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer; DBG, SR 642.11).

822 - Spontane Bekanntgabe: Die Behörde darf im Einzelfall spontan Personendaten einem Datenempfänger bekanntgeben. Die Behörde ist jedoch nicht zur Datenbekanntgabe verpflichtet. Um eine Verwechslung mit einer Meldepflicht zu vermeiden, hat die Regelung den fakultativen Charakter der Mitteilung zu verdeutlichen; dies kann mit Formulierungen wie «kann», «ist ermächtigt» oder «hat das Recht» ausgedrückt werden.

Beispiel

- Die Behörden des Bundes, der Kantone und der Gemeinden können die Vollzugsbehörden von sich aus auf vermutlich unvollständige Veranlagungen aufmerksam machen (Art. 112 Abs. 1 2. Satz DBG, SR 642.11).

- Bekanntgabe auf Anfrage und nach eigenem Ermessen der angefragten Behörde: Im Falle einer Anfrage entscheidet die angefragte Behörde, im Rahmen des Gesetzes und ihres Ermessensspielraums, ob sie dem Gesuch stattgibt oder nicht. Die Personendaten werden im Einzelfall bekanntgegeben. Um eine Verwechslung mit einer spontanen Bekanntgaben zu vermeiden, ist ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass die Daten nur auf schriftliche Anfrage bekannt gegeben werden. Zudem ist im Erlass zur Abgrenzung von der Meldepflicht zu verdeutlichen, dass die Datenbekanntgabe in Ausübung des Ermessens erfolgt, indem Wendungen wie «kann», «ist ermächtigt» oder «hat das Recht» verwendet werden. *823*

Beispiel

- Nach Art. 32 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1) geben die Verwaltungs- und Rechtspflegebehörden den Organen der einzelnen Sozialversicherungen auf schriftliche und begründete Anfrage im Einzelfall kostenlos diejenigen Daten bekannt, die erforderlich sind für die Festsetzung, Änderung oder Rückforderung von Leistungen, die Verhinderung ungerechtfertigter Bezüge, die Festsetzung und den Bezug der Beiträge oder den Rückgriff auf haftpflichtige Dritte.

- Das Abrufverfahren liegt vor, wenn mehrere Verwaltungsstellen dasselbe Informatiksystem betreiben, oder wenn Dritte gegenüber dem Verantwortlichen nach dem Prinzip der Selbstbedienung Zugriff auf die Daten haben. In diesem Fall bleibt der Verantwortliche passiv, da er nicht unbedingt weiss, dass jemand Zugriff auf gewisse Daten hatte. *824*
- Das DSG sieht den Begriff des Online-Zugriffs nach dem Prinzip der Selbstbedienung (d.h. das Abrufverfahren im Sinne von Art. 19 Abs. 3 aDSG) bei anderen Arten der Bekanntgabe nicht vor. Der Schutz der Privatsphäre wird durch diese Gesetzesänderung nicht geschwächt. Es handelt sich um eine Form der Bekanntgabe, die als solche im Gesetz vorgesehen sein muss. Der Online-Zugriff nach dem Prinzip der Selbstbedienung kann zu einer besonders schwerwiegenden Beeinträchtigung der Grundrechte der betroffenen Person führen und muss in einem Gesetz im formellen Sinn vorgesehen sein, jedenfalls, wenn er besonders schützenswerte oder auf Profiling beruhende Personendaten betrifft. Er kann in einem Gesetz im materiellen Sinn enthalten sein, wenn der Verantwortliche online Zugriff auf nicht besonders schützenswerte Perso-

nendaten gibt und die Wahrscheinlichkeit einer Beeinträchtigung der Grundrechte gering ist. Der Grundsatz der Zweckbindung verlangt einen engen Bezug zwischen dem Online-Zugriff und der jeweiligen Aufgabe der Behörde, für die er notwendig ist. Eine Behörde x greift zum Beispiel online auf die Datenkategorie y zu, um eine in Art. z eines Gesetzes vorgesehene Aufgabe auszuführen. Eine andere Behörde a greift online auf die Datenkategorie b zu, um eine in Art. d eines Gesetzes vorgesehene Aufgabe c zu erledigen. Je höher das Risiko einer Grundrechtsverletzung ist, desto genauer müssen die notwendigen Rechtsgrundlagen für einen Online-Zugriff sein. Die Schwere der Verletzung beurteilt sich nach der Art der bearbeiteten Daten und dem Zweck der Datenbearbeitung.

Bekanntgabe ins Ausland

825 Gemäss Art. 16 Abs. 1 DSG dürfen Personendaten grundsätzlich nur dann ins Ausland bekanntgegeben werden, wenn die Gesetzgebung des betreffenden Staates oder das internationale Organ einen angemessenen Datenschutz gewährleistet. Es obliegt dem Budesrat zu beurteilen, welche Staaten oder internationalen Organe ein solches Schutzniveau gewährleisten. Eine Liste der ausländischen Staaten, die ein angemessenes Schutzniveau gewährleisten, ist im Anhang der Verordnung über den Datenschutz (Datenschutzverordnung, DSV, SR 235.11) enthalten. Steht ein Staat nicht auf der Liste des Bundesrates, dürfen Personendaten trotzdem bekannt gegeben werden, wenn ein geeignetes Datenschutzniveau durch andere Instrumente im Sinne von Art. 16 Abs. 2 DSG gewährleistet ist. Dazu gehören insbesondere völkerrechtliche Verträge oder spezifische Garantien, die das zuständige Bundesorgan erarbeitet hat (Art. 16 Abs. 2 Bst. a, b und d DSG).

Beim Abschluss von Staatsverträgen ist es wichtig, darauf zu achten, dass im Ausland ein angemessenes Datenschutzniveau gewährleistet ist. Zentral sind dabei die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Grundsätze, die Rechte der betroffenen Personen (wie z. B. das Recht auf Auskunft), Rechtsschutzmöglichkeiten, Anforderungen an eine allfällige weitere Datenbekanntgabe ins Ausland sowie das Bestehen einer unabhängigen Datenschutzaufsicht.

Durchführung der Risikovorprüfung und der Datenschutz-Folgenabschätzung (DSFA) im Rechtsetzungsverfahren

826 Bundesorgane müssen gestützt auf Art. 22 DSG bei jeder geplanten Bearbeitung von Personendaten eine Risikovorprüfung durchführen, um zu beurteilen, ob die geplante Bearbeitung von Personendaten zu einem hohen Risiko für die Grundrechte der betroffenen Person führt. Ergibt sich aus der Risikovorprüfung, dass ein hohes Risiko für die Grundrechte der betroffenen Person vorliegt, so muss eine DSFA erstellt werden.

Die Durchführung der Risikovorprüfung und der DSFA im Rechtsetzungsverfahren stützen sich auf die Richtlinien des Bundesrates für die Risikovorprüfung und die Datenschutz-Folgenabschätzung bei Datenbearbeitungen durch die Bundesverwaltung (DSFA-Richtlinien). Die Begleitdokumente des BJ, namentlich das Instrument für die Risikovorprüfung und der DSFA-Leitfaden, sind auf der Webseite des BJ abrufbar.

Teil 4: Vielfalt der Handlungsformen

15 Staatliche Handlungsinstrumente

Einleitung

827 Bei der Suche nach Lösungen müssen jene staatlichen Handlungsinstrumente ausgewählt werden, die sich am besten dazu eignen, die mit der Regelung angestrebten Ziele zu erreichen. Zur Auswahl stehen insbesondere folgende Instrumente:

- Verhaltensvorschriften (s. *Rz 828*)
- Bewilligungs- und Meldepflicht (s. *Rz. 829 ff.*);
- finanzielle Bestimmungen (Öffentliche-rechtliche Abgaben, s. *Rz. 837 ff.*; Subventionen, *Rz. 866ff.*)
- Strafbestimmungen (s. *Rz. 877 ff.*);
- administrative Zwangsmittel (s. *Rz. 910 ff.*);
- Haftpflichtbestimmungen (s. *Rz. 916 ff.*);
- Planung (s. *Rz. 922 ff.*);
- weitere Instrumente (Überzeugung und Information, s. *Rz. 931 ff.*; partnerschaftliche Instrumente, s. *Rz. 941 ff.*).

Verhaltensvorschriften

828 Der Hauptteil eines Erlasses wird sich in der Regel mit den Rechten und Pflichten der primären Normadressaten befassen. Mit Verhaltensvorschriften können sie direkt zu einem Handeln oder Dulden verpflichtet werden.

Beispiele

- Vorschriften über den Umgang mit Tieren (Art. 4 sowie 6–21 des Tierschutzgesetzes, TSchG, SR 455; Art. 3–80 der Tierschutzverordnung, TSchV, SR 455.1);
- Verkehrsregeln (Art. 26–53 SVG, SR 741.01, und die Verkehrsregelnverordnung, VRV, SR 741.11).

Bewilligungs- und Meldepflichten

Bewilligungspflichten

829 Für Handlungen mit einem erhöhten Gefährdungs- oder Risikopotenzial können Bewilligungs- und Meldepflichten vorgesehen werden. Unter die Bewilligungsverfahren fallen auch Zulassungs- oder Prüfungsverfahren.

830 Die Bewilligungspflicht ermöglicht eine einzelfallbezogene Verhaltenslenkung. Sie erfordert in der Regel aber – im Gegensatz zu den allgemeinen Verhaltensvorschriften – einen hohen Verwaltungsaufwand.

831 Soll eine Bewilligungspflicht in einen Erlass aufgenommen werden, sind insbesondere folgende Fragen zu prüfen:

- Ist die einzelfallbezogene Verhaltenslenkung notwendig?
- Kann das erwünschte Verhalten allenfalls mit weniger aufwändigen Instituten

erreicht werden (z.B. Publikations-, Melde- oder Registrierungspflicht der betroffenen Personen, ev. in Verbindung mit klar umschriebenen Interventionsmöglichkeiten der Vollzugsbehörde)?

832 Der Grundsatz der Bewilligungspflicht ist in jedem Fall auf der Stufe des formellen Gesetzes zu verankern. Einzelheiten des Bewilligungsverfahrens können auf der Stufe der Verordnung geregelt werden. Dabei sind die allgemeinen Grundsätze für die Rechtsetzungsdelegation massgebend (s. *Rz. 703 ff.*).

833 Die Regelung sollte folgende Punkte klar festlegen:

- Welches Verhalten ist nur mit Bewilligung zulässig?
- Wer kann Träger der Bewilligung sein (natürliche oder juristische Personen)?
- Welche Voraussetzungen müssen für die Erteilung der Bewilligung erfüllt sein?
- Handelt es sich um eine Anspruchs- oder eine Ermessensbewilligung ? Bei einem Anspruch muss die Genehmigung automatisch erteilt werden, sobald die Voraussetzungen dafür erfüllt sind; bei einer «Ermessensbewilligung» hingegen hat die Behörde einen zusätzlichen Ermessensspielraum, auch wenn die Voraussetzungen erfüllt sind (die Genehmigung kann erteilt werden).
- Welche Behörde trifft die erstinstanzliche Verfügung?
- Welche Stellung haben interessierte Dritte?
- Hat die Bewilligung befristete Geltungsdauer?
- Ist die Bewilligung übertragbar?
- Welches sind gegebenenfalls die Gründe für das Erlöschen oder den Entzug der Bewilligung?

834 Für die Regelung des Verfahrens ist zu beachten, dass auf der Ebene des formellen Gesetzes nur Bestimmungen notwendig sind, die das Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) ergänzen oder von diesem abweichen; dies gilt auch für den Rechtsmittelweg (s. auch Kapitel «Verfahrensbestimmungen», *Rz. 745 ff.*).

Beispiele

- Art. 28 ff. des Strahlenschutzgesetzes (StSG, SR 814.50);
- Art. 9 ff. des Chemikaliengesetzes (ChemG, SR 813.1).

Meldepflichten

835 Meldepflichten dienen in erster Linie der staatlichen Informationsbeschaffung. Sie ergänzen als milder eingreifendes Kontrollinstrument die Bewilligungen (s. *Rz. 829* ff.). Eine Meldung verpflichtet die Behörde nicht automatisch zum Handeln, ermöglicht ihr aber eine situativ angepasste Intervention. Insofern dienen auch Meldepflichten der Verhaltenslenkung.

836 Bei Nichtbeachtung einer auferlegten Meldepflicht sind in der Regel Sanktionen vorgesehen.

Beispiel mit Sanktionen

- Meldungen über den Tierverkehr (Art. 14 f. Tierseuchenverordnung, SR 916.401).

Beispiel ohne Sanktionen

- Immatrikulationspflicht von Schweizer Staatsangehörigen im Ausland (Art. 11 des Auslandschweizergesetzes, ASG, SR 195.1).

Finanzielle Bestimmungen

Öffentlich-rechtliche Abgaben

Der Begriff der Abgabe wird als Oberbegriff für Steuern, Lenkungsabgaben, Aufsichtsabgaben, Vorzugslasten, Gebühren etc. verwendet. *837*

Abgaben-Schema (s. VPB 64.25)

	Zurechnungszusammenhang zwischen Abgabeverwendungszweck und Kreis der Abgabepflichtigen	Anforderungen an die **verfassungsrechtliche Grundlage**	Anforderungen an die **gesetzliche Grundlage**
Steuern (z.B. Einkommens- und Vermögenssteuern)	Kein Zusammenhang («Voraussetzungslosigkeit»)	Ausdrückliche und spezifische Verfassungsgrundlage	Festlegung des Kreises der Abgabepflichtigen, des Gegenstandes und der Bemessung der Abgaben auf Stufe des formellen Gesetzes erforderlich
Kostenanlastungssteuern (z.B. Mineralölsteuerzuschlag, Kurtaxe)	Ein bloss möglichst wenig willkürlicher Zusammenhang (unter Einschluss von Abgabepflichtigen, die mit dem Abgabeverwendungszweck nichts zu tun haben)		
Sonderabgaben (z.B. Aufsichtsabgaben der Banken und Privatversicherungen)	Besonderer Zusammenhang wie qualifizierte Gruppenäquivalenz, d.h. Kongruenz zwischen dem Kreis der Abgabepflichtigen und dem Kreis der Personen, denen die Abgabeverwendung zugutekommt	Erhebung kraft Sachzusammenhangs, d.h. gestützt auf Sachkompetenz des Bundes (z.B. Art. 98 BV für die Aufsichtsabgabe im Bereich der Banken und Privatversicherungen)	
Lenkungsabgaben (z.B. VOC-Abgabe)	Nicht anwendbar (kein Abgabeverwendungszweck)		Gleich wie bei den Steuern, wobei die Abgabebemessung gestützt auf gesetzlich hinreichend bestimmte Kriterien auf Verordnungsstufe zulässig ist
Vorzugslasten (z.B. die Grundstückeigentümerbeiträge an Erschliessungsanlagen)	Individualäquivalenz		Formell gesetzliche Delegation der Festlegung der Abgabebemessung an Verordnungsgeber zulässig, soweit die Bemessung unter dem Blickwinkel des Äquivalenz und Kostendeckungsprinzips überprüfbar ist
Gebühren			

Steuern

Steuerarten

Steuern sollen den Finanzbedarf des Gemeinwesens decken. Sie werden von jedermann erhoben, der einen dem gesetzlichen Tatbestand entsprechenden Sachverhalt verwirklicht. Die Steuerpflicht knüpft nicht an eine bestimmte Gegenleistung des Gemeinwesens an, etwa an den Nutzen oder Vorteil, der dem Pflichtigen aus staatlichen Vorkehren erwächst. Soweit besteht sie «voraussetzungslos». Es werden folgende Steuerarten unterschieden: *838*

- Allgemeine Steuern zur Deckung des generellen Finanzbedarfs, wobei zwischen direkten (Einkommens-, Vermögens-, Kapitalgewinnsteuer) und indirekten Steuern (Stempelabgabe, Mehrwertsteuer) unterschieden wird;
- Zwecksteuern zur ausschliesslichen Finanzierung im Voraus festgelegter staatlicher Aufgaben, z.B. Tabaksteuer, Steuer auf gebrannten Wassern und Abgabe aus dem Betrieb von Spielbanken (deren Reinertrag nach Art. 112 Abs. 5 BV zur Finanzierung der AHV und der IV zu verwenden ist);
- Kostenanlastungssteuern wie z.B. die Kurtaxen und der Treibstoffsteuerzuschlag nach Art. 131 Abs. 2 Bst. a BV.

Zweckbindung: ja oder nein?

Die Bindung von Steuern an einen Zweck ist eine Möglichkeit, um die Erfüllung einer Aufgabe sicherzustellen, die innerhalb der öffentlichen Interessen einen spezifischen Stellenwert geniesst. Die Zweckbindung hat zur Folge, dass diese Finanzen nur noch für diese Aufgabe verwendet und nicht mehr zur Deckung des allgemeinen Finanzbedarfs herangezogen werden dürfen. Der Nachteil eines derartigen Mechanismus liegt im Verlust der finanzpolitischen Flexibilität, und ein Anreiz, allfällige Sparpotenziale zu nutzen, entfällt, wenn die Zwecksteuer höhere Erträge generiert als für die Aufgabenerfüllung unbedingt benötigt werden. *839*

Nichtfiskalische / ausserfiskalische Ziele

Steuern verfolgen mitunter nicht nur fiskalische, sondern auch nichtfiskalische / ausserfiskalische Ziele. Diese können in Konflikt mit der Rechtsgleichheit und dem Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit stehen. Durch eine Abwägung der nichtfiskalischen / ausserfiskalischen Ziele mit den verfassungsrechtlichen Besteuerungsgrundsätzen nach Art. 127 Abs. 2 BV ist praktische Konkordanz herzustellen (vgl. BBl 2022 1252 Ziff. 7.1, S. 39 f.). *840*

Grundsätze für die Rechtsetzung

Folgende Prinzipien sind zu beachten: *841*

- Der Bund darf nur diejenigen Steuern erheben, die in der Bundesverfassung vorgesehen sind (s. Art. 128 sowie 130–133 BV, Art. 106 Abs. 3 BV).
- Artikel 127 BV enthält die Grundsätze der Besteuerung: Die Ausgestaltung der Steuern, namentlich der Kreis der Steuerpflichtigen, der Gegenstand der

Steuer und deren Bemessung, ist in den Grundzügen im formellen Gesetz selbst zu regeln (s. auch Art. 164 Abs. 1 Bst. d BV; BGE 136 II 149 E. 5.1). Soweit es die Art der Steuer zulässt, sind insbesondere die Grundsätze der Allgemeinheit und der Gleichmässigkeit der Besteuerung sowie der Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zu beachten (s. BGE 136 I 49 E. 5.2).

- Ebenfalls in das formelle Gesetz gehören Ausnahmen von der Steuerpflicht (s. BGE 122 I 305 E. 6, 103 Ia 242) sowie eine allfällige Zweckbindung des Steuerertrags. Solche Zweckbindungen dürfen allfällige verfassungsrechtliche Zweckbindungen nicht übersteuern.
- Nichtfiskalische / Ausserfiskalische Ziele von Bundesrechts wegen müssen sich auf eine verfassungsrechtliche Sachkompetenz des Bundes stützen können (s. BBl 1983 III 1, 44 ff.).
- Die steuerliche Belastung darf nicht so hoch sein, dass die Vermögen der Steuerpflichtigen in ihrer Substanz ausgehöhlt werden oder die Neubildung von Vermögen nicht mehr möglich ist (Verbot der konfiskatorischen oder prohibitiven Besteuerung, s. BGE 128 II 112 E.10 b.bb).

Sonderabgaben

842 Eine besondere Gruppe unter den Sonderabgaben sind die Aufsichtsabgaben. Ihre eigenständige begriffliche Erfassung wurde erst Ende der 1990er Jahren konzipiert in der Grundannahme, dass der Einbezug von «Gemeinkosten» (»Overhead») in die Gebührenbemessung den Gebührenrahmen sprengen kann (VPB 64.25, insbesondere A./II.4; als Faustregel wird in der Praxis des BJ ein Anteil von Gemeinkosten an den anrechenbaren Kosten in der Höhe von ca. 15% als zulässig erachtet, damit eine Gebührenbemessung "auf der sicheren Seite", auch bei einer gerichtlichen Überprüfung, sein sollte).

843 Die Konzeption der Aufsichtsabgaben ist in der Literatur nicht unumstritten (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Auflage, 2020, Rz 2775f., 2794; Tschannen/Müller/Kern, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, 2022, Rz 1597 und 1653, wo zur Diskussion gestellt wird, auf dem Weg der Verfassungsauslegung die Möglichkeit der Abgabeerhebung gestützt auf eine materielle Sachkompetenz zu erweitern; Wiederkehr, Sonderabgaben, recht 2017, 43ff., insbesondere 48ff).

844 Der Bundesrat hat in den letzten rund 25 Jahren in einigen Fällen die Erhebung von Aufsichtsabgaben vorgeschlagen, das Parlament ist dem teilweise gefolgt und hat die entsprechenden Regelungen erlassen (z.B. Art. 15 FINMAG; Art. 65 Heilmittelgesetz; Art. 20 Entwurf Bundesgesetz über die Aufsicht und Transparenz in den Energiegrosshandelsmärkten gemäss Botschaft vom 29.11.2023, BBl 2023 2864 und 2865). Das Bundesgericht hat bisher keinen Anlass gesehen, die Kon-

zeption, insbesondere die Abstützung der formellgesetzlichen Regelung einer Aufsichtsabgabe auf die der Aufsicht zugrundeliegende materielle Sachkompetenz, grundsätzlich in Frage zu stellen (BGE 141 V 509, E. 6; Urteile 2C_726/2007 vom 2.10.2008, E. 4.2, und 2C_729/2007 vom 25.6.2008, E. 3).

845 Nach der Konzeption der Aufsichtsabgaben ist es vertretbar, Aufsichtsabgaben trotz fehlender Individualäquivalenz nicht als (Kostenanlastungs-) Steuern, für welche eine explizite und spezifische Verfassungsgrundlage nötig ist, zu qualifizieren. Die Aufsichtsabgaben dienen einer verursachergerechten Finanzierung staatlicher Aufsichtsaufgaben: Sie können aufgrund des besonderen Zusammenhangs zwischen dem Kreis der Abgabepflichtigen und dem Verwendungszweck der Abgabe als eigenständige Abgabekategorie innerhalb der Kausalabgaben betrachtet werden, und für ihre Erhebung reicht eine formellgesetzliche Grundlage, gestützt auf eine materielle Sachkompetenz des Bundes, aus.

846 Entscheidend ist die Qualität des Zusammenhangs zwischen den abgabepflichtigen Personen und dem Verwendungszweck der Abgabe. Im Fall der Aufsichtsabgaben zeichnet sich der Zusammenhang durch *Kongruenz* aus, d.h. die Verwendung der erhobenen Abgabe lässt sich zwar nicht den einzelnen Abgabepflichtigen individuell zurechnen, sie kommt aber dem Kreis der Abgabepflichtigen als Gruppe zugute. Eine solche Kongruenz kann als "qualifizierte Gruppenäquivalenz" bezeichnet werden. Keine solche Kongruenz besteht im Fall von Abgaben wie dem Mineralölsteuerzuschlag auf Treibstoffen (Art. 131 Abs. 2 Bst. a BV), der für Bedürfnisse des Strassenverkehrs verwendet (Art. 86 Abs. 2 Bst. c BV), aber nicht nur auf dem Verbrauch von Treibstoff auf der Strasse erhoben wird, sondern z.B. auch auf dem Verbrauch von Treibstoff durch Baumaschinen auf dem Bau (vgl. VPB 64.25, 355f.).

847 Es erscheint im Rahmen einer sachbezogenen Bewertung des verfassungsrechtlichen Spielraums nicht als sachgerecht, Abgaben, die sich durch die genannte Kongruenz auszeichnen, in Bezug auf die Anforderungen an die Rechtsgrundlage gleich zu behandeln wie Abgaben, bei denen überhaupt kein Zurechnungszusammenhang (z.B. Einkommenssteuern) oder bloss ein Zurechnungszusammenhang, der nicht den Grad der Kongruenz erreicht (z.B. der Mineralölsteuerzuschlag auf Treibstoffen), besteht. Im Rahmen der skizzierten sachbezogenen Bewertung des verfassungsrechtlichen Spielraums lässt es sich mit Grund vertreten, dass Abgaben, die sich durch den qualifizierten Zurechnungszusammenhangs der Kongruenz auszeichnen, gleich wie auf Individualäquivalenz beruhende Abgaben gestützt auf die jeweils einschlägige Sachkompetenz des Bundes auf formellgesetzlicher Stufe statuiert werden können und nicht einer expliziten und spezifischen Verfassungsgrundlage bedürfen.

848 Aufsichtsabgaben lassen sich somit nach der Praxis der Bundesbehörden nicht als Steuern, sondern als Kausalabgaben betrachten. Die Begründung für diese Praxis

ist namentlich plausibel für Bereiche, in denen eine umfassende Aufsicht besteht wie bei der Aufsicht der FINMA über Banken und Privatversicherungen.

849 Eine praktische Herausforderung besteht darin, das Kriterium festzulegen, nach dem die Kosten, die durch die Aufsichtsabgabe gedeckt werden sollen, auf die Abgabepflichtigen aufgeteilt werden. Der Aufteilungsschlüssel muss auf einer plausiblen Korrelation zwischen den Abgabepflichtigen und dem Aufwand, dessen Kosten mit der Aufsichtsabgabe gedeckt werden sollen, beruhen. Die Aufteilung unter den Privatversicherungen erfolgt beispielsweise nach dem Anteil des Prämienvolumens des einzelnen Versicherungsunternehmens am gesamten Prämienvolumen aller Versicherungsunternehmen (Art. 15 Abs. 2 Bst. c FINMAG). Es erscheint plausibel, dass der Nutzen aus dem Aufsichtsaufwand, der nicht im Sinn der Individualäquivalenz einzelnen Versicherungsunternehmen zugerechnet werden kann, mit der Grösse der Versicherungsunternehmen korreliert. Angesichts der Wichtigkeit dieses Aufteilungsschlüssels muss er auf Stufe des formellen Gesetzes geregelt werden.

Lenkungsabgaben

850 Lenkungsabgaben werden in der Absicht erhoben, ein unerwünschtes Verhalten der Pflichtigen durch eine Verteuerung dieses Verhaltens negativ zu beeinflussen: (s. z.B. die Lenkungsabgaben nach Artikel 35*a* ff. des Umweltschutzgesetzes; SR 814.01). Der finanzielle Ertrag ist bei diesen Abgaben nur eine unerwünschte Nebenfolge. Zweckbindungen des Ertrags von Lenkungsabgaben gefährden deshalb das langfristige Ziel von Lenkungsabgaben, obsolet zu werden.

851 Grundsätze für die Rechtsetzung:

- Die Lenkungsabgaben müssen nicht ausdrücklich in der Bundesverfassung vorgesehen sein. Es genügt, wenn das mit der Abgabe verfolgte Lenkungsziel durch eine Sachkompetenz des Bundes abgedeckt ist. Zweckbindungen müssen sich demgegenüber auf eine Fiskalkompetenz des Bundes stützen können (bei der CO_2-Abgabe: Art. 131 Abs. 1 Bst. e BV).
- Das Gesetzmässigkeitsprinzip gilt für die Lenkungsabgaben grundsätzlich in gleichem Masse wie für andere verwaltungsrechtliche Lenkungsinstrumente (BGE 125 I 182, E. 4d). Muss die Höhe der Abgabe häufig angepasst werden, ist es zulässig, die endgültige Abgabebemessung gestützt auf die gesetzlich hinreichend bestimmten Kriterien auf Verordnungsstufe festzulegen.

Vorzugslasten

Vorzugslasten sind wie die Gebühren Kausalabgaben, die als Beitrag an die Kosten einer öffentlichen Einrichtung denjenigen Personen auferlegt werden, denen aus der Einrichtung wirtschaftliche Sondervorteile erwachsen. *852*

Beispiel

- Beitrag des Grundeigentümers an den Strassenbau oder für die Möglichkeit des Kanalisationsanschlusses.

Die Vorzugslasten sind einerseits nach den zu deckenden Kosten oder Kostenanteilen zu bemessen und anderseits auf die Nutzniesser der öffentlichen Einrichtung nach Massgabe des wirtschaftlichen Sondervorteils zu verlegen, der dem Einzelnen erwächst. Zur Bewertung des Vorteils dürfen schematische Kriterien verwendet werden (s. BGE vom 30.6.2005, ZBl 2006 382, E. 3; BGE 128 I 46, E. 4, 122 I 305, E. 4b, 110 Ia 205 E. 4c). *853*

Dem Gesetzmässigkeitsprinzip unterstehen die Vorzugslasten in gleichem Masse wie die Steuern. In Bezug auf die Höhe der Abgabe muss das formelle Gesetz mindestens festlegen, welche Kosten zu welchem Teil durch die Vorzugslast gedeckt werden können und nach welchem Kriterium grundsätzlich die Verteilung auf die Pflichtigen erfolgt (s. BGE 132 II 371, E. 2). *854*

Ersatzabgaben

Ersatzabgaben sind wie die Gebühren und die Vorzugslasten Kausalabgaben, welche von Personen zu entrichten sind, die von einer öffentlich-rechtlichen Sach- oder Dienstleistungspflicht befreit werden. *855*

Beispiele

- Ersatzabgaben an Stelle der Errichtung von Parkplätzen oder der Neuaufforstung eines Waldes;
- Militärpflichtersatz (s. Bundesgesetz über die Wehrpflichtersatzabgabe; WPEG, SR 661).

Die Ersatzabgabe ist nach dem Vorteil zu bemessen, der dem Pflichtigen aus der Befreiung von der primären Leistungspflicht erwächst (s. BGE vom 18.8.1999, ZBl 2003, 551, E. 5, 97 I 792, E. 8). Sie darf nicht höher sein, als es zum Ausgleich dieses Vorteils notwendig ist; sie darf aber auch nicht so tief festgesetzt werden, dass ein Anreiz zur Nichterfüllung der primären Leistungspflicht besteht. *856*

Das Gesetzmässigkeitsprinzip gilt für die Ersatzabgaben grundsätzlich in gleichem Masse wie für die anderen Kausalabgaben (BGE 135 I 233 E. 9). Die Höhe der Abgabe kann auf Verordnungsstufe geregelt werden, wenn nach der Natur der primären Leistungspflicht genügend bestimmte Kriterien für die Berechnung des auszugleichenden Vorteils vorhanden sind. *857*

Gebühren

858 Gebühren werden – im Gegensatz zu den voraussetzungslos geschuldeten Steuern – als Gegenleistung für eine staatliche Verrichtung oder für die Einräumung eines bestimmten Vorteils erhoben. Es handelt sich dabei um Kausalabgaben.

859 Verwaltungsgebühren werden von Personen entrichtet, die eine Amtshandlung veranlasst oder beansprucht haben. Eine Unterart der Verwaltungsgebühren sind die Kanzleigebühren.

Benutzungsgebühren sind das Entgelt, das für die Inanspruchnahme öffentlicher Betriebe, Einrichtungen oder Anlagen zu entrichten ist.

860 Monopol-, Regal- und Sondernutzungsgebühren stellen die Gegenleistung dafür dar, dass der Pflichtige eine dem Staat vorbehaltene Tätigkeit oder ein Sondernutzungsrecht an einer öffentlichen Sache ausüben darf.

861 Grundsätze für die Rechtsetzung:

- Gebühren bedürfen grundsätzlich einer Grundlage in einem formellen Gesetz (s. Art. 164 Abs. 1 Bst. d BV). Art. 46*a* RVOG genügt, um für Verfügungen und Dienstleistungen der zentralen und dezentralen Verwaltungseinheiten Gebühren zu erheben, nicht aber für andere amtliche Verrichtungen wie stichprobenweise Kontrollen, die keine Beanstandung zeitigen (s. Thomas Braunschweig, LeGes 2005, S. 9 ff., insb. Ziff. 2.2 und 3.3). Die Höhe der Gebühr darf auf Verordnungsstufe festgelegt werden, sofern nach der Natur der in Frage stehenden staatlichen Leistung eine Anwendung des Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzips möglich ist (s. BGE 135 I 130 E. 7.2, m.w.H.).
- Vom Erfordernis der formell-gesetzlichen Grundlage ausgenommen sind die Kanzleigebühren; sie können auf Grund einer Verordnung erhoben werden. Unter Kanzleigebühren sind Abgaben für einfache Tätigkeiten der Verwaltung zu verstehen, die ohne besonderen Prüfungs- oder Kontrollaufwand erbracht werden. Die Abgaben dürfen einen bescheidenen Betrag (etwa 30 Franken) nicht übersteigen (s. BGE 125 I 173 E. 9b).
- Nach dem Kostendeckungsprinzip soll der Ertrag der Gebühren die gesamten Kosten des betreffenden Verwaltungszweiges nicht übersteigen (s. BGE 149 I 305 und Kommentar von Alain Griffel, ZBl 11/2023, 594 ff.; Botschaft zu Art. 46*a* RVOG, BBl 2003, 5760 f.). Auf kostenunabhängige Gebühren, insbesondere Monopol-, Regal- und Sondernutzungsgebühren, ist das Kostendeckungsprinzip aber nicht anwendbar (s. BGE 131 II 735 E. 3.2, 4, 124 I 11 E. 5b).
- Das aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip abgeleitete Äquivalenzprinzip verlangt, dass eine Gebühr nicht in offensichtlichem Missverhältnis zum objektiven Wert der Leistung stehen darf und sich in vernünftigen Grenzen bewegen muss. Der Wert einer Leistung bemisst sich entweder nach dem Nutzen, den sie dem Pflichtigen bringt, oder nach dem Kostenaufwand der konkreten Inanspruchnahme im Verhältnis zum gesamten Aufwand des betreffenden Verwaltungszweiges (s. BGE 132 II 47 E. 4.1, 130 III 225 E. 2.3).

- Der Gebührentarif muss den Grundsatz der Rechtsgleichheit und das Willkürverbot beachten, das heisst er muss nach sachlichen Gesichtspunkten ausgestaltet sein und darf keine Unterscheidungen treffen, für die ein vernünftiger Grund nicht ersichtlich ist. Zulässig ist jedoch eine schematische Gebührenbemessung nach durchschnittlichen Erfahrungswerten (s. BGE 138 II 70 E 6.2–7.4, 130 III 225 E. 2.4, 125 I 1, 106 Ia 241, 244).

Sozialversicherungsbeiträge

Mit Sozialversicherungsbeiträgen werden die Ausgaben von Einrichtungen der Sozialversicherung ganz oder teilweise finanziert. *862*

Der Kreis der Beitragspflichtigen ist im formellen Gesetz festzulegen. Neben den Versicherten werden oft deren Arbeitgeber zu Beiträgen herangezogen. Die Beitragspflicht kann sich auch aus einem allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag ergeben (s. BGE 138 V 32 E. 3.2). *863*

In der Sozialversicherung wird häufig über die blosse Risikoverteilung hinaus ein sozialer Ausgleich angestrebt. Die Beiträge können deshalb zusätzlich zum versicherungstechnisch Notwendigen einen Solidaritätsbeitrag enthalten. Solche Solidaritätsbeiträge weisen die Merkmale von zweckgebundenen Steuern auf. Wenn sie in einer Beitragsordnung ein bedeutendes Ausmass annehmen (z.B. AHV/IV), muss die Höhe der Beiträge durch das formelle Gesetz bestimmt werden. *864*

Subventionen

Finanzhilfen und Abgeltungen

Das Subventionsgesetz unterscheidet zwei Formen von Subventionen, nämlich Finanzhilfen und Abgeltungen. *865*

Mit einer Finanzhilfe fördert der Bund Tätigkeiten Dritter, die für die Öffentlichkeit von Bedeutung sind, ohne Bundesunterstützung jedoch kaum wahrgenommen würden (s. Art. 3 Abs. 1 des Subventionsgesetzes, SuG, SR 616.1). Gemäss SuG können Finanzhilfen insbesondere dann ausgerichtet werden, wenn: *866*

- der Bund ein Interesse an der Unterstützung einer bestimmten Tätigkeit hat,
- die private oder kantonale Tätigkeit ohne die Bundesunterstützung nicht hinreichend ausgeübt würde,
- alternative Finanzierungen nicht ausreichen und
- sich keine zweckdienlicheren Massnahmen anbieten.

Das Instrument der Abgeltungen dient zur Milderung oder zum Ausgleich jener Lasten, die Dritten bei der Erfüllung bundesrechtlicher Pflichten entstanden sind (s. Art. 3 Abs. 2 SuG). Bezüger solcher Abgeltungen sind vielfach Unternehmen des Bundes oder Kantone, die an dessen bzw. deren Stelle die Gewährleistung bestimmter Aufgaben übernehmen. Solche Leistungen basieren: *867*

- direkt auf einem Gesetz oder einer Verordnung der Bundesversammlung;

Beispiel

- Der Bund leistet für die Ermässigung der Preise für die Beförderung von Presseerzeugnissen 50 Mio Franken (Art. 16 Abs. 7 des Postgesetzes, PG; SR 783.0).

- auf einem Vertrag

Beispiel

- Transportunternehmungen erhalten eine Abgeltung für die geschätzten ungedeckten Kosten des vom Bund und den Kantonen bestellten Regionalverkehrs (Art. 28 ff. des Personenbeförderungsgesetzes, PBG, SR 745.1).

868 Wird die Abgeltung im Rahmen der Übertragung einer Bundesaufgabe gewährt, für die mehrere Empfänger zur Auswahl stehen, sieht Art. 15*b* des Bundesgesetzes über Finanzhilfen und Abgeltungen (SuG, SR 616.1) vor, dass die Bestimmungen des Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) für die Beschaffungen ausserhalb des Staatsvertragsbereichs Anwendung finden. Ist dies nicht gewünscht, ist in der Spezialgesetzgebung zu regeln, dass eine Beauftragung nicht als öffentlich Auftrag gilt:

- Infrastrukturkonzessionen (Art. 5 Abs. 5 EBG; SR 742.101);
- Personenbeförderungskonzession (Art. 6 Abs. 5 PBG; SR 745.1).

869 In der Praxis lässt sich die Trennlinie zwischen Finanzhilfen und Abgeltungen nicht immer leicht ziehen (s. BBl 1998 2051, 2059).

870 Die nachfolgenden Erläuterungen sollen den Grundsatz des Subventionsgesetzes verdeutlichen, wonach Finanzhilfe- und Abgeltungserlasse so auszugestalten sind, dass den finanzpolitischen Erfordernissen so weit als möglich Rechnung getragen werden kann, insbesondere durch Kreditvorbehalte und Höchstsätze (Art. 7 Bst. h und Art. 10 Abs. 1 Bst. d SuG).

871 Zu beachten ist, dass die Bindung an die bewilligten Kredite in Subventionserlassen eine andere Bedeutung hat als das Gebot in Artikel 57 Absatz 2 des Finanzhaushaltgesetzes an die Verwaltung, nur im Rahmen bewilligter Kredite Zahlungen zu leisten. Ein Kreditvorbehalt in einem Subventionserlass hat Aussenwirkungen, schliesst Rechtsansprüche aus oder relativiert sie. Demgegenüber hat das erwähnte Gebot im Finanzhaushaltgesetz allein interne Wirkung; falls die bewilligten Kredite nicht ausreichen, um die Subventionen zu finanzieren, sind nämlich zusätzliche Kredite zu beantragen (s. VPB 49, [1985], IV, Nr. 59, S. 374 f.).

Finanzpolitisch flexible Ausgestaltung von Subventionsnormen

Subventionsnormen können in folgenden Fällen finanzpolitisch flexibel ausgestaltet werden: *872*

- Finanzhilfen: Die finanzpolitische Flexibilität muss mit dem Finanzhilfezweck vereinbar sein. Diese Vereinbarkeit ist in der Regel bei Finanzhilfen an Investitionen gegeben. Unvereinbarkeit liegt hingegen vor, wenn die Finanzhilfen längerfristige Aktivitäten fördern oder erhalten sollen (z.B. Finanzhilfen an Betriebsausgaben).
- Abgeltungen: Die finanzpolitische Flexibilität muss mit der abzugeltenden Verpflichtung vereinbar sein. Die Vereinbarkeit mit der abzugeltenden Verpflichtung ist in der Regel gegeben, wenn die massgebenden Verhaltensvorschriften der Vollzugsbehörde hinsichtlich des Ausmasses oder des Zeitpunktes der Abgeltung einen Entscheidungsspielraum belassen.

Sicherstellung der finanzpolitischen Flexibilität

Die gesetzliche Grundlage

Zur Leistung von Finanzhilfen und Abgeltungen bedarf es einer Grundlage im Gesetz. Damit der Bund die finanzpolitische Flexibilität behalten kann, sollen keine Rechtsansprüche auf Subventionen statuiert werden. Allenfalls wäre der Anspruch höchstens dem Grundsatz, nicht aber der Höhe nach festzulegen. Dies kann in zwei Formen geschehen: *873*

- Mit einer Einschränkung, dass Finanzhilfen nur im Rahmen der bewilligten Kredite gewährt werden. Formulierungsvorschlag: «Der Bund gewährt im Rahmen der bewilligten Kredite Finanzhilfen/Abgeltungen. » Mit dieser Formulierung besteht im Rahmen der bewilligten Kredite ein Rechtsanspruch auf die Finanzhilfen oder Abgeltungen.
- Mit einer «Kann»-Bestimmung. Formulierungsvorschlag: «Der Bund kann Finanzhilfen/Abgeltungen gewähren. » Eine solche Formulierung schafft auf den ersten Blick auch in der Sache keinen Rechtsanspruch, allerdings nur scheinbar. Da die Verwaltung nicht willkürlich entscheiden darf, muss sie sich bei ihren Entscheiden an objektive Kriterien halten. Hat sie eine gewisse Praxis bei der Beurteilung der Gesuche entwickelt, darf sie nicht ohne begründeten Anlass davon abweichen. Ein völlig freies Ermessen der Verwaltung gibt es nicht. Übersteigen die eingereichten oder zu erwartenden Gesuche die verfügbaren Mittel, erstellt das zuständige Departement eine Prioritätenordnung (Art. 13 Abs. 2 SuG).

Wenn das Ermessen der Verwaltung kleiner sein soll, müssen weitere Einschränkungen ins Gesetz oder in die Verordnung aufgenommen werden. *874*

Beispiele

- Tourismusförderung (s. Art. 1–3 des BG über die Förderung von Innovation, Zusammenarbeit und Wissensaufbau im Tourismus, SR 935.22);
- Der Bund kann in «dringlichen» oder «besonders komplexen» Fällen Finanzhilfen gewähren (s. Art. 4*a* der Verordnung über den Natur- und Heimatschutz, NHV; SR 451.1).

Subventionen im Rahmen des Voranschlagsjahres

875 Subventionen werden meist in einem Jahr bewilligt und ausbezahlt. In diesem Fall muss das zuständige Amt einen Zahlungskredit beantragen (s. zur ganzen Terminologie Art. 20 ff. der Finanzhaushaltsverordnung, FHV, SR 611.01). Unter gewissen Voraussetzungen können diese Kredite ins nächste Jahr übertragen werden.

Subventionen mit längerfristigen Verpflichtungen

876 Wenn für die Ausrichtung von Subventionen Verpflichtungen begründet werden, die über das Voranschlagsjahr hinausgehen, ist ein Verpflichtungskredit einzuholen (Art. 21 Finanzhaushaltsgesetz, FHG, SR 611.0, und Art. 10 ff. FHV). Formulierungsvorschlag: «Die Bundesversammlung bewilligt den Höchstbetrag der finanziellen Mittel pro Jahr/für mehrere Jahre mit einfachem Bundesbeschluss. »

Beispiele

- Art. 28 Abs. 3 des Sportförderungsgesetzes (SpoFöG, SR 415.0);
- Art. 4 des BG über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung (SR 861).

Strafbestimmungen

Einleitung

877 Nach Artikel 123 Absatz 1 BV ist der Bund zur Gesetzgebung im Bereich des materiellen Strafrechts befugt. Das Schweizerische Strafgesetzbuch (StGB, SR 311.0) stellt das Kernstrafrecht dar. Es umfasst im Grundsatz die Strafbestimmungen betreffend Verhaltensweisen, die per se als verpönt und strafwürdig gelten. Das sog. Nebenstrafrecht umfasst die Strafbestimmungen der Verwaltungsgesetze. Hauptmerkmal ist die sogenannte Verwaltungsakzessorietät: das tatbestandsmässige Handeln ist nicht aus sich heraus strafwürdig, sondern nur im Zusammenhang mit einem Verstoss gegen die entsprechenden Normen des Verwaltungsrechts. Das Nebenstrafrecht dient somit primär der Durchsetzung des materiellen Rechts. Die Kompetenz zum Erlass dieser Strafbestimmungen ergibt sich nicht aus Artikel 123 Absatz 1 BV, sondern aus der Gesetzgebungsbefugnis des Bundes für den betreffenden verwaltungsrechtlichen Regelungsbereich.

878 Das Nebenstrafrecht ist sowohl in materieller als auch in formeller Hinsicht uneinheitlich. Die nachfolgenden Erläuterungen versuchen, einige für das gesamte Nebenstrafrecht geltende Grundsätze der Rechtsetzung festzuhalten.

Das Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR, SR 313.0) bildet einen wichtigen Teil des Nebenstrafrechts. Es vereinheitlicht neben einigen materiellen Strafbestimmungen (welche dem gemeinrechtlichen Betrug, der Urkundenfälschung und der Begünstigung ähnlich sind) im Wesentlichen das Strafverfahren auf der Ebene der Bundesverwaltung, so dass in den einzelnen Verwaltungsgesetzen auf strafprozessuale Bestimmungen in der Regel verzichtet werden kann. 879

Geltung der allgemeinen Bestimmungen des StGB und des VStrR

Grundsatz

Nach Artikel 333 Absatz 1 StGB gelten die allgemeinen Bestimmungen des StGB auch für Straftatbestände in andern Bundesgesetzen, soweit diese Gesetze nicht selber entsprechende Bestimmungen enthalten. Artikel 2 VStrR wiederholt dieses Prinzip für die «Verwaltungsgesetzgebung des Bundes»; überdies sieht der Artikel für diesen Bereich einige Abweichungen von den Bestimmungen des allgemeinen Teils des StGB vor (s. Art. 4–11 VStrR). Diese Abweichungen betreffen insbesondere die Strafbarkeit von Anstiftung und Gehilfenschaft (s. Art. 5 VStrR), die Ahndung von Widerhandlungen in Unternehmen bei Bussen bis zu 5'000 Franken (s. Art. 6 und 7 VStrR) sowie die Verjährung von Übertretungen (s. Art. 11 VStrR). 880

Das gesamte Verwaltungsstrafrecht und somit auch dessen Spezialbestimmungen finden nur Anwendung, wenn die Verfolgung und Beurteilung von Widerhandlungen einer Verwaltungsbehörde des Bundes übertragen sind (s. Art. 1 VStrR). Dies bedeutet, dass immer dann, wenn in einem verwaltungsrechtlichen Erlass die Bundesanwaltschaft und das Bundesstrafgericht oder kantonale Behörden mit der Strafverfolgung beauftragt werden, grundsätzlich der allgemeine Teil des StGB zur Anwendung kommt. Ist dies nicht erwünscht, so muss die Geltung der Spezialbestimmungen des VStrR besonders vorgesehen werden. 881

Beispiele

- Art. 62 des Umweltschutzgesetzes (USG, SR 814.01);
- Art. 73 des Gewässerschutzgesetzes (GSchG, SR 814.20).

Verantwortlichkeit der Unternehmen

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Unternehmen (d.h. von juristischen Personen und vergleichbaren Personengesamtheiten) wird durch Artikel 102 StGB geregelt. Diese Bestimmung ist für alle Verbrechen und Vergehen anwendbar. Für Übertretungen gelten besondere Regeln (s. Art. 105 Abs. 1 StGB, Art. 6 und 7 VStrR). Zusätzliche Regeln für Widerhandlungen in Geschäftsbetrieben sind begründungsbedürftig. Dies betrifft insbesondere die Erhöhung der Limite von 5'000 Franken gemäss Artikel 7 Absatz 1 VStrR (z.B. Art. 49 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes, FINMAG, SR 956.1; Art. 125 des Zollgesetzes, ZG, SR 631.0). 882

Ordnungsbussen

883 Ordnungswidrigkeiten sind Übertretungen, die im Gesetz als solche bezeichnet werden oder die mit «Ordnungsbusse» bedroht werden (s. Art. 3 VStrR). Für Ordnungsbussen zur Sanktionierung von geringfügigen Übertretungen nach dem Ordnungsbussengesetz (OBG, SR 314.1) gilt das VStrR nicht,.,. Soweit das Verwaltungsstrafrecht anwendbar ist, kennzeichnen sich Ordnungswidrigkeiten durch folgende Merkmale:

- Anstiftung und Gehilfenschaft sind nicht strafbar (s. Art. 5 VStrR);
- die Ordnungsbusse kann nicht in Haft umgewandelt werden (s. Art. 10 Abs. 1 VStrR).

884 In Anbetracht des geringen pönalen Charakters können Ordnungsbussen auf Gesetzesstufe als sog. Blankettstrafnormen ausgestaltet werden, bei denen sich der Tatbestand und das geschützte Rechtsgut im Einzelfall nur aus andern Normen erschliessen lässt. Blankettstrafnormen erlauben mit ihrer Flexibilität, akuten Bedürfnissen oder sich wandelnden Zeitverhältnissen Rechnung zu tragen.

Beispiele

- Art. 56 des Elektrizitätsgesetzes (EleG, SR 734.0);
- Art. 53 des Fernmeldegesetzes (FMG, SR 784.10);
- Art. 127 des Zollgesetzes (ZG, SR 631)

885 Bei Ordnungswidrigkeiten darf die Höchstbusse von 5'000 Franken nicht überschritten werden(Art. 1 Abs. 4 OBG). Zu beachten ist, dass auch in diesen Fällen die verfassungsrechtlichen Anforderungen (rechtliches Gehör, Begründung und Überprüfbarkeit durch eine gerichtliche Instanz) in jedem Fall zu respektieren sind.

Notwendigkeit besonderer Strafbestimmungen

886 Bestimmungen des Nebenstrafrechts sind nur zu erlassen, wenn es zur Durchsetzung bestimmter Rechtsvorschriften unumgänglich ist. Neue Strafbestimmungen des Nebenstrafrechts sind insbesondere sinnvoll, wenn:

- das strafwürdige Verhalten nicht bereits vom StGB oder von anderen Strafbestimmungen erfasst wird;
- der allgemeine Ungehorsamstatbestand nach Artikel 292 StGB oder die Mittel des Verwaltungszwangs nicht genügen (s. *Rz. 910 ff*);
- die Materie eine hohe Technizität aufweist;
- eine Strafbestimmung ohne Rückgriff auf Begriffe oder Institute des Verwaltungsrechts nicht leicht angewendet werden kann.

Gesetzliche Grundlage

887 Strafbestimmungen, die eine Freiheitsstrafe vorsehen, bedürfen einer formell-gesetzlichen Grundlage (Bundesgesetz), da sie einen schweren Grundrechtseingriff darstellen (s. Art. 36 Abs. 1 BV). Auch für die übrigen Strafen (Geldstrafe, Busse) braucht es eine gesetzliche Grundlage, und die in Artikel 36 BV festgelegten Voraussetzungen für Grundrechtsbeschränkungen (insb. das Verhältnismässigkeitsprinzip) sind zu beachten.

888 Strafbestimmungen auf Verordnungsstufe sind in folgenden Fällen zulässig (s. dazu VPB 46 [1982], III, Nr. 50):

- Delegation von Strafkompetenzen: Das Gesetz kann den Bundesrat ausdrücklich ermächtigen, Strafbestimmungen zu erlassen. Soweit in der Delegationsnorm nichts anderes vorgesehen wird, kann der Bundesrat in diesen Fällen nur Übertretungstatbestände (s. Art. 103 ff. StGB) schaffen.

Beispiel

- Art. 55 Abs. 3 Elektrizitätsgesetz (EleG, SR 734.0) in Verbindung mit Art. 42 der Niederspannungs-Installationsverordnung (NIV, SR 734.27).

- Allgemeine Gesetzesdelegation: Das Gesetz kann den Bundesrat ermächtigen, bestimmte gesetzesvertretende Bestimmungen zu erlassen. In diesen Fällen ist zu prüfen, ob der Gesetzgeber den Bundesrat zugleich auch zum Erlass von Strafbestimmungen ermächtigen wollte. In Frage kommen höchstens Übertretungstatbestände. Wenn der delegierende Erlass selber bereits Strafbestimmungen enthält, ist davon auszugehen, der Gesetzgeber habe in strafrechtlicher Hinsicht abschliessend normiert. Anhaltspunkte für ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers ergeben sich namentlich aus den Materialien eines Erlasses.
- Strafbestimmungen in Vollzugsverordnungen: In Verordnungen, die sich auf die allgemeine Umsetzungskompetenz nach Artikel 182 BV oder auf eine gesetzliche Vollzugsklausel stützen, darf der Bundesrat nur Strafbestimmungen erlassen, die als Mittel des Verwaltungszwangs dienen und in denen das pönale Element stark zurücktritt. In Betracht kommen namentlich Ordnungswidrigkeiten nach Artikel 3 VStrR, d.h. Busse bis höchstens 5'000 Franken. Angesichts der hohen Anforderungen, die im Strafrecht an das Legalitätsprinzip gestellt werden, ist die Schaffung einer formell-gesetzlichen Grundlage auch bei niedrigen Bussen empfehlenswert.

Formulierung von Strafbestimmungen

889 Für die Formulierung von Strafbestimmungen sind die nachfolgenden Grundsätze zu beachten.

Aufbau

890 Beim Aufbau von Strafbestimmungen wird herkömmlicherweise ein bestimmter Tatbestand («Wer öffentlich zu einem Verbrechen auffordert, ... ») mit einer bestimmten Rechtsfolge verknüpft («wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft», Art. 259 Abs. 1 StGB). Wenn eine Vielzahl von Tatbeständen mit derselben Rechtsfolge verknüpft werden sollen, rechtfertigt sich auch der umgekehrte Aufbau.

Beispiel

- Art. 60 Abs. 1 und 61 Abs. 1 des Umweltschutzgesetzes (USG, SR 814.01).

Objektiver Tatbestand

891 Die Tatperson wird regelmässig mit dem allgemeinen «Wer» bezeichnet. Bestimmte Personenkategorien sollen nur ausnahmsweise, wenn wichtige Gründe dafür sprechen, als Tatpersonen genannt werden, weil damit ein so genanntes Sonderdelikt geschaffen wird.

892 Die Tatbestandselemente sind möglichst präzis zu formulieren. Der Gesetzgeber muss die Möglichkeiten der Präzisierung voll ausschöpfen. Blankettstrafdrohungen (s. *Rz. 884*) bzw. strafrechtliche Generalklauseln sind zu vermeiden. Auf andere Artikel des Gesetzes darf verwiesen werden, wenn diese hinreichend klare Gebote oder Verbote enthalten.

893 Es ist darauf zu verzichten, in einem Gesetz alle «Widerhandlungen gegen die Ausführungsvorschriften» unter Strafe zu stellen. Für eine differenzierte Normierung bestehen verschiedene Möglichkeiten:

- Das Gesetz kann bestimmen, für welche dem Inhalt nach umschriebenen Ausführungsvorschriften eine Strafdrohung gelten soll.

Beispiel

- Art. 24 Abs. 1 Bst. e des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG, SR 241).

- Das Gesetz kann den Bundesrat zum Erlass von Strafbestimmungen ermächtigen oder festlegen, dass eine Strafandrohung für jene Ausführungsvorschriften gelten soll, deren Übertretung der Bundesrat ausdrücklich unter Strafe stellt.

Beispiele

- Art. 103 Abs. 1 des Strassenverkehrsgesetzes (SVG, SR 741.01);
- Art. 44 Abs. 1 Bst. f des Strahlenschutzgesetzes (StSG, SR 814.50).

Wird in einer Vollzugsverordnung auf die Strafdrohung des übergeordneten Gesetzes Bezug genommen, bietet sich folgende Formulierung an: «Wer... (Tatbestand), wird nach Artikel... des Gesetzes mit ... bestraft. » 894

Vorsatz, Fahrlässigkeit

Angesichts der Unbestimmtheit von Artikel 333 Absatz 7 StGB ist stets ausdrücklich zu bestimmen, ob nur die vorsätzliche oder auch die fahrlässige Begehung strafbar sein soll. 895

Formulierungsvorschlag: «Wer vorsätzlich oder fahrlässig...» oder bei differenzierter Strafandrohung: «Wer vorsätzlich ... (Tatbestand), wird mit ... bestraft. Handelt der Täter fahrlässig, so ist die Strafe... ». 896

Vorsätzliches und fahrlässiges Verhalten dürften hinsichtlich Strafrahmen prinzipiell nur im Bagatellbereich (bei Ordnungswidrigkeiten oder Übertretungen bis höchstens 10'000 Franken Busse) auf die gleiche Stufe gestellt werden. Bei Verbrechen und Vergehen müssen sich die Strafrahmen – deutlich – unterscheiden. 897

Strafdrohung

Das Gebot der Rechtsgleichheit verlangt unter anderem, dass für vergleichbare Straftatbestände vergleichbare Strafdrohungen vorgesehen werden. 898

Für Freiheitsstrafen ist Artikel 40 StGB zu beachten: Freiheitsstrafe in der Regel mindestens drei Tage; Höchstdauer 20 Jahre, es sei denn, das Gesetz sehe ausdrücklich lebenslänglich vor. 899

Für die Qualifizierung einer Straftat als Verbrechen oder Vergehen ist Artikel 10 StGB zu beachten. Demnach sind Verbrechen Taten, die mit Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren bedroht sind (Abs. 2). Vergehen sind Taten, die mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bedroht sind (Abs. 3). 900

Übertretungen werden mit Busse bestraft. Diesbezüglich ist Artikel 106 Absatz 1 StGB zu beachten. Allerdings wird im Nebenstrafrecht der Höchstbetrag von 10'000 Franken für Übertretungen häufig überschritten. 901

Beispiele

- Art. 36 Abs. 1 und 3 des Kriegsmaterialgesetzes (KMG, SR 514.51): Busse bis zu 100'000 Franken bei Übertretungen bei vorsätzlicher Begehungsweise; bis zu 40'000 Franken bei Fahrlässigkeit;
- Art. 18 des Jagdgesetzes (JSG, SR 922.0): Busse bis zu 20'000 Franken.

Bei Freiheitsstrafen sollte von nicht gebräuchlichen Strafdrohungen (wie etwa 2 oder 4 Jahre Freiheitsstrafe) abgesehen werden. Gesetzliche Mindeststrafen sind zu vermeiden, weil sie das Ermessen des zuständigen Gerichts bzw. der zuständigen Behörde einschränken und zu unbilligen Ergebnissen führen können. 902

Verhältnis zu anderen Strafbestimmungen

903 Kann man auf einen neuen Straftatbestand aus sachlichen Gründen nicht verzichten und ist abzusehen, dass dieser neue Straftatbestand im Anwendungsfall mit einem Tatbestand des StGB oder eines andern Erlasses in Konkurrenz treten könnte, so ist das Verhältnis der beiden Strafbestimmungen zueinander zu regeln. Denkbar sind verschiedene Möglichkeiten:

- Im Konkurrenzfall soll stets nur der eine Tatbestand Anwendung finden.

Beispiele

- Art. 40 Abs. 4 des Sprengstoffgesetzes (SprstG, SR 941.41);
- Art. 72 des Gewässerschutzgesetzes (GSchG, SR 814.20, nur bezüglich Art. 234 StGB).

- Im Konkurrenzfall soll unter bestimmten Bedingungen nur der eine Tatbestand Anwendung finden.

Beispiel

- Art. 40 Abs. 1 des Sprengstoffgesetzes (SprstG, SR 941.41).

- Im Konkurrenzfall soll der «schwerere», d.h. jener Tatbestand Anwendung finden, der eine schwerere Höchststrafe vorsieht.

Beispiele

- Art. 69 Abs. 1 des Transplantationsgesetzes (SR 810.21);
- Art. 62 Abs. 1 des Humanforschungsgesetzes (HFG, SR 810.30).

- Im Konkurrenzfall sollen beide Tatbestände Anwendung finden. In diesem Fall gilt, sofern das Gesetz nichts anderes vorsieht, Artikel 49 Absatz 1 StGB (Absorptionsprinzip).

Beispiel

- Art. 72 des Gewässerschutzgesetzes (GSchG, SR 814.20).

904 Die ausschliessliche Anwendung nur des einen Tatbestandes ist dann am Platz, wenn dieser das strafbare Verhalten auch nach den Merkmalen des andern Tatbestandes erfasst und angemessen ahndet. Umgekehrt ist die Anwendung beider Tatbestände angebracht, wenn mit derselben Handlung verschiedene Rechtsgüter verletzt werden (z.B. Schutz der öffentlichen Gesundheit und Schutz von Leib und Leben einzelner Menschen). Wenn strafbare Handlungen vom StGB oder vom Verwaltungsstrafrecht, welches sich allerdings nur auf Leistungs- und Abgabebetrug, Urkundenfälschung, Unterdrückung von Urkunden sowie Begünstigung beschränkt (s. Art. 14 ff. VStrR), erfasst werden, ist auf den Erlass weiterer Strafbestimmungen zu verzichten. Wenn das Verwaltungsstrafrecht ohnehin Anwendung findet (s. *Rz. 880 ff*), kann speziell auf diese Bestimmungen verwiesen werden.

Beispiele

- Art. 45 Abs. 1 des Strahlenschutzgesetzes (StSG, SR 814.50);
- Art. 45*a* des Rohrleitungsgesetzes (RLG, SR 746.1).

Der Leistungs- und Abgabebetrug ist nach Artikel 14 Absätze 1 und 2 VStrR allerdings an die Voraussetzung geknüpft, dass der Täter die Behörde «arglistig irreführt». Soll auf dieses Tatbestandsmerkmal verzichtet werden, muss dies in einem Spezialerlass ausdrücklich vorgesehen werden. 905

Gerichtsbarkeit

Im Nebenstrafrecht des Bundes ist stets festzulegen, welches Organ zur Verfolgung und Beurteilung von Straftaten erstinstanzlich zuständig sein soll. 906

Soweit die Kantone mit der Umsetzung eines Erlasses betraut werden, soll ihnen auch die Strafverfolgung übertragen werden. Umgekehrt ist die Strafverfolgung durch eine Bundesverwaltungsbehörde dann vorzusehen, wenn auch der Gesetzesvollzug den Bundesbehörden übertragen wird. 907

Beispiele

- Art. 45 i.V.m. Art. 73 des Gewässerschutzgesetzes (GSchG, SR 814.20);
- Art. 57 des Elektrizitätsgesetzes (EleG, SR 734.0);
- Art. 46a Abs. 2 des Rohrleitungsgesetzes (RLG, SR 746.1).

Die Bundesgerichtsbarkeit sollte nur ausnahmsweise und nur nach Rücksprache mit dem Bundesstrafgericht und der Bundesanwaltschaft vorgesehen werden. 908

Mitteilung von Strafurteilen

Bundesbehörden können gegen kantonale Entscheide Rechtsmittel ergreifen, wenn das Bundesrecht vorsieht, dass ihnen der Entscheid mitzuteilen ist (sog. "Amtsklage", siehe Art. 381*a* StPO). Die Mitteilung von Strafurteilen kantonaler Behörden an Bundesbehörden wird in der Verordnung vom 10. November 2004 über die Mitteilung kantonaler Strafentscheide (Mitteilungsverordnung, SR 312.3) umfassend normiert. Bestehende gesetzliche Mitteilungspflichten an die Bundesanwaltschaft sind bei nächster Gelegenheit aufzuheben und unter Angabe der zuständigen Behörde in die genannte Verordnung zu integrieren. Neue spezialgesetzliche Mitteilungspflichten müssen nur dann geschaffen werden, wenn die Strafurteile zu anderen Zwecken (z.B. für Statistiken oder Analysen) verwendet werden als für das Einlegen eines Rechtsmittels im Strafverfahren. 909

Administrative Zwangsmittel

Administrative Zwangsmittel dienen der Durchsetzung des Verwaltungsrechts gegenüber Personen, die ihre Pflichten missachten. Das Zwangsmittel muss immer in konkretem Zusammenhang mit den durchzusetzenden Rechtspflichten stehen. Es wird zwischen exekutorischen und repressiven Zwangsmitteln unterschieden. 910

Exekutorische Zwangsmittel

911 Die exekutorischen Zwangsmittel zielen auf die Bewahrung oder Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustands sowie auf eine reale Erfüllung der verwaltungsrechtlichen Pflichten. Zu ihnen gehören:

- die Schuldbetreibung (Art. 40 VwVG verweist zu diesem Hinblick auf das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG, SR 281.1),;
- der unmittelbare Zwang gegen Personen oder ihre Sachen (z.B. Beschlagnahme gesundheitsschädigender Lebensmittel);
- die Ersatzvornahme (z.B. Abbruch nicht bewilligter Bauten).

912 Der Anwendungsbereich der exekutorischen Zwangsmittel umfasst vor allem die Vollstreckung von Verfügungen. Dafür sind grundsätzlich die Artikel 39–43 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) massgebend. Diese Bestimmungen gelten allerdings nur, wenn Behörden des Bundes (s. Art. 1 Abs. 1 VwVG) verfügt haben. Sie enthalten jedoch Regeln, die im Verwaltungsrecht allgemein anerkannt sind und heute insbesondere durch Artikel 5, 29, 31, 35 und 36 BV in allgemeiner Form für das Handeln aller Behörden zum Massstab gemacht werden.

913 Bei den exekutorischen Zwangsmitteln ist dem Gesetzmässigkeitsprinzip Genüge getan, wenn die zu vollstreckende Pflicht auf das Gesetz abgestützt werden kann.

Repressive Zwangsmittel

914 Die repressiven Zwangsmittel fügen der pflichtvergessenen Person Nachteile zu. Dadurch sollen einerseits unmittelbar gesetzliche Pflichten durchgesetzt und andererseits erfolgte Rechtsverletzungen geahndet und zugleich eine vorbeugende Wirkung erzielt werden. Repressive Zwangsmittel sind auch die Anordnung von administrativen Rechtsnachteilen.

Beispiele

- Bewilligungsentzug, Betriebsschliessung (Art. 35 Abs. 2 des Sprengstoffgesetzes, SR 941.41);
- Ausschluss von künftigen Aufträgen des Gemeinwesens (Art. 13 des Bundesgesetzes gegen die Schwarzarbeit, BGSA; SR 822.41);

Ferner zählen folgende Massnahmen zu den repressiven Zwangsmitteln:

- die Beugestrafe nach Artikel 292 StGB (Busse bei Nichtbefolgung einer Verfügung der zuständigen Behörde);
- die Bestrafung (Freiheitsstrafe, Geldstrafe, Busse, gemeinnützige Arbeit, allenfalls in Verbindung mit Massnahmen; s. auch *Rz. 877 ff.*);
- die pekuniäre Verwaltungssanktionen (Art. 100 und 109 Geldspielgesetz, BGS, SR 935.51; Art. 49a Kartellgesetz, KG, SR 251);
- die Disziplinarmassnahmen (z.B. Art. 17 Anwaltsgesetz, BGFA, SR 935.61),

Falls es notwendig erscheint, im Spezialerlass die Grundregeln des Verwaltungsverfahrensgesetzes zu ergänzen, oder wenn es darum geht, die Voraussetzungen für den Einsatz von administrativen Zwangsmitteln zu formulieren, sind die folgenden Grundsätze für die Rechtsetzung zu beachten: *915*

- Für repressive Zwangsmittel, die direkt in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen eingreifen, ist eine ausdrückliche formell-gesetzliche Grundlage erforderlich. Für weniger schwer wiegende Sanktionen ist zumindest die Schaffung einer materiell gesetzlichen Grundlage erforderlich (s. *Rz. 877 ff.*; s. auch Kap. 4 des Berichts des Bundesrates «Pekuniäre Verwaltungssanktionen» in Erfüllung des Postulates 18.4100 SPK-N [BBl 2022 776]).
- Die Bestimmungen über die Zwangsmittel müssen so formuliert werden, dass in jedem Fall dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismässigkeit Rechnung getragen werden kann (s. Art. 42 VwVG).
- Administrative Rechtsnachteile knüpfen in der Regel an eine verschuldete Pflichtverletzung an (s. z.B. BGE 135 II 138 E 2.2, BGE 136 II 447 E. 3). Wenn das Erfordernis eines Verschuldens nicht sachgerecht erscheint (beispielsweise bei Verpflichtungen, die grössere Betriebe und Unternehmen betreffen), kann darauf verzichtet werden. Aus den Bestimmungen sollte eindeutig hervorgehen, ob ein Verschulden verlangt wird. Zum Fall der pekuniären Verwaltungssanktionen (subjektive Zurechenbarkeit), s. Kap. 4.3 des Berichts des Bundesrates «Pekuniäre Verwaltungssanktionen».
- Wenn eine Pflichtverletzung mit verschiedenen administrativen Rechtsnachteilen geahndet werden kann (oder zusammen mit einer Verwaltungsmassnahme und einer Strafe), muss geregelt werden, ob eine Kumulation möglich ist.
- Soll die Aufhebung einer Verfügung als Sanktion für ein Fehlverhalten der Adressatin oder der Adressaten, das die Gesetzmässigkeit der Verfügung nicht berührt, ausgesprochen werden können, muss dieser sogenannte Entzug ausdrücklich geregelt werden. Entzug (s. z.B. Führerausweisentzug nach Art. 16 SVG, SR 741.01) und Widerruf können nicht immer klar unterschieden werden. Der Widerruf von begünstigenden Verfügungen (z.B. Bewilligungen, Konzessionen, Subventionsverfügungen), die von Anfang an fehlerhaft waren oder es nachträglich geworden sind, stellt nämlich keine repressive Massnahme dar. Das Gesetzmässigkeitsprinzip verlangt die Korrektur solcher Verfügungen; einer speziellen gesetzlichen Ermächtigung bedarf es dazu nicht. Die Zulässigkeit des Widerrufs ist nach den Grundsätzen über die Rechtsbeständigkeit von Verfügungen zu beurteilen. Es empfiehlt sich dort, wo mit Zweifelsfällen gerechnet werden muss, genügend weite gesetzliche Regelungen bereitzustellen.
- Die Kosten, die der Verwaltung aus der Anwendung von Zwangsmitteln erwachsen, sollen grundsätzlich von den säumigen Personen getragen werden. Bei Zwangsmitteln, die mit Verfügung angeordnet werden, genügt hierfür Artikel 46*a* RVOG als gesetzliche Grundlage (s. Thomas Braunschweig, LeGes

2005, S. 9 ff., insb. Ziff. 3.3, 3.7 und 4). Die Gebührenerhebung muss jedoch auf Verordnungsstufe vorgesehen werden. Bei Zwangsmitteln, die nicht mit Verfügung angeordnet werden, muss die Überwälzung gesetzlich vorgesehen werden (s. z.B. Art. 41 Abs. 1 Bst. a VwVG betr. Ersatzvornahmen).

Haftpflichtbestimmungen

Grundsatz

916 Beim Erlass von Haftpflichtbestimmungen ist darauf zu achten, dass die Einheit des Haftpflichtrechts erhalten bleibt. Es sollen nicht mehr Abweichungen von den allgemeinen Regelungen (Obligationenrecht oder Verantwortlichkeitsgesetz) als notwendig eingeführt werden. Es ist insbesondere darauf zu achten, dass gleiche Probleme in allen Gesetzen gleich geregelt werden.

Beispiel

- Die Bestimmungen über die obligatorische Haftpflichtversicherung von Artikel 16 des Jagdgesetzes (JSG, SR 922.0) stimmen trotz unterschiedlicher Regelungsdichte mit den Artikeln 63–68 des Strassenverkehrsgesetzes (SVG, SR 741.01) überein.

917 Unter Umständen kann anstelle einer Versicherung eine andere Sicherheit verlangt werden. Formulierungsvorschlag:

- «Anstelle der Haftpflichtversicherung können andere, gleichwertige Sicherheiten erbracht werden. »

Haftung des Bundes

918 Für die Haftung des Bundes, seines Bundespersonals sowie der Organisationen, die Bundesaufgaben vollziehen, gelten die Bestimmungen des Verantwortlichkeitsgesetzes (VG, SR 170.32). Demnach haftet der Bund für widerrechtlich zugefügten Schaden, ohne Rücksicht auf das Verschulden (s. Art. 3 Abs. 1 und Art. 19). In verschiedenen Bereichen bestehen Sonderbestimmungen.

Beispiele

- Art. 135-143 des Militärgesetzes (MG, SR 510.10);
- Art. 44 des Eisenbahngesetzes (EBG, SR 742.101).

Haftung nach Obligationenrecht

919 Die ausservertragliche privatrechtliche Haftung ist in den Artikeln 41–61 des Obligationenrechts (OR, SR 220) geregelt. Ausserdem enthalten zahlreiche Bundesgesetze Sonderbestimmungen.

Beispiele

- Art. 58–89 des Strassenverkehrsgesetzes (SVG, SR 741.01);
- Art. 30 ff. des Bundesgesetzes über die Gentechnik im Ausserhumanbereich (GTG, SR 814.91).

Die vertragliche privatrechtliche Haftung ist in den Artikeln 97 ff. OR sowie in den Bestimmungen über einzelne Verträge (s. z.B. Art. 321e oder 398 ff. OR) geregelt. Zudem gibt es mehrere Erlasse mit Sonderbestimmungen. 920

Beispiele

- Personenbeförderungsgesetz (PBG, SR 745.1);
- Protokoll vom 3. Juni 1999 zum Übereinkommen vom 9. Mai 1980 über den internationalen Eisenbahnverkehr (COTIF, s. Anhang A Art. 26 ff. und Anhang B Art. 23 ff.; SR 0.742.403.12).

Berufshaftpflichtversicherung

Beim Erlass von Bestimmungen über eine Berufshaftpflichtversicherung sind verschiedene Kriterien zu berücksichtigen: Soll die Berufshaftpflichtversicherung als Zulassungsvoraussetzung oder als Berufsregel ausgestaltet sein? Soll nur eine Versicherung abgeschlossen oder auch eine gleichwertige Alternative präsentiert werden können? Soll eine Mindestversicherungssumme festgelegt werden? Welche Sanktionen sollen bei Nichtbefolgung zur Anwendung gelangen? Auf welcher Normstufe soll die Bestimmung über die Haftpflichtversicherung eingeführt werden (Bundesgesetz oder Verordnung)? 921

Beispiele

- Als Zulassungsvoraussetzung: Art. 40 Abs. 1 Bst. c des Konsumkreditgesetzes (KKG, SR 221.214.1);
- als Berufsregel: Art. 12 Bst. f des Anwaltsgesetzes (BGFA, SR 935.61);
- ohne Alternative zur Versicherung: Art. 16 des Jagdgesetzes (JSG, SR 922.0);
- mit Alternative zur Versicherung: Art. 12 Bst. f des Anwaltsgesetzes (BGFA, SR 935.61);
- ohne Mindestversicherungssumme: Art. 40 Bst. h des Medizinalberufegesetzes (MedBG, SR 811.11);
- mit Mindestversicherungssumme: Art. 12 Bst. f des Anwaltsgesetzes (BGFA, SR 935.61).

Planung

Übersicht

Die Planungsinstrumente können nach entsprechenden Charakteristiken in Kategorien unterteilt werden: Gesamtplanungen und Raumpläne. 922

Gesamtplanung

Begriff

Die Gesamtplanung stellt einen Akt des Gemeinwesens dar, der einen Planungsprozess wiedergibt und konkretisiert, einen Prozess, der in der Form einer zukünftigen zusammenhängenden Entscheidungsfolge ein bestimmtes Ziel vorgibt und 923

anstrebt. Der Planungsprozess kann in der Regel nach verschiedenen Phasen gegliedert werden:

- Umschreibung des Ziels;
- Retrospektive Analyse der Situation;
- Prospektive Analyse der Situation;
- Katalog der Massnahmen, die zu treffen sind, um das Ziel zu erreichen;
- Umschreibung der zu wählenden Vorgehensweise;
- Überprüfung der Zielerreichung.

924 Die Terminologie für die Gesamtplanung ist unterschiedlich: Plan, Planung, Konzept, Konzeption, Programm, Leitbild, Richtlinien, Grundzüge, Absichtsplan, Strategieplan, Ziele, Orientierungspunkte usw.

Beispiele

- Legislaturplanung (s. Art. 146 ParlG, SR 171.10);
- Kantonaler Richtplan i.S. des Raumplanungsrechts (s. Art. 6 ff. RPG; SR 700);
- Massnahmenplan bei Luftverunreinigungen (s. Art. 44a USG; SR 814.01);
- Abfallplanung der Kantone (s. Art. 31 ff. USG; SR 814.01).

Rechtswirkungen

925 Der Gesetzgeber umschreibt die Rechtswirkungen der Planungsprogramme mittels Bestimmungen, welche den Verbindlichkeitsgrad der Programme präzisieren. Die Wirkung kann demnach sein:

- verbindlich (s. Art. 9 Abs. 1 RPG, SR 700; Art. 44*a* Abs. 2 USG, SR 814.01);
- nicht verbindlich (das Planungsprogramm dient als Entscheidungsgrundlage).

926 An Stelle von Bestimmungen, welche einer Planung einen bestimmten unmittelbaren Verbindlichkeitsgrad verleihen, können im Gesetz Regelungen vorgesehen werden, die den Plan als eines der Elemente bezeichnen, welche die Behörde im Rahmen ihrer Zuständigkeit zu berücksichtigen hat, oder die den Plan als Interpretationshilfe für unbestimmte Rechtsbegriffe vorsehen (z.B. für den Begriff des «Bedürfnisses»). Bei diesem Vorgehen verleiht der Gesetzgeber dem Plan indirekte Rechtswirkungen. Diese wiederum können einen unterschiedlichen Verbindlichkeitsgrad annehmen:

- verbindlich (das behördliche Handeln muss dem Plan entsprechen oder muss im Plan vorgesehen sein);
- nicht verbindlich (Plan als Entscheidungsgrundlage; Abweichungen vom Plan bedürfen der Begründung).

927 In einigen Fällen verlangt das Gesetz lediglich, dass vor dem Vollzug einer Massnahme ein dahingehender Plan besteht.

Raumplan

Der Raumplan ist eine spezifische, in der Regel kartographische Darstellung eines Gebietes oder einer Gebietseinheit. Es lassen sich zwei Hauptgruppen von Raumplänen unterscheiden: 928

- Pläne, welche den räumlichen Geltungsbereich einer Regelung begrenzen oder die auf ein bestimmtes, vom Gesetz errichtetes Statut verweisen;
- Pläne, welche eine bestimmte, an territoriale Gegebenheiten gebundene Situation umschreiben.

Pläne, welche den räumlichen Geltungsbereich einer Regelung begrenzen

Mit dieser Planart werden eines oder mehrere Gebiete umschrieben, um sie in unterschiedliche Zonen aufzuteilen oder um eines oder mehrere Objekte räumlich zu bestimmen (z.B. ein Feuchtgebiet, eine Strasse, ein Schloss). Die abgegrenzten Zonen sollen den räumlichen Geltungsbereich einer bestimmten Regelung umschreiben, während dem die Bezeichnung einzelner Objekte auf das vom Gesetz für sie errichtete besondere Statut verweisen soll. 929

Beispiele

- Nutzungspläne (s. Art. 14 ff. RPG; SR 700);
- Gewässerschutzbereiche (s. Art. 19 Abs. 1 GSchG; SR 814.20);
- Bezeichnung eines zu schützenden historischen Monumentes.

Pläne, welche eine bestimmte, an territoriale Gegebenheiten gebundene Situation umschreiben

Diese Planart umschreibt eine an territoriale Gegebenheiten gebundene Situation, ohne dass damit der Anwendungsbereich einer bestimmten Regelung räumlich begrenzt würde und ohne dass damit auf ein bestimmtes gesetzliches Statut verwiesen würde. 930

Beispiele

- Ermittlung der Lärmimmissionen in den Lärmbelastungskatastern (s. Art. 37 LSV, SR 814.41);
- Erstellung des Katasters der Deponien und anderer durch Abfälle belasteten Standorte (s. Art. 32*c* Abs. 2 USG; SR 814.01).

Weitere Instrumente

Information und Überzeugung

Informationsinstrumente sind nicht verpflichtende Massnahmen. Ihre Nichtbeachtung zieht keine Sanktionen nach sich. Ihre Wirksamkeit beruht in der Regel in ihrer Verbindung mit anderen Massnahmen, welche zusätzliche Anreize schaffen. 931

Informationskampagnen

932 Informationskampagnen haben das Ziel, das Bewusstsein für eine bestimmte Problematik sowie entsprechende Gegenmassnahmen zu Wecken. Obschon sie sich dem Grundsatze nach an die Gesamtheit der Bevölkerung wenden, können sie sich auch nur an direkt betroffene Personen richten (z.B. an Betäubungsmittelabhängige im Zusammenhang mit der AIDS-Bekämpfung, an die Lenker von Motorfahrzeugen zur Prävention vom fahren unter Einfluss von Alkohol, usw.). Zeitlich entfalten sie nur eine begrenzte Wirkung, ausser die Kampagne wäre Teil eines Programms, welches noch andere, verpflichtendere Instrumente einsetzt. Deshalb gehen Informationen oft einer zwingenden Intervention voraus, um die Auswirkungen von Anreizmassnahmen vorab zu prüfen, oder begleiten sie, um ihre Umsetzung zu erleichtern.

Beispiele

- Informationskampagnen im Bereich der AIDS-Bekämpfung, der Alkohol- und der Tabakmissbrauchsbekämpfung;
- Abfallsackgebühr verbunden mit Informationen über Abfallverhinderung und Spezialabfuhren;
- Information über Umweltschutz und Umweltbelastung (Art. 10e ff. Umweltschutzgesetz, USG; SR 814.01);
- Information über Energiefragen (Art. 47 Energiegesetz, EnG; SR 730.0).

Empfehlungen und Warnungen

933 Empfehlungen und Warnungen sind dringliche Einladungen an die Allgemeinheit oder an bestimmte Adressaten, sich in einer bestimmten Weise zu verhalten.

Beispiel

- Öffentliche Warnung durch die Behörden, wenn gesundheitsgefährdende Lebensmittel an eine unbestimmte Anzahl von Konsumenten verteilt worden sind (s. Art. 54 LMG, SR 817.0).

934 Obschon sie rechtlich nicht verpflichtend sind, können Empfehlungen und Warnungen im Hinblick auf den Gutglaubensschutz rechtliche Wirkungen entfalten. Nach dem gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung ist es nicht auszuschliessen, dass für Schäden, die Privaten infolge einer staatlichen Warnung entstanden sind, eine Haftung des Staates geltend gemacht werden kann.

Beispiele

- BGE 116 II 480 (Massnahmen infolge des Reaktorunglücks von Tschernobyl);
- BGE 118 Ib 473 (Massnahmen in Zusammenhang mit Vacherin Mont d'Or).

Im Hinblick auf die möglichen Folgen staatlicher Empfehlungen und Warnungen ist es angezeigt, Verfahrensvorschriften für die Erarbeitung und Herausgabe bestimmter Empfehlungen und Warnungen vorzusehen. Sofern die Absicht besteht, Rechte und Pflichten zu schaffen oder aufzuheben, muss dies mittels generell-abstraktem Erlass oder allenfalls mittels formeller Verfügung geschehen (s. Art. 5 VwVG). *935*

Beratung

An Stelle von Empfehlungen und Warnungen kann der Staat beraten. Diese Instrumente werden den eigentlichen Empfehlungen oder den Warnungen vorgezogen, wenn die staatliche Einflussnahme noch zurückhaltender erfolgen soll. *936*

Beispiel

- Art. 47 des Energiegesetzes (EnG, SR 730.0).

Ausbildung und Forschung

Die Ausbildung ist ein sehr wirksames Mittel der Einflussnahme auf das Verhalten. Ihre Auswirkungen werden zwar in der Regel nicht unter dem Aspekt der Verhaltensbeeinflussung dargestellt, doch sind sie auch in dieser Beziehung erheblich. Zu beachten ist allerdings, dass das Schulwesen Sache der Kantone ist (s. Art. 62 BV). Immerhin hat der Bund Gesetzgebungskompetenzen auf dem Gebiet der Berufsbildung (s. Art. 63 BV). Zudem kann er technische Hochschulen betreiben und kantonale Hochschulen unterstützen (s. Art. 63a BV) sowie die wissenschaftliche Forschung im Einzelnen fördern (s. Art. 64 BV). *937*

Beispiele

- Art. 49 Umweltschutzgesetz (USG, SR 814.01);
- Art. 8 der Abfallverordnung (VVEA, SR 814.600);
- Art. 48 f. Energiegesetz (EnG, SR 730.0).

Beispielhaftes Verhalten der Gemeinwesen

Durch vorbildhaftes Verhalten können öffentliche Gemeinwesen Private animieren, sich gleich zu verhalten und so dazu beizutragen, dass angestrebte Ziele tatsächlich erreicht werden. *938*

Beispiele

- Vorbildfunktion von Bund und Kantonen im Klimaschutz (Art. 10 KIG; BBl 2022 2403)
- Renovation von Gebäuden des Bundes zu Energiesparzwecken;
- Chancengleichheitsweisungen des Bundesrates vom 9. Oktober 2013 (s. BBl 2013 8481).

Verleihen von Auszeichnungen und Belohnungen

939 Das Verleihen von Auszeichnungen und Preisen sind symbolische Akte, die von den Gemeinwesen vorgesehen werden können, um den Einzelnen zu einem als anerkennungs- oder belohnungswürdigen Verhalten zu motivieren.

Beispiel

- Auszeichnung von Bestleistungen im Energiebereich «Watt d'or» (siehe www.wattdor.ch).

Das Label

940 Das Label ist ein bestimmtes Zeichen, welches auf einem zum Verkauf bestimmten Produkt angebracht wird oder welches mit einer bestimmten Dienstleistung verbunden wird, und das eine bestimmte Produktequalität oder Charakteristik der Dienstleistung garantieren soll. Das öffentliche Gemeinwesen kann etwa ein bestimmtes Label neu einführen, um die Unternehmungen zur Erreichung bestimmter angestrebter Standards zu motivieren.

Beispiel

- Ökolabel (Art. 43a Abs. 1 Bst. a USG; SR 814.01).

Partnerschaftliche Instrumente

Kooperatives Handeln

941 Dem kooperativen Handeln liegt – im Unterschied zum hoheitlichen Handeln – ein partnerschaftliches Modell zu Grunde, das die Verhandlungselemente zu Lasten von einseitigen Anordnungen in den Vordergrund rückt. So kann etwa vorgesehen werden, dass bestimmte Aktivitäten den Abschluss einer Vereinbarung mit dem Gemeinwesen voraussetzen.

Beispiel

- Art. 10 Winterreserveverordnung (WResV; SR 734.722)

942 Ausdruck von kooperativem Handeln sind auch Vorschriften, die den Bund in genereller Weise verpflichten, mit den Kantonen und den Organisationen der Wirtschaft zusammenzuarbeiten, Branchenvereinbarungen zu fördern, vor dem Erlass von Ausführungsvorschriften freiwillige Massnahmen der Wirtschaft zu prüfen und gegebenenfalls Branchenvereinbarungen soweit als möglich in das Ausführungsrecht zu übernehmen.

Beispiele

- Art. 41a Umweltschutzgesetz (USG; SR 814.01);
- Art. 4 Energiegesetz (EnG; SR 730.0)
- Art. 17 Filmgesetz (FiG; SR 443.1).

943 Eine weitere Spielart der Kooperation besteht in der Allgemeinverbindlicherklärung kollektiver privatrechtlicher Regelungen.

Beispiele

- Bundesgesetz über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen (SR 221.215.311);
- Allgemeinverbindlicherklärung von Rahmenmietverträgen nach dem Bundesgesetz über Rahmenmietverträge und deren Allgemeinverbindlicherklärung (SR 221.213.15);
- Allgemeinverbindlicherklärung des Standardvertrags im Milchsektor (Art. 37 Abs. 3 Landwirtschaftsgesetz, LwG; SR 910.1).

Selbstregulierung

944 Der Staat kann auch auf indirekte Weise intervenieren, indem er die Selbstregulierung der Privaten vorschreibt. Er kann dazu beispielsweise bestimmte Anforderungen vorsehen. Damit der Rückgriff auf die Selbstregulierung nicht zu einem faktischen Rückzug des Staates aus seinen öffentlichen Aufgaben führt, muss der Gesetzgeber ein sachgerechtes und wirksames Aufsichtsrecht vorsehen.

Beispiel

- Einlagensicherung nach Art. 37*h*-37*k* des Bankengesetzes (BankG, SR 952.0).
- Art. 27 Finanzmarktinfrastrukturgesetz (FinfraG; SR 958.1); le Tribunal fédéral a toutefois annoncé un changement de jurisprudence prochain pour qualifier les sanctions des SRO de droit public (ATF 2C_887/2018 du 23 mars 2021, relevé dans le rapport de gestion annuel 2021 p. 16). Il a déjà mis en doute que ces sanctions disposent alors d'une base légale suffisante.
- Art. 18 Geldwäschereigesetz (GwG; SR 955.0).

Das «Damoklesgesetz»

945 Das «Damoklesgesetz» umschreibt Ziele, von denen der Gesetzgeber hofft, dass sie durch Selbstregulierung erreicht werden. Obwohl das «Damoklesgesetz» Rechtssatzcharakter hat, ist es nur bedingt verbindlich. Das Gesetz sieht subsidiär eine Regelung vor, die erst dann zur Anwendung kommt, wenn die Vorgaben im Rahmen der Selbstregulierung nicht erfüllt werden.

Beispiele

- Art. 8 VGV (SR 814.621) sieht für bestimmte Getränkeverpackungen eine Verwertungsquote von 75% vor. Wenn diese nicht durch freiwillige Massnahmen der Branche erreicht wird, kann das UVEK ein Pfandsystem einführen.
- Nach Artikel 4 KIG (SR 944.0) kann der Bundesrat Vorschriften über die Deklaration von Waren und Dienstleistungen nur erlassen, wenn Branchenvereinbarungen innert angemessener Frist nicht zustande gekommen sind oder unzureichend erfüllt werden.

Verwaltungsrechtliche Verträge

946 Die Lehre unterscheidet im Bereiche der verwaltungsrechtlichen Verträge insbesondere zwischen koordinationsrechtlichen Verträgen (Verträge zwischen Personen des öffentlichen Rechts) und subordinationsrechtlichen Verträgen (Verträge zwischen Personen des öffentlichen Rechts und Privaten im Bereiche ihrer hoheitlich geregelten Beziehungen).

947 Koordinationsrechtliche Verträge spielen vor allem im Bereiche des Organisationsrechts und der Kompetenzausscheidung zwischen verschiedenen Gemeinwesen eine Rolle. Da die Zuständigkeitsordnung zwischen Bund und Kantonen durch die Verfassung abschliessend geregelt ist und innerhalb der Bundesverwaltung durch Gesetz und Verordnung festgelegt wird, sind entsprechende Verträge eher selten. Bei parallelen Kompetenzen von Bund und Kantonen können aber solche Vereinbarungen abgeschlossen werden bzw. kann sich der Bund an einem kantonalen Konkordat beteiligen.

Beispiele

- Vereinbarung vom 25. Februar 2015 zwischen dem Bund und den Kantonen über die Zusammenarbeit im Hochschulbereich (ZSAV-HS, SR 414.205)
- Abkommen vom 23. Mai 1958 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Kantonen Waadt und Wallis über den Strassentunnel unter dem Grossen St. Bernhard (SR 725.151.1);
- Vereinbarung vom 25. November 1997/14. Januar 1998 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, vertreten durch den Schweizerischen Bundesrat, und den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft, jeweils vertreten durch den Regierungsrat, betreffend Zusammenarbeit bei der Wahrung der schweizerischen Interessen auf dem binationalen Flughafen Basel-Mülhausen (SR 748.134.4);
- Vereinbarung vom 2. September 2020 zwischen dem Bund und den Kantonen über die Harmonisierung und die gemeinsame Bereitstellung der Polizeitechnik und -informatik in der Schweiz (PTI-Vereinbarung; SR 367.1).

948 Es ist darauf hinzuweisen, dass solche Verträge immer nur innerhalb der entsprechenden gesetzlichen bzw. völkerrechtlichen Grundlagen abgeschlossen werden können (s. für den Fall des Grossen St. Bernhard-Tunnels SR 0.725.151; s. Art. 4 des Bundesgesetzes über den Einsatz elektronischer Mittel zur Erfüllung von Behördenaufgaben (EMBAG; SR 172.019) als gesetzliche Basis für Vereinbarungen).). Sie können keine fehlenden Rechtsgrundlagen ersetzen und dürfen nicht allenfalls betroffene Private belasten.

949 Subordinationsrechtliche Verträge werden vor allem als Vollzugsinstrumente eingesetzt. Auch hier gilt, dass sie eine Rechtsgrundlage benötigen und nicht eine

allenfalls fehlende gesetzliche Grundlage für das behördliche Handeln ersetzen können.

Beispiel

- Subventionsverträge nach Artikel 16 Abs. 2 des Subventionsgesetzes (SuG, SR 616.1).

Zur Ausgestaltung von Verträgen des öffentlichen Rechts im Bereiche des Vollzugs s. Kapitel «Umsetzung von Erlassen des Bundes», *Rz. 1093* ff. *950*

Programmvereinbarungen

Im Rahmen der Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen (NFA) wurde die Programmvereinbarung eingeführt (s. Botschaft zur NFA vom 14.11.2001, BBl 2002 2344 ff.). Nach Artikel 46 Absatz 2 BV können Bund und Kantone miteinander vereinbaren, dass die Kantone bei der Umsetzung von Bundesrecht bestimmte Ziele erreichen und zu diesem Zweck Programme ausführen, die der Bund finanziell unterstützt. Die Grundzüge von Programmvereinbarungen werden in Artikel 20*a* des Subventionsgesetzes (SuG, SR 616.1) geregelt. Programmvereinbarungen legen «die gemeinsam zu erreichenden strategischen Programmziele fest und regeln die Beitragsleistung des Bundes sowie, im Einvernehmen mit der Eidgenössischen Finanzkontrolle die Einzelheiten der Finanzaufsicht» (Art. 20*a* Abs. 1 SuG); sie «erstrecken sich in der Regel über mehrere Jahre» (Art. 20*a* Abs. 2 SuG). *951*

Die Wahl einer besonderen Bezeichnung soll zum Ausdruck bringen, dass es sich um einen besonderen Leistungsauftrag handelt. So sollen Programmvereinbarungen v.a. auf die staatsrechtlichen Besonderheiten des Verhältnisses zwischen Bund und Kantonen, namentlich die verfassungsrechtlich verankerte Aufgaben-, Organisations- und Finanzautonomie der Kantone, Rücksicht nehmen. *952*

Je nach Sachbereich wird von Programmvereinbarungen ausgiebig Gebrauch gemacht, namentlich im Umweltbereich (s. das einschlägige Handbuch des BAFU, http://www.bafu.admin.ch > Recht > Fachinformation > Programmvereinbarungen). Hinweise zum Einsatz und zu den Grenzen von Programmvereinbarungen gibt der Wirksamkeitsbericht 2012–2015 des Finanzausgleichs zwischen Bund und Kantonen, S. 146–158; s. auch Bericht des Bundesrates vom 11.11.2020 in Erfüllung des Postulats 19.3001 der Finanzkommission des Nationalrats vom 18. Januar 2019 über die Vereinfachung des Vollzugs der Programmvereinbarungen zwischen Bund und Kantonen). *953*

Beispiel

- Artikel 36 Waldgesetz (WaG, SR 921.0)
- Art. 11 BG über Regionalpolitik (SR 901.0).

Übertragung von öffentlichen Aufgaben auf Dritte

Allgemeines

954 Die Umsetzung von Bundesrecht kann unter bestimmten Voraussetzungen auf Organisationen und Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts übertragen werden, die ausserhalb der Bundesverwaltung stehen. Im Rahmen einer solchen Aufgabenübertragung können sie nicht nur zur Rechtsanwendung (Verfügungen, Realakte), sondern bis zu einem gewissen Grad auch zur Rechtsetzung ermächtigt werden (s. Giovanni Biaggini, St. Galler Kommentar (2023), N 29 zu Art. 178 BV; Etienne Poltier, Commentaire romand (2021), N 45, art. 178 Cst; Markus Müller, Basler Kommentar (2015), N 39 zu Art. 178 BV; Luzius Mader, Regulierung, Deregulierung, Selbstregulierung: Anmerkungen aus legistischer Sicht, ZSR 123 (2004) Hb. 2, H. 1, S. 3–156).

955 Für die Übertragung von öffentlichen Aufgaben auf Dritte können folgende Gründe sprechen:

- Entlastung der Verwaltung;
- Aktivierung des privaten Wissens und Könnens;
- Erleichterung des Kontakts zwischen verfügenden und rechtsunterworfenen Personen.

956 Die Übertragung von öffentlichen Aufgaben, insbesondere der Rechtsetzungsbefugnisse, birgt allerdings auch Gefahren in sich (s. Gutachten «Digitale Verwaltung: Verfassungsrechtliche Anforderungen an die bundesstaatliche Steuerung und Koordination» von Andreas Glaser, Seiten 19 bis 26, wie:

- Gefährdung der Rechtsgleichheit und der Rechtssicherheit;
- Beschränkung der demokratischen Mitwirkungsrechte;
- mangelnde demokratische Kontrollmöglichkeit;
- Relativierung gesetzlicher Vorschriften;
- Abhängigkeit von Interessegruppen und Kommerzialisierung des Rechts.

957 Als Rechtsform der privaten Träger öffentlicher Aufgaben kommen grundsätzlich alle Formen des privaten Rechts, so etwa Vereine, Stiftungen, Aktiengesellschaften oder Genossenschaften in Frage (s. auch VPB 39, 1975, I, Nr. 1, S. 1 ff.).

958 Im Folgenden werden Grundsätze für die Rechtsetzung für die Übertragung von öffentlichen Aufgaben auf Private aufgestellt.

Grundsätze für die Rechtsetzung

959 Beim Erlass von Vorschriften zur Übertragung von öffentlichen Aufgaben auf Dritte ist zu unterscheiden, ob ihnen Befugnisse zur Rechtsetzung und Rechtsanwendung oder lediglich zur Rechtsanwendung eingeräumt werden sollen.

960 Die Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen auf Private setzt eine verfassungsrechtliche Grundlage voraus, da die Schaffung verbindlichen Rechts grundsätzlich staatlichen Organen vorbehalten ist (s. Art. 163 ff. und 182 BV). Ausnahmsweise, wenn die Umsetzung einer Bundesaufgabe durch einen privaten

Rechtsträger anders nicht zu realisieren ist, kann dieser Rechtsträger auch gestützt auf ein formelles Gesetz zum Erlass von Rechtssätzen ermächtigt werden. Solche Umsetzungsregeln müssen sich auf die Realisierung des delegierten Vollzugs beschränken und dürfen keine neuen materiellen Pflichten festlegen (s. auch Müller Georg / Uhlmann Felix, Elemente einer Rechtsetzungslehre, 3. Aufl., Rz. 489-493; Marti, Arnold, Selbstregulierung anstelle staatlicher Gesetzgebung?, ZBl 2000, 561 ff.).

961 Die Übertragung von Befugnissen zur Rechtsanwendung bedarf einer formell-gesetzlichen Grundlage (s. Art. 178 Abs. 3 BV). Dabei ist Artikel 164 Absatz 1 BV zu beachten. Sollen wichtige Umsetzungsaufgaben übertragen werden, muss das Gesetz die Rahmenbedingungen der Aufgabenübertragung selbst festlegen. Bei sekundären Umsetzungsaufgaben genügt auf Gesetzesstufe eine Delegationsklausel («Der Bundesrat kann Umsetzung .... auf private Organisationen .... übertragen»).

962 Auf jeden Fall ist die Übertragung auf solche Bereiche zu beschränken, in denen in hohem Masse fachliches Können und Wissen gefordert ist, über welches die Privaten wegen ihrer Sachnähe besser verfügen als die Verwaltung.

963 Gesetzliche Vorschriften, welche für die Handlungen der Dritten wegweisend sind, müssen ebenso bestimmt sein wie bei der Aufgabenerfüllung durch die Verwaltung.

Beispiele der Übertragung von öffentlichen Aufgaben auf Private

- Zulassung von privaten Anstalten und Einrichtungen (Art. 379 StGB; SR 311.0);
- Erhebung der Empfangsgebühren durch die Erhebungsstelle für die Radio- und Fernsehabgabe (Art. 62 RTVV; SR 784.401);
- Mitwirkung von Organisationen und Firmen im Bereich Landwirtschaft, einschliesslich Ermächtigung zur Erhebung von Gebühren (Art. 180 Landwirtschaftsgesetz, LwG; SR 910.1);
- Übertragung von Aufgaben im Bereich der Meteorologie und Klimatologie an Dritte (Art. 6 MetG; SR 429.1);
- Exportförderungauftrag an Dritte (Art. 3 ff. Exportförderungsgesetz;SR 946.14).

964 Private können dazu verpflichtet werden, nach den Anweisungen der Behörden aktiv bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben mitzuwirken. Die Übertragung der Mitwirkungspflichten kann auf dem Weg der Rechtsetzung (z.B. durch Departementsverordnung) oder durch Vertrag vorgenommen werden.

Beispiele

- Mitwirkungspflichten der Anbieterinnen von Fernmeldediensten nach Artikel 21 ff des Bundesgesetzes betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF, SR 780.1);
- Bekanntmachungspflichten nach Artikel 9 des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen (RTVG, SR 784.40).

965 Die privaten Rechtsträger werden vom Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes ebenfalls erfasst, so dass der Grundsatz der Öffentlichkeit auch für sie gilt (Art. 2 Abs. 1 Bst. b BGÖ; SR 152.3).

966 Eine staatliche Aufsicht zur Sicherstellung der Rechtmässigkeit der Aufgabenerfüllung sowie des rechtmässigen, wirtschaftlichen und sparsamen Einsatzes der vom Staat zur Verfügung gestellten finanziellen Mittel ist unerlässlich. Als Aufsichtsmittel kommen namentlich in Frage (s. VPB 54 [1990], III, Nr. 36, Ziff. III. und Tabelle im Anhang):

- Genehmigung der organisatorischen Bestimmungen des Rechtsträgers;
- Genehmigung der von ihm erlassenen Rechtsvorschriften, Weisungen usw.;
- Verpflichtung zur Vorlage von Berichten oder zur Duldung von Inspektionen;
- Einsitznahme von Behördenvertretern in den Organen des Rechtsträgers.

967 Die Aufsichtsbefugnis reicht nur soweit, als sie im Gesetz festgeschrieben wird. Deshalb empfiehlt es sich, die Aufsicht im Gesetz nicht nur in einer Generalklausel vorzusehen, sondern die einzelnen Aufsichtsmittel wie etwa die Genehmigung von Rechtsvorschriften oder Weisungen und dergleichen ausdrücklich zu regeln oder zumindest den Bundesrat ausdrücklich zu ermächtigen, die einzelnen Aufsichtsmittel festzulegen. Allfällige Kompetenzen zur Festsetzung und zur Erhebung von Gebühren müssen ebenfalls im Gesetz verankert werden.

968 Hinsichtlich der Umsetzung von Bundesaufgaben durch die Kantone (s. Art. 46 BV) ist Folgendes festzuhalten: Mit Blick auf die kantonale Organisationsautonomie steht es den Kantonen im Rahmen des kantonalen Staatsrechts frei, die Umsetzung von Bundesaufgaben (d.h. die Anwendung von Bundesrecht) auf Private zu übertragen. Deshalb sind entsprechende Ermächtigungen in Bundesgesetzen überflüssig. Der Bund kann aber in einem Bundesgesetz die Übertragung der Umsetzung einer Bundesaufgabe auf Dritte ausschliessen oder an bestimmte Voraussetzungen knüpfen, wenn dies zur sachgerechten Erfüllung der Aufgabe notwendig ist (s. Art. 164 Abs. 1 Bst. f BV). Von dieser Möglichkeit sollte zur Wahrung der kantonalen Organisationsautonomie mit Zurückhaltung Gebrauch gemacht werden.

Abgrenzungen

969 Wer eine Tätigkeit verrichtet, an der die Öffentlichkeit mitinteressiert ist, wird dadurch allein noch nicht zum Verwaltungsträger, selbst dann nicht, wenn für die Tätigkeit eine behördliche Zulassung notwendig ist oder öffentliche Beiträge gewährt werden (s. Gygi, Fritz, Verwaltungsrecht, Bern 1986, S. 56, mit Hinweis auf BGE 107 Ib 5 und VPB 46 [1982], III, Nr. 41, S. 248). Die Übertragung öffentlicher Aufgaben ist nicht mit der Konzession zu verwechseln. Diese räumt dem Privaten nicht ein Stück öffentlicher Verwaltung zur Besorgung ein, sondern lediglich das Recht, eine meist wirtschaftliche Tätigkeit auszuüben, die zufolge Monopols oder Regals dem Gemeinwesen zusteht (s. auch Gygi, Fritz, a.a.O., S. 57; s. auch BGE 106 Ib 33, 36; Grisel, André, Traité de droit administratif, Neuenburg 1983, S. 201). Soweit es allerdings um eine Konzession des «service public» geht (s. z.B. Art. 14 ff. des Fernmeldegesetzes, FMG, SR 784.10), kann die Konzessionierung auch als Instrument der Aufgabenübertragung verstanden werden.

970 Nicht als Aufgabenübertragung versteht man ferner den (hilfsweisen) Beizug Privater zur Erfüllung einer Bundesaufgabe durch eine Behörde. In solchen Fällen («administrative Hilfstätigkeit» bzw. «Bedarfsverwaltung») hat der private Rechtsträger keine eigenen Entscheidungskompetenzen, sondern handelt lediglich als Unterakkordant der Behörde und erbringt ihr gegenüber gewisse Dienstleistungen (bzw. liefert ihr gewisse Sachgüter). Hierfür braucht es keine gesetzliche Grundlage. Hingegen ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Vergabe eines solchen Dienstleistungsauftrags unter das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1) fällt und ausgeschrieben werden muss.

971 Öffentliche Aufgaben können ferner teilweise auch mittels vertraglich geregelter Zusammenarbeit zwischen dem Staat und privatrechtlichen Unternehmen wahrgenommen werden. Man spricht in diesem Zusammenhang von einer öffentlich-privaten Partnerschaft (public private partnership). Bei dieser Arbeitsteilung übernimmt ein privater Partner die Verantwortung zur effizienten Erstellung einer Leistung, während die öffentliche Hand dafür Sorge trägt, dass gemeinwohlorientierte Ziele beachtet werden.

Folgen der Übertragung

972 Soweit Private staatliche Aufgaben wahrnehmen, sind sie – wie die Bundesbehörden auch – an die Grundrechte (s. Art. 35 Abs. 2 BV) sowie an die Prinzipien der Legalität und der Rechtsgleichheit gebunden (s. ZBl 1987, S. 205 ff.; Yvo Hangartner, Grundrechtsbindung öffentlicher Unternehmen, AJP 2000, S. 515 ff.). In Bezug auf die Rechtsgleichheit bedeutet dies insbesondere, dass die privaten Organisationen ihre Mitglieder nicht besser stellen dürfen als die Nichtmitglieder.

973 Das Verhältnis zwischen den mit staatlichen Aufgaben betrauten Privaten und den betroffenen Dritten wird in der Regel vom öffentlichen Recht beherrscht. Die von

den Privaten in Erfüllung ihrer Aufgaben gegenüber Dritten getroffenen verbindlichen Einzelanordnungen sind Verfügungen im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 VwVG und unterstehen als solche der Beschwerde. Das Beschwerdeverfahren richtet sich grundsätzlich nach dem VwVG und dem BGG (s. Art. 1 Abs. 2 Bst. e und Art. 47 Abs. 1 Bst. b und c VwVG, Art. 82 Bst. a BGG).

974 Die Angestellten der privaten Organisationen handeln, soweit sie mit der Erfüllung der staatlichen Aufgabe betraut werden, öffentlich-rechtlich. So hat diejenige Person, die öffentlich-rechtlich tätig ist, gegenüber aussenstehenden Dritten Amtspflichten. Sie untersteht dem Verantwortlichkeitsgesetz (Art. 1 Abs. 1 Bst. f VG, SR 170.32); dies gilt auch für die Haftung, allerdings haftet der Bund in diesen Fällen lediglich subsidiär (s. Art. 19 VG; BGE 107 Ib 5).

Gewerbliche Nebentätigkeiten von Verwaltungseinheiten und öffentlich-rechtlichen Unternehmungen

975 Um die Effizienz der Verwaltung zu steigern, können Bundesämter und öffentlich-rechtliche Unternehmungen unter Umständen ihre Handlungsspielräume erweitern, indem sie neue Dienstleistungen auf gewerblicher Basis erbringen und damit einen Nutzen zur besseren Erfüllung der nichtgewerblichen Dienste erzielen. Denkbar ist auch, dass Verwaltungseinheiten bzw. öffentlich-rechtliche Unternehmungen ihre Dienstleistungen (z.B. administrative Hilfstätigkeiten) nicht nur gegenüber Bundesstellen erbringen, sondern gegen marktwirtschaftlich bemessenes Entgelt auch gegenüber Privatkunden.

976 Derartige Erweiterungen des Handlungsspielraums bedürfen indessen einer gesetzlichen Grundlage (s. Art. 41 Finanzhaushaltgesetz, FHG; SR 611.0) und müssen gewisse verfassungsrechtlich bedingte Anforderungen beachten. Es ist zu empfehlen, den Normtext einer allfälligen gesetzlichen Grundlage nach folgendem Muster zu konzipieren, welches die verfassungsrechtlich bedingten Anforderungen umsetzt:

> Art. X Gewerbliche Tätigkeiten
>
> [1] Das Bundesamt Y (Die Verwaltungseinheit Z) kann Dritten gewerbliche Leistungen erbringen, wenn diese Leistungen:
>
> a. mit den Hauptaufgaben der Verwaltungseinheit in einem engen Zusammenhang stehen;
> b. keine bedeutenden zusätzlichen sachlichen und personellen Mittel erfordern; und
> c. die Erfüllung der Hauptaufgaben nicht beeinträchtigen.
>
> [2] Gewerbliche Leistungen sind auf der Grundlage einer aussagekräftigen Kosten und Leistungsrechnung zu mindestens kostendeckenden Preisen zu erbringen.

Auf das Kriterium nach Absatz 1 Buchstabe b der Musterformulierung («keine bedeutende zusätzlichen sachlichen und personellen Mittel») kann verzichtet werden, wenn die gewerblichen Dienstleistungen gegenständlich begrenzend umschrieben werden (s. z.B. Art. 4 des Bundesgesetzes über die Meteorologie und Klimatologie, MetG; SR 429.1).

Mediation und Schlichtung

977 Um den Zugang zur Justiz zu erleichtern und die Belastung der Verwaltung und der Gerichte zu vermindern, kann es sich rechtfertigen, Massnahmen für eine gütliche Streitbeilegung vorzusehen; entsprechende Institute sind die Mediation und die Schlichtung. Das Gemeinsame dieser beiden Verfahren ist, dass sie für die Beilegung des Streits eine Drittperson beiziehen, die, anders als ein Richter, keine Entscheidbefugnisse in der Sache hat. Die Schlichtungsperson unterbreitet den Parteien Vorschläge zur Beilegung des Streits. Demgegenüber soll die Mediation die Parteien dazu bringen, selbst einvernehmliche Lösungen zu erarbeiten. Die Drittperson kann beigezogen werden bei Konflikten zwischen zwei Gemeinwesen (s. z.B. Art. 44 Abs. 3 BV zu den Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen), Streitigkeiten zwischen der Verwaltung und einer Privatperson sowie bei Streitigkeiten zwischen Privatpersonen.

978 Derzeit wird die Mediation in verschiedenen allgemeinen Verfahrensgesetzen vorgesehen.

Beispiele

- Mediation statt Schlichtungsverfahren, Art. 213 ff. ZPO;
- gütliche Einigung und Mediation, Art. 33*b* VwVG.

979 Überdies enthalten auch einige Spezialgesetze Vorschriften über die Mediation und die Schlichtung.

Beispiele

- Erhält der Preisüberwacher eine Meldung über einen Preis, den er als missbräuchlich beurteilt, strebt er mit den Betroffenen eine einvernehmliche Regelung an (Art. 9 des Preisüberwachungsgesetzes, PüG; SR 942.20).
- Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte kann als Mediator angerufen werden, wenn der Zugang zu einem amtlichen Dokument eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert wird (Art. 13 des Öffentlichkeitsgesetzes, BGÖ; SR 152.3).

980 Die Mediation und die Schlichtung beruhen in der Regel auf Freiwilligkeit, doch können sie, je nach gesetzlicher Grundlage, einen zwingenden Verfahrensschritt vor einem allfälligen Rechtsmittel- oder Entscheidverfahren darstellen. Dem auf Einvernehmen beruhenden Charakter der Institute würde aber ein fakultatives Verfahren eher entsprechen.

Beispiel

- In Zivilprozessverfahren geht dem Entscheidverfahren zwingend ein Schlichtungsversuch vor einer Schlichtungsbehörde voraus (Art. 197 ZPO; SR 272).

981 Im Bereich mit zwingendem Recht können Schlichtung oder Mediation nur eingesetzt werden, wenn die erstinstanzliche Behörde über einen weiten Ermessensspielraum bei der Feststellung des Sachverhaltes und der Beurteilung verfügt. Das staatliche Handeln bleibt zudem in seiner Gesamtheit an das Legalitätsprinzip gebunden (Art. 5 Abs. 1 BV). Aus diesem Grund kann beispielsweise dort, wo das Gesetz Tätigkeiten einer vorgängigen Bewilligung unterstellt oder von einem anderen Verwaltungshandeln wie etwa einem Plan abhängig macht, ein einvernehmlich erzielter Vergleich der Konfliktparteien die erforderliche Verfügung nicht ersetzen. Und schliesslich darf der Rückgriff auf die Mediation und die Schlichtung die vorgesehene Kontrolle durch die Gerichte insbesondere im Anwendungsbereich von Artikel 6 Absatz 1 EMRK nicht verhindern; bei Rechtsstreitigkeiten muss das Recht auf Zugang zu einem Gericht grundsätzlich gewahrt bleiben (Art. 29*a* BV). Der Vergleich erfolgt in Form einer Verfügung (s. Art. 33*b* Abs. 4 VwVG). Das Gesetz kann von den Parteien verlangen, dass sie in ihrer Vergleichsvereinbarung auf die Rechtsmittel verzichten (s. Art. 33*b* Abs. 1 VwVG).

982 Um zu verhindern, dass sich Streitpositionen verhärten, sollten die Mediation und die Schlichtung möglichst frühzeitig eingesetzt werden, d.h. wenn möglich noch im Rahmen des nichtstreitigen Verfahrens. Entsprechend ihrem Anspruch auf Formfreiheit sollten diese Verfahren nur in dem Ausmass geregelt werden, das unumgänglich erscheint. Sofern der Einsatz dieser Mittel gefördert werden soll, ist es aber erforderlich, dass die Rechtsunterworfenen über die entsprechenden Möglichkeiten informiert werden. Ein weiteres Mittel der Attraktivitätssteigerung zu Gunsten solcher Verfahren besteht darin, die Rechtsunterworfenen von allfälligen Kostenfolgen dieser Verfahren zu befreien.

Statistik

983 Die amtliche Statistik dient zur Information über Bevölkerung, Wirtschaft, Gesellschaft und Umwelt. Für den Bund ist sie ein Instrument zur Erfüllung seiner Aufgaben.

Allgemeines

984 Das Bundesstatistikgesetz (BStatG, SR 431.01) enthält keine Bestimmung, die den Bund, eine dem Gesetz unterstellte Organisation, bei der durch den Vollzug von Bundesrecht Daten anfallen, Stellen der Kantone oder Gemeinden oder andere juristische Personen des öffentlichen Rechts zum Bearbeiten von bestimmten Daten zu Statistikzwecken verpflichtet. Welche Daten bearbeitet werden, ergibt

sich aus der Spezialgesetzgebung.

Datenbeschaffung und Anordnung von Erhebungen

985 Die Grundsätze der Datenbeschaffung sind in Artikel 4 BStatG geregelt. Diese Bestimmung sieht eine Kaskade vor: Zuerst müssen die Daten des Bundes resp. die Daten, die bei einer dem Gesetz unterstellten Organisation beim Vollzug von Bundesrecht anfallen, für die Bundesstatistik verwendet werden (Art. 4 Abs. 1 BStatG). Sind keine solchen Daten vorhanden, so werden die Daten bei Stellen der Kantone oder Gemeinden oder anderen juristischen Personen des öffentlichen Rechts erhoben, sofern die Daten dort verfügbar sind (Indirekterhebung, Art. 4 Abs. 2 BStatG). Erst wenn die notwendigen Daten auf diesen beiden Ebenen nicht verfügbar sind, kommt eine Direkterhebung bei natürlichen oder juristischen Personen in Betracht (Art. 4 Abs. 3 BStatG). Dabei ist zu beachten, dass Direkterhebungen für natürliche Personen in Privathaushalten grundsätzlich freiwillig sind (Art. 6 Abs. 1 BStatG). Gestützt auf Artikel 5 Absatz 1 BStatG kann der Bundesrat die erforderlichen Erhebungen anordnen. Die Anordnung erfolgt in der Statistikerhebungsverordnung (diese wird derzeit totalrevidiert).

Elektronisches Abrufverfahren

986 Das BFS kann gestützt auf Artikel 4 Absatz 1bis BStatG auf die für die Statistik erforderlichen Daten des Bundes oder einer dem Gesetz unterstellten Organisation, wenn bei ihr durch den Vollzug von Bundesrecht Daten anfallen, im elektronischen Abrufverfahren zugreifen. Der Bundesrat regelt, welche Organisationen dem BFS welche Daten aus welchen Sachbereichen im Abrufverfahren zugänglich machen. Vom BFS nicht benötigte Daten sind vom Zugriff auszunehmen. Soll kein Zugriff des BFS auf Daten im Abrufverfahren möglich sein, so erfordert dies eine Regelung im entsprechenden Spezialerlass.

Verwendung von Daten aus kantonalen und kommunalen Datenbanken

987 Der Bundesrat legt bei der Anordnung einer Erhebung fest, in welchem Ausmass die Kantone und Gemeinden bei der Durchführung mitwirken (Art. 7 Abs. 1 BStatG). Er kann dabei die Übernahme von Daten aus ihren Datenbanken anordnen, sofern die Rechtsgrundlage der Datenbank die Verwendung für statistische Zwecke nicht ausdrücklich ausschliesst und sofern keine Geheimhaltungspflicht besteht (Art. 7 Abs. 2 BStatG). Geheimhaltungspflichten können einer solchen Übernahme grundsätzlich nur entgegen gehalten werden, wenn die Rechtsgrundlage der Datensammlung die Verwendung für statistische Zwecke ausdrücklich ausschliesst. Beim Erlass oder bei der Änderung eines Spezialgesetzes ist sicherzustellen, dass das Verhältnis von Artikel 7 Absatz 2 BStatG und allfälligen Geheimhaltungspflichten im Spezialgesetz ausreichend klar geregelt wird.

Once-Only Prinzip und Prinzip der Mehrfachnutzung der Daten

988 Bei der Realisierung des Once-Only-Prinzips und des Prinzips der Mehrfachnutzung der Daten ist der Grundsatz der Zweckbindung zu beachten, da Personendaten nur so bearbeitet werden dürfen, dass es mit dem Zweck vereinbar ist (Art. 6 Abs. 3 DSG). Der Grad der erforderlichen Bestimmtheit der Bestimmung im formellen Gesetz zur Umsetzung des Once-Only-Prinzips lässt sich nicht abstrakt festlegen. Von besonderer Bedeutung sind in diesem Zusammenhang die Bestimmungen zum Datenschutz (vgl. auch Kapitel 14 Datenschutz).

Sind verschiedene Rechtsgebiete betroffen, so sind in den verschiedenen Spezialgesetzen spiegelbildliche Regelungen vorzusehen. Diese sollten Regelungen betreffend Zweck der einzelnen Erhebungen, Datenlieferanten und Datenempfängern enthalten.

16 Ausserparlamentarische Kommissionen

Allgemeines

989 Als ausserparlamentarische Kommissionen gelten vom Bund eingesetzte ständige Gremien, die für Regierung und Verwaltung öffentliche Aufgaben erfüllen. Ausserparlamentarische Kommissionen beraten den Bundesrat und die Bundesverwaltung bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben. Sie treffen Entscheide, soweit sie durch ein Bundesgesetz dazu ermächtigt werden. Dies sowie die Rahmenbedingungen für die Einsetzung ausserparlamentarischer Kommissionen (Voraussetzungen, Zusammensetzung, Amtsdauer, Amtszeit und Entschädigung usw.) sind im RVOG (Art. 57*a* ff., SR 172.010) und der RVOV (Art. 8*a* ff., SR 172.010.1) geregelt. Der Bundesrat setzt ausserparlamentarische Kommissionen mit einer Einsetzungsverfügung ein und wählt deren Mitglieder (Art. 57*c* Abs. 2 RVOG). Alle ausserparlamentarischen Kommissionen werden in Anhang 2 RVOV aufgelistet (Art. 8 Abs. 2 RVOV). Anzumerken ist, dass diese Form der Behördenorganisation immer wieder in parlamentarischen Vorstössen oder auch den Medien thematisiert wird, insbesondere in Bezug auf die Zusammensetzung, die Leistungen, die Kosten und deren Nutzen. Zusätzliche Informationen wie namentlich die jeweiligen Einsetzungsverfügungen des Bundesrates sind unter www.admin.ch > Dokumentation > Ausserparlamentarische Kommissionen zu finden.

990 Artikel 8*a* RVOV unterscheidet zwischen Behördenkommissionen (mit Entscheidungsbefugnissen) und Verwaltungskommissionen (mit beratender und vorbereitender Funktion). Auf diese beiden Grundtypen wird nachfolgend eingegangen.

Behördenkommissionen

991 Behördenkommissionen sind mit Entscheidungsbefugnissen ausgestattet. Sie können mit verschiedenen Aufgaben betraut werden, die von der Aufsicht (z. B. WEKO) bis zur Verwaltung von Prüfungen reichen können (p. ex. Prüfungskommission für das Veterinärwesen). Diese Form setzt stets eine formellgesetzliche Grundlage voraus (vgl. Art. 57*a* Abs. 2 RVOG).

Beispiele:

- Eidgenössische Qualitätskommission (Art. 58 KVG, SR 832.10);
- Nationalparkkommission (Art. 4 f. Nationalparkgesetz, SR 454);
- Wettbewerbskommission (s. Art. 18 ff. des Kartellgesetzes, KG; SR 251);
- Eidgenössische Spielbankenkommission (Art. 94 ff Geldspielgesetz, BGS, SR 935.51);
- Eidgenössische Kommunikationskommission (ComCom, Art. 56 f. Fernmeldegesetz, FMG, SR 784.10).

Verwaltungskommissionen

992 Als Verwaltungskommissionen werden Kommissionen mit beratender und vorbereitender Funktion bezeichnet. Ihre Aufgaben können sich auf alle Kompetenzbereiche des Bundes beziehen.

Beispiele

- Verwaltungskommission für biologische Sicherheit (s. Verordnung über die Eidgenössische Fachkommission für biologische Sicherheit, SR 172.327.8);
- Beratende Kommission für Landwirtschaft (Art. 186 LwG (SR 910.1);
- Nationale Ethikkommission im Bereich der Humanmedizin (NEK, Art. 28 Fortpflanzungsmedizingesetz, SR 810.11);
- Eidgenössische Designkommission (Art. 10 ff. KFV (SR 442.11).

Teil 5: Inkraftsetzung, Umsetzung und Evaluation

17 Zeitlicher Geltungsbereich

Inkrafttreten

Grundlagen

Mit seinem Inkrafttreten entfaltet ein Erlass rechtliche Wirkung. Das Inkrafttreten regelt einen Aspekt des zeitlichen Geltungsbereichs des Erlasses. Die Regelung des Inkrafttretens ist somit ein Akt der Rechtsetzung. Rechtspflichten entstehen erst mit der Veröffentlichung in der AS (Art. 8 PublG; SR 170.512; eine Ausnahme besteht für Änderungen der BV, s. *Rz. 995*;). *993*

Als Inkraftsetzung wird der Beschluss zuständigen Organs bezeichnet, einen Erlass (oder Teile davon) auf einen bestimmten Zeitpunkt in Kraft treten zu lassen. Folgendes ist bei der Festlegung des Zeitpunkts der Inkraftsetzung generell zu beachten: *994*

- Die Kantone und andere Umsetzungsorgane sind frühzeitig und in geeigneter Weise einzubeziehen und zu orientieren. Wo nötig sind sie über den Verlauf der parlamentarischen Beratungen und über das geplante Ausführungsrecht zu informieren, s. Rz. 1122 ff.
- Der Rechtsdienst der Bundeskanzlei ist zu konsultieren, wenn
  - wenn die Inkraftsetzung eines Bundesgesetzes oder eines Bundesbeschlusses durch den Bundesrat erfolgt; oder
  - wegen des beabsichtigten Zeitpunkts der Inkraftsetzung eine rechtzeitige Veröffentlichung in der AS fraglich ist.
- Für die Inkraftsetzung eines Bundesgesetzes oder eines Bundesbeschlusses ist ein Bundesratsbeschluss erforderlich, soweit das Gesetz oder der Beschluss die Entscheidung über das Inkrafttreten an den Bundesrat delegieren. In den meisten Fällen wird mit der Beschlussfassung über die Inkraftsetzung eines Gesetzes auch die zugehörige Ausführungsverordnung gutgeheissen und auf den gleichen Zeitpunkt in Kraft gesetzt. Für Anträge an den Bundesrat über den Zeitpunkt der Inkraftsetzung eines Erlasses gelten die für die Ämterkonsultation und das Mitberichtsverfahren massgebenden Regeln (s. *Rz. 11 ff.*).

Beispiele

- BRB vom 12. Juni 2015 über die Inkraftsetzung von Bundesgesetz und Verordnung über die Schweizerische Exportrisikoversicherung (AS 2015 2217 u. 2221)
- BRB vom 24. Juni 2015 über die Inkraftsetzung von Bundesgesetz und Verordnung über die im Ausland erbrachten privaten Sicherheitsdienstleistungen (AS 2015 2407 u. 2423)

Hilfsmittel

Gesetzestechnische Richtlinien des Bundes, Rz. 171 ff.

Zuständiges Organ

Bundesverfassung

995 Änderungen der Bundesverfassung treten normalerweise mit der Annahme durch Volk und Stände in Kraft, sofern die Vorlage nichts anderes bestimmt (Art. 195 BV; s. *Rz. 1001*). In Einzelfällen enthält der Beschluss über die neue Verfassungsbestimmung eine Delegationsnorm für die Inkraftsetzung.

Beispiele

- Delegation an die Bundesversammlung im Bundesbeschluss über die Reform der Justiz vom 8. Oktober 1999, Ziff. III, BBl 1999 8633;
- Bundesbeschluss über die Aufhebung des Pulverregals vom 13. Dezember 1996, AS 1998 918;
- Abgelehnte Volksinitiative «Für den Schutz fairer Löhne (Mindestlohn-Initiative) », Ziff. II, Art. 197 Ziff. 8, Abs. 3, BBl 2011 907.

Bundesgesetze und Verordnungen der Bundesversammlung

996 Bundesgesetze und Verordnungen der Bundesversammlung treten grundsätzlich auf denjenigen Zeitpunkt in Kraft, der im Erlass selbst genannt wird. Somit entscheidet der Erlassgeber, d.h. die Bundesversammlung oder im Falle einer Volksabstimmung das Volk, über das Inkrafttreten.

Beispiel

- Um den Kantonen genügend Zeit für Anpassungen einzuräumen, wurde eine Änderung des Zuständigkeitsgesetzes wie folgt festgesetzt: «[Dieses Gesetz] tritt vier Jahre nach dem unbenützten Ablauf der Referendumsfrist oder vier Jahre nach seiner Annahme in der Volksabstimmung in Kraft. » (BBl 2012 9645).

997 Der Grundsatz wird jedoch so oft durchbrochen, dass die Ausnahme faktisch zur Regel wurde: In den meisten Fällen enthalten nämlich die rechtsetzenden Erlasse des Parlamentes eine Delegation an den Bundesrat, welcher zur Bestimmung des Zeitpunkts des Inkrafttretens ermächtigt wird. Dies, obwohl auch die Bundesversammlung das Inkrafttreten eines Erlasses durch separaten Beschluss beschliessen kann. Ausschlaggebend dafür, ob die Inkraftsetzung durch den Bundesrat oder das Parlament erfolgt, sollte sein, welche Gründe für einen Inkraftsetzungsbeschluss durch das Parlament selbst und welche Gründe für eine Delegation an den Bundesrat sprechen.

Verordnungen des Bundesrates und nachgeordneter Instanzen

Bei Verordnungen des Bundesrates und nachgeordneter Instanzen bestimmt der Verordnungsgeber selbst den Zeitpunkt des Inkrafttretens. 998

Zeitpunkt des Inkrafttretens

Allgemeines

Für die Wahl des Zeitpunkts des Inkrafttretens bestehen verschiedene Möglichkeiten: Der Erlass kann sofort, d.h. mit der Verabschiedung (s. *Rz. 1001 ff.*), zu einem späteren Zeitpunkt oder rückwirkend (s. *Rz. 1010 ff.*) in Kraft treten; der Erlass kann zudem gesamthaft oder gestaffelt in Kraft gesetzt werden (s. *Rz. 1012 ff.*). 999

Bei der Wahl des Zeitpunkts des Inkrafttretens sind insbesondere folgende Punkte zu beachten: 1000

- Voraussetzung für die Inkraftsetzung eines dem Referendum unterliegenden Erlasses ist der unbenützte Ablauf der Referendumsfrist oder die Annahme des Erlasses in der Volksabstimmung.
- Das Publikationsgesetz schreibt vor, dass Erlasse des Bundes in der Regel mindestens fünf Tage vor ihrem Inkrafttreten in der AS veröffentlicht werden müssen (s. Art. 7 Abs. 1 PublG, SR 170.512). Der Inkrafttretenstermin muss so bemessen sein, dass eine vorgängige Publikation des Erlasses in der AS möglich ist. Zwischen dem Entscheid des Erlassgebers und dem Inkrafttreten sollte ausreichend Zeit eingeplant werden. Für die Planung der Publiktion ist frühzeitig mit Kompetenzzentrum für amtliche Ver-öffentlichungen (KAV) der Bundeskanzlei Kontakt aufzunehmen.
- Ein Erlass ist grundsätzlich möglichst zügig in Kraft zu setztenDer Zeitpunkt des Inkrafttretens ist nach sachlichen Gründen zu bestimmen. Er darf nicht willkürlich festgesetzt werden. Rein finanzielle Interessen reichen grundsätzlich nicht aus, um etwa die Einführung beschlossener Steuererleichterungen oder erhöhter Subventionen länger hinauszuschieben als objektiv gerechtfertigt (BGE 130 I 174, S. 179 E. 2.3). Der Bundesrat darf die Inkraftsetzung eines Gesetzes nicht hinausschieben, nur weil es gegen seinen Willen oder mit stark von seinem Entwurf abweichendem Inhalt erlassen wurde. Bei der Wahl des Zeitpunkts darf niemand im Widerspruch zu Sinn und Zweck des Erlasses bevorzugt oder benachteiligt werden, insbesondere nicht aufgrund der wirtschaftlichen oder politischen Macht einzelner Gruppen, die Vor- oder Nachteile zu erwarten haben (s. VPB 32 [1964–65], Nr. 11, S. 23 ff. mit Beispielen).
- Gewisse rechtsetzende Erlasse (z.B. ZGB) verlangen eine Anpassung des kantonalen Rechts oder setzen eine Reorganisation der Verwaltung voraus. Vor dem Inkrafttretensentscheid sind die Kantone im Rahmen der Umsetzungsplanung einzubeziehen (s. *Rz. 1074 ff.*). In jenen Bereichen, in denen den Kantonen die Umsetzung der Bundesgesetzgebung zukommt, ist ein ausreichen-

der Zeitraum besonders wichtig. Je nach dem sind zwischen Schlussabstimmung und Inkrafttreten ein bis drei und mehr Jahre vorzusehen.

Beispiel

- Änderung des ZGB (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 19. Dezember 2008, Inkrafttreten am 1. Januar 2013 (AS 2011 725).

- Gelegentlich kann der Zusammenhang der Materie des einen Gesetzes mit derjenigen eines anderen Erlasses einen Grund dafür bilden, mit der Inkraftsetzung des ersten Erlasses zuzuwarten, bis der zweite ein gewisses Stadium des Gesetzgebungsverfahrens erreicht hat. Dies wird z.B. dann zutreffen, wenn das eine Gesetz materielles Recht ordnet, das andere Gesetz jedoch das formelle Recht, also insbesondere die Verfahrensbestimmungen enthält, die für die Verwirklichung des materiellen Rechts gelten. Aber auch materielle Bestimmungen verschiedener Erlasse können einen so engen Zusammenhang aufweisen, dass es sich rechtfertigt, den einen Erlass nur mit Rücksicht auf den anderen Erlass in Kraft zu setzen.
- Zweckmässigkeitsüberlegungen können für die Wahl eines bestimmten Inkrafttretensdatums sprechen, etwa, wenn ein anderer Zeitpunkt die praktische Handhabung eines Gesetzes erschweren würde.

Beispiel

- Bei der Wahl des Inkrafttretens des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 1991 über die Hilfe an Opfer von Straftaten (Opferhilfegesetz, s. AS 1992 2463, SR 312.5) war darauf zu achten, dass es gleichzeitig mit dem Europäischen Übereinkommen vom 24. November 1983 über die Entschädigung für Opfer von Gewalttaten in der Schweiz (SR 0.312.5) in Kraft trat (1. Januar 1993).

- Oft bedarf ein Gesetz einer ausführenden Verordnung. In einem solchen Falle sollten das Gesetz und die Verordnung auf den gleichen Zeitpunkt in Kraft gesetzt werden.
- Bei besonderen Umständen kann es sich empfehlen, die Kantone und die Verbände zu einer Stellungnahme einzuladen. Allenfalls ist auch auf die Bedürfnisse der Privatwirtschaft Rücksicht zu nehmen.

Sofortiges Inkrafttreten

Verfassung

1001 Änderungen der Bundesverfassung treten am Tage der Annahme durch Volk und Stände automatisch in Kraft, soweit im Bundesbeschluss (Abstimmungsvorlage) nichts anderes bestimmt wird (s. Art. 195 BV), selbst wenn weder das Abstimmungsergebnis erwahrt noch der Text in der AS publiziert worden ist. Der Verfassungstext kann infolge der vorgängigen Publikation der Abstimmungsvorlage im Bundesblatt und in den bundesrätlichen Abstimmungserläuterungen als bekannt

vorausgesetzt werden. In den Übergangsbestimmungen des entsprechenden Bundesbeschlusses kann jedoch aus zwingenden Gründen ein anderer Zeitpunkt bestimmt werden.

Beispiele

- Bundesbeschluss vom 3. Oktober 2003 zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA), angenommen in der Volksabstimmung vom 28. November 2004, Inkraftsetzung auf den 1. Januar 2008 (AS 2007 5765);
- Bundesbeschluss vom 19. März 2004 über eine neue Finanzordnung, angenommen in der Volksabstimmung vom 28. November 2004, Inkraftsetzung auf den 1. Januar 2007 (AS 2006 1057);
- Bundesbeschluss vom 8. Oktober 1999 über die Reform der Justiz, angenommen in der Volksabstimmung vom 12. März 2000, Inkraftsetzung auf den 1. April 2003 und spätere Zeitpunkte (AS 2002 3148).

Bundesgesetze

1002 Auch dringliche Bundesgesetze treten üblicherweise am Tage ihrer Verabschiedung durch das Parlament oder am Tag danach in Kraft. Gelegentlich treten dringliche Bundesgesetze allerdings infolge ausdrücklicher Bestimmung auf einen späteren Zeitpunkt in Kraft. Falls die Vorlagen in einem allfälligen Referendum verworfen würden, hätten sie dennoch gestützt auf Artikel 165 Absatz 2 BV innert Jahresfrist nach ihrer Annahme durch die Bundesversammlung ausser Kraft zu treten. Ein Verschieben des Zeitpunkts des Inkrafttretens hat somit eine Verkürzung der Geltungsdauer zur Folge.

Beispiele

- Änderung vom 18. Dezember 2020 des Bundesgesetzes über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz) (AS 2020 5821 Ziff. III sieht teilweise die rückwirkende Inkraftsetzung vor).
- Die Änderung vom 16. Dezember 2022 des Covid-19-Gesetzes wurde dringlich erklärt, trat aber erst am 1. Januar 2023 in Kraft (AS 2022 817).

Verordnungen

1003 Gelegentlich treten auch Verordnungen sofort in Kraft. Wird der Text ausnahmsweise spätestens am Tag des Inkrafttretens veröffentlicht, spricht man von dringlicher Veröffentlichung (s. Art. 7 Abs. 3 PublG, SR 170.512). Eine dringliche Veröffentlichung erfolgt, wenn der Erlass sofort oder nur einen Tag nach seiner Verabschiedung in Kraft treten soll, damit er seine Wirkung entfalten kann.

1004 Eine sog. ausserordentlichen Veröffentlichung erfolgt, wenn die Publikationsplattform nicht verfügbar ist (s. Art. 7 Abs. 4 PublG). Die Veröffentlichung erfolgt vorerst auf andere Weise (per E-Mail an kantonale Staatskanzleien, an Einsichtnahme-

stellen nach Artikel 18 PublG sowie an allfällige weitere Adressaten) und anschliessend sobald als möglich in der Amtlichen Sammlung des Bundesrechts.

Beispiel

- S. die von der Bundeskanzlei publizierte Liste der dringlichen Veröffentlichungen (abrufbar unter www.admin.ch > Bundesrecht > Amtliche Sammlung > Dringliche Veröffentlichungen).

Weitere Bemerkungen

1005 Steht ein sofortiges Inkrafttreten eines Gesetzes oder einer Verordnung zur Diskussion, sind insbesondere folgende Fragen zu beantworten:

- Sind Gründe vorhanden, die ein sofortiges Inkrafttreten rechtfertigen?
- Sind die Voraussetzungen für eine dringliche Bekanntmachung erfüllt?
- Kann der Erlass nicht zu einem späteren Zeitpunkt in Kraft gesetzt werden?

1006 Selbst wenn Gründe für ein rasches Inkrafttreten eines Erlasses vorliegen, haftet dem sofortigen Inkrafttreten der Nachteil an, dass der Erlass vorgängig nicht ordentlich publik gemacht werden kann. Er kann dadurch unter Umständen nicht in allen Fällen durchgesetzt werden. Es empfiehlt sich deshalb, Erlasse so selten wie möglich sofort in Kraft zu setzen und der amtlichen Veröffentlichung die notwendige Zeit einzuräumen. Wenn möglich sollte auch bei Erlassen, die im Verfahren der ausserordentlichen Veröffentlichung ergehen, eine gewisse Zeit bis zum Inkrafttreten eingeräumt werden.

1007 Das Datum des Inkrafttretens sollte im Übrigen nicht mit demjenigen der Beschlussfassung übereinstimmen: Wird nämlich für das Inkrafttreten zusätzlich keine bestimmte Tageszeit festgelegt, tritt der Erlass um 00.00 Uhr des Tages der Beschlussfassung − und somit rückwirkend − in Kraft. Es wird deshalb empfohlen, den Erlass auf eine bestimmte Stunde am Tage der Beschlussfassung oder noch besser auf den der Beschlussfassung folgenden Tag in Kraft zu setzen, z.B.: «Diese Verordnung tritt am 13. Januar 2016 in Kraft» oder «Diese Verordnung tritt am 13. Januar 2016 um 18.00 Uhr in Kraft.»

1008 Soll ein Erlass sofort in Kraft treten, ist folgendes zu bedenken:

- Falls Bundesgesetze als dringlich erklärt werden sollen, ist auf diese Tatsache bereits in der Botschaft hinzuweisen.
- Falls die Publikationsplattform nicht zugänglich ist, sind die Vorarbeiten für die ausserordentliche Bekanntmachung rechtzeitig an die Hand zu nehmen.

Inkrafttreten nach der Publikation

1009 Bei Bundesgesetzen ist das Parlament bei der Bestimmung des Termins für das Inkrafttreten seiner Gesetze rechtlich frei. Allerdings muss es auf bestimmte Umstände und Folgen Rücksicht nehmen: Ein Erlass kann nur in Kraft treten, wenn die Referendumsfrist unbenützt abgelaufen ist oder wenn der Erlass in der Volks-

abstimmung angenommen wurde. Zudem muss vorgängig das Abstimmungsergebnis erwahrt werden. Gesetze müssen umgesetzt werden können; die mit der Umsetzung betrauten Stellen (Bundesrat und Verwaltung, Kantone, Gerichte, Private) brauchen die erforderliche Zeit, sich auf den Gesetzesvollzug vorzubereiten (s. zur Umsetzungsplanung *Rz. 1074 ff.*).

Rückwirkendes Inkrafttreten

Beim rückwirkenden Inkrafttreten geht es um die Frage, ob ein Erlass auf einen Zeitpunkt, der vor dem Inkrafttretensbeschluss liegt, in Kraft gesetzt werden kann und soll. Genau genommen tritt der Erlass nicht vor der Publikation in Kraft. Er erfasst aber auch Sachverhalte, die bereits vor der Publikation bestanden. *1010*

Treten Wirkungen eines Bundesgesetzes oder eines Bundesbeschlusses nach seiner Verabschiedung, aber noch vor der Publikation in der AS – also z.B. während der Referendumsfrist – ein, muss dies ausdrücklich im Erlass selbst festgehalten werden. *1011*

Weiteres zur Rückwirkung s. *Rz. 1030 ff.*

Gesamthaftes oder gestaffeltes Inkrafttreten

Grundsätzlich tritt ein Erlass in seiner Gesamtheit in Kraft. Allerdings kann es sich als notwendig erweisen, Teile eines Erlasses vor oder nach dem übrigen Erlass in Kraft zu setzen. Es ist deshalb zu prüfen, ob einzelne Bestimmungen abweichend vom übrigen Erlass in Kraft gesetzt werden müssen. Ergibt sich dafür keine Notwendigkeit, ist der gesamte Erlass auf den gleichen Zeitpunkt in Kraft zu setzen. *1012*

Gelegentlich werden die Bestimmungen gestaffelt in Kraft gesetzt. Gründe dafür können z.B. eine möglichst schnelle Erreichung des Zwecks, Umsetzungsschwierigkeiten in bestimmten Bereichen oder organisatorische Probleme sein. *1013*

Beispiele

- Art. 34 des Stromversorgungsgesetzes vom 12. März 2007 (StromVG, SR 734.7): Inkraftsetzung auf den 15. Juli 2007 und spätere Zeitpunkte;
- Art. 32 der Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 (StromVV, SR 734.71): Inkraftsetzung auf den 1. April 2008 und spätere Zeitpunkte;
- Bundesbeschluss vom 8. Oktober 1999 über die Reform der Justiz, angenommen in der Volksabstimmung vom 12. März 2000, Inkraftsetzung auf den 1. April 2003 und spätere Zeitpunkte (AS 2002 3148).

Wird dem Bundesrat durch den Gesetzgeber die Kompetenz übertragen, das Inkrafttreten zu beschliessen, enthält eine solche Delegation nach der herrschenden Praxis die Befugnis, den Erlass gestaffelt in Kraft zu setzen, selbst wenn dies im Erlass nicht ausdrücklich festgehalten worden ist. *1014*

Beispiel

- Art. 34 des Stromversorgungsgesetzes vom 12. März 2007 (StromVG, SR 734.7): Inkraftsetzung auf den 15. Juli 2007 und spätere Zeitpunkte;
- Art. 32 der Stromverordnungsverordnung vom 14. März 2008 (StromVV, SR 734.71): Inkraftsetzung auf den 1. April 2008 und spätere Zeitpunkte;
- Art. 73 Abs. 2 des Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 19. September 1978 (s. AS 1979 114 und 679).

1015 Soll der Erlass gestaffelt in Kraft gesetzt werden, ist eine Bundesratsverordnung über das Inkrafttreten vorzubereiten, wenn gleichzeitig Übergangs- bzw. Einführungsbestimmungen erlassen werden müssen. Eine solche Verordnung ist auch vorzubereiten bezüglich des Teils des Erlasses, für den das Datum des Inkrafttretens noch nicht festgesetzt werden kann (s. auch GTR, Rz. 176 ff. und 245 ff.).

Ausserkrafttreten und Suspendierung

Ausserkrafttreten

Allgemeines

1016 Mit dem Ausserkrafttreten verliert ein Erlass grundsätzlich seine Geltung (vorbehältlich der Bestimmungen über das intertemporale Recht des neuen Rechts). Bei der Suspendierung hingegen verliert der geänderte Erlass nur vorübergehend seine Geltung und «lebt wieder auf», wenn der Änderungserlass seinerseits ausser Kraft tritt.

Formelle Aufhebung

1017 Der befristete Erlass tritt mit dem Ablauf der Frist ohne weiteres ausser Kraft. Ein besonderer Beschluss über das Ausserkrafttreten ist nicht notwendig.

1018 Eine Verlängerung der Geltungsdauer kann erreicht werden, indem durch eine Teilrevision die ursprüngliche Bestimmung über die Geltungsdauer durch einen neuen Absatz ergänzt wird, welche die Verlängerung enthält. Damit bleibt die ursprüngliche Geltungsdauer auch im bereinigten Erlass weiterhin sichtbar (s. GTR, Rz. 334).

Beispiel

- Art. 9 Abs. 2 des Bundesgesetzes über Risikokapitalgesellschaften vom 8. Oktober 1999 (AS 2000 1019; SR 642.15);
- Art. 17 Abs. 6 der Verordnung über den Risikoausgleich in der Krankenversicherung (Änderung vom 3. Dezember 2010, AS 2010 6163).

1019 Ein unbefristeter Erlasse gilt für unbestimmte Zeit. Er enthält demzufolge keine Bestimmung über sein Ausserkrafttreten. Ein unbefristeter Erlass oder einzelne Bestimmungen davon werden dann ausser Kraft gesetzt, wenn ein mindestens gleichrangiger jüngerer Erlass entsprechende Aufhebungsbestimmungen (oft im

Anhang) enthält. Der ältere Erlass tritt bei Ausserkraftsetzung des jüngeren Erlasses nicht mehr in Kraft.

Bei der Aufhebung eines Erlasses ist der Grundsatz des Parallelismus der Formen zu beachten: Ein Erlass ist durch einen Erlass gleicher Stufe ausser Kraft zu setzen: Eine Verfassungsbestimmung durch eine Verfassungsbestimmung, ein Gesetz durch ein Gesetz. Wird eine Bundesratsverordnung durch Aufhebung des die Grundlage bildenden Bundesgesetzes hinfällig, kann sie nicht durch das neue Bundesgesetz, sondern lediglich durch eine neue Bundesratsverordnung aufgehoben werden. Verordnungen treten bei einer Änderung des ihnen übergeordneten Gesetzes also nicht automatisch ausser Kraft, sondern bedürfen eines entsprechenden Ausserkraftsetzungsbeschlusses durch den Verordnungsgeber selbst (in der Regel durch Erlass einer neuen Verordnung). Die Praxis lässt es indessen zu, dass neue Bundesratsverordnungen nicht nur bisherige Bundesratsverordnungen, sondern gleichzeitig auch sachlich zusammenhängende Departementsverordnungen oder Erlasse von Ämtern aufheben, allerdings nur dann, wenn keine neue Departementsverordnung oder kein neuer Amtserlass vorgesehen ist. *1020*

Folgendes ist im Hinblick auf die Ausserkraftsetzung zu beachten: *1021*

- Deckt der neue Erlass den bisherigen vollständig ab und soll dieser auch in seiner Gesamtheit aufgehoben werden oder bleiben Teile davon nach wie vor in Kraft?
- Deckt der neue Erlass mehrere bestehende ab und müssen sie alle aufgehoben werden?

Beispiel

- Die Verordnung vom 4. Juli 2007 über den Schutz von Informationen des Bundes (s. Art. 22, SR 510.411) hob nicht nur die Verordnung vom 10. Dezember 1990 über die Klassifizierung und Behandlung von Informationen im zivilen Verwaltungsbereich auf, sondern auch die Verordnung vom 1. Mai 1990 über den Schutz militärischer Information.

Wird ein Erlass ersatzlos ausser Kraft gesetzt, ist ein besonderer Aufhebungserlass vorzubereiten. *1022*

Beispiel

- Verordnung vom 4. Dezember 2015 über die Aufhebung von Erlassen zu den Arbeitsbeschaffungsreserven (AS 2015 5799)

Materielle Aufhebung

Wenn zwei verschieden alte Rechtsnormen widersprüchlich sind, ohne dass die jüngere Norm die ältere formell ausser Kraft gesetzt hat, ist auf dem Wege der Auslegung zu ermitteln, welche der beiden Normen anwendbar und welche als materiell als aufgehoben zu betrachten ist. Die materielle Aufhebung betrifft mit anderen Worten die Rechtsanwendung und nicht die Rechtsetzung. Allerdings hat *1023*

die Rechtsetzung auf die Rechtsanwendung einen Einfluss, je nachdem, wie ein Gesetz erarbeitet und formuliert worden ist: Wurde bei der Erlassvorbereitung das normative Umfeld genau überprüft und der Erlass entsprechend abgefasst, können Fälle von materieller Aufhebung auf ein Minimum reduziert werden. Wurde ein Erlass jedoch schlecht in das normative Umfeld eingefügt, sind materielle Aufhebungen wohl kaum zu vermeiden (s. *Rz. 576*).

Suspendierung

1024 Wird ein unbefristeter Erlass durch einen befristeten Erlass abgeändert, so leben die Bestimmungen des unbefristeten Erlasses nach Ausserkraftsetzung des befristeten Erlasses in ihrer vollen Wirkung wieder auf; während der Geltung des befristeten Erlasses ist ihre Wirkung bloss suspendiert.

1025 Auf eine Suspendierung sollte aus Gründen der Rechtssicherheit wenn immer möglich verzichtet werden, insbesondere dann, wenn der geänderte Erlass vorgängig bereits mehrmals geändert wurde. Bei einer längeren Suspendierung wird es schwierig, festzustellen, welchen Wortlaut der geänderte Erlass vor der Suspendierung hatte. Allerdings gibt es auch gute Gründe, weshalb ein Erlass nur vorübergehend abgeändert werden soll.

Beispiel

- Änderung des Asylgesetzes durch den dringlichen allgemeinverbindlichen Bundesbeschluss vom 22. Juni 1990 über das Asylverfahren, befristet bis 31. Dezember 1995 (s. AS 1990 938).
- Die im Hinblick auf das Inkrafttreten des EWR-Abkommens vorgeschlagenen Änderungen des VwVG, des OG und der BStP hätten nur so lange gegolten, als das EWR-Abkommen in Kraft gestanden wäre (s. Zusatzbotschaft II zur EWR-Botschaft, BBl 1992 V 737 ff.), da sonst bei einem allfälligen Ausscheiden der Schweiz aus dem EWR EWR-relevante Bestimmungen im Verfahren vor Bundesbehörden nach wie vor hätten angewandt werden müssen.

1026 Eine besondere Form der Suspendierung ist das vorübergehende ersatzlose Ausserkrafttreten eines Erlasses (Sistierung). Eine Sistierung sollte nur ausnahmsweise beschlossen werden.

Beispiel

- Auf den 9. September 1993 wurde die Verordnung vom 30. Juni 1993 über Wirtschaftsmassnahmen gegenüber Haiti bis auf Weiteres sistiert (s. AS 1993 2581); auf den 21. Oktober 1993 wurde die Verordnung wieder in Kraft gesetzt (s. AS 1993 2953).

Intertemporales Recht

Grundsätze

Das intertemporale Recht enthält Vorschriften über den zeitlichen Geltungsbereich von Rechtsnormen. Die intertemporalen Bestimmungen eines Erlasses grenzen die Geltungsbereiche des alten und des neuen Rechts voneinander ab. Dabei gelten folgende Grundsätze: *1027*

- Ein Erlass regelt die rechtlichen Wirkungen derjenigen Sachverhalte, die sich in der Zeit ereignen, während er in Kraft ist. Damit sind zwei Konsequenzen verbunden: *1028*
  - das neue Recht wendet sich auf Sachverhalte an, die sich nach dem Inkrafttreten des Erlasses ereignen. Dies ergibt sich aus dem Grundsatz Rechtsgleichheit sowie dem öffentlichen Interesse, das der Rechtsänderung zu Grunde liegt.
  - Die Rückwirkung eines Erlasses ist grundsätzlich ausgeschlossen (Ausnahmen s. nachfolgende Ausführungen).
- Die Grundsätze für die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen sind auch im intertemporalen Recht zu beachten (s. *Rz. 707 ff.*). Soweit eine Materie nach diesen Grundsätzen in einem formellen Gesetz geregelt werden muss, ist das dazugehörige intertemporale Recht in seinen Grundzügen ebenfalls in das formelle Gesetz aufzunehmen. *1029*

Rückwirkung

Übersicht

Die Rückwirkung, ob den Adressaten belastend oder begünstigend, ist grundsätzlich verboten (s. BGE 125 I 182, 186; 119 Ib 103, 110). Niemandem sollen Rechtspflichten auferlegt werden, die ihm zum Zeitpunkt, als sich der Sachverhalt verwirklichte, nicht bekannt waren oder mit denen er nicht rechnen und auf die er sein Handeln nicht ausrichten konnte. Es wird unterschieden zwischen echter und unechter Rückwirkung. *1030*

Echte Rückwirkung

Unter echter Rückwirkung wird die Anwendung neuen Rechts auf einen Sachverhalt verstanden, der sich unter altem Recht zugetragen und abschliessend verwirklicht hat (s. BGE 138 I 189 E. 3.4; 119 Ia 154, 160). Ein Sachverhalt hat sich abschliessend verwirklicht, sobald die tatsächlichen Ereignisse, die zur Erfüllung des Tatbestands geführt haben, zu einem Ende gekommen sind. Die Normadressatinnen und -adressaten können also auf den Gang der Ereignisse keinen Einfluss mehr nehmen. Echte Rückwirkung führt dazu, dass ein abgeschlossener Sachverhalt im Nachhinein neuen Regeln unterstellt wird. *1031*

Ausnahmsweise ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung die belastende Rückwirkung zulässig, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind (s. BGE 138 I

189 E. 3.4, 126 V 134, E. 4a; 125 I 186 E. 2c/cc; 124 III 266, 271; 122 V 405, 408; 119 Ia 154, 160; 119 Ib 103, 110; 92 I 226, 233; BVGE 2013/6 E. 5.3; 2009/3 E. 3.4; BVGE 2007/25 E. 3.1):

- Die Rückwirkung muss im Erlass ausdrücklich angeordnet oder zumindest klar gewollt sein;
- sie muss zeitlich mässig sein (max. ein Jahr);
- sie muss durch triftige Gründe gerechtfertigt sein;
- sie darf keine stossenden Rechtsungleichheiten bewirken oder Rechte Dritter beeinträchtigen;
- sie muss sich durch überwiegende öffentliche Interessen rechtfertigen lassen;
- sie darf keinen Eingriff in wohlerworbene Rechte darstellen; wohlerworbene Rechte sind vermögenswerte Ansprüche von Personen gegenüber dem Staat auf Grund einer durch diesen eingeräumten besonderen Rechtsposition, deren wesentlicher Inhalt aus Gründen des Vertrauensschutzes eine erhöhte Rechtsbeständigkeit aufweist und unter dem Schutz der Eigentumsgarantie stehen (Entschädigungspflicht bei Entzug).

Die Ermächtigung des Bundesrates, den Zeitpunkt für das Inkrafttreten zu bestimmen, schliesst eine rückwirkende Inkraftsetzung nicht ein.

Beispiele

- Bundesgesetz über die Stempelabgaben (Änderung vom 19. März 2010, AS 2010 3317);
- Mehrwertsteuerverordnung (Änderung vom 18. Juni 2010, AS 2010 2833);
- Personalverordnung ETH-Bereich (Änderung vom 11. Dezember 2009, AS 2009 809).

Unechte Rückwirkung

1032 Unter unechter Rückwirkung wird die Anwendung neuen Rechts auf einen zeitlich offenen Sachverhalt verstanden. Der Vorgang hat dabei unter altem Recht eingesetzt, dauert aber beim Inkrafttreten der neuen Regelung noch fort (BGE 133 II 97 E. 4.1., 122 II 133 E. 3b/dd).

Es ist zulässig, zeitlich offene Dauersachverhältnisse für die Zukunft neuen Rechtsfolgen zu unterstellen, sofern dem nicht wohlerworbene Rechte entgegenstehen (BGE 126 V 134 E. 4a, 124 III 266 E. 4e, 122 V 405, 122 II 133 E. 3b/dd, 118 Ia 245, 255).

Vorwirkung

1033 Die Vorwirkung eines Erlasses bedeutet, dass ein Erlass Rechtswirkungen entfaltet, obwohl er noch nicht in Kraft getreten ist. Es gibt zwei Arten von Vorwirkung:

- Positive Vorwirkung liegt vor, wenn zukünftiges Recht unter Vorbehalt seines Inkrafttretens wie geltendes Recht angewendet wird. Die positive Vorwirkung

ist auf Grund des Legalitätsprinzips grundsätzlich unzulässig.

- Negative Vorwirkung liegt vor, wenn geltendes Recht bis zum Inkrafttreten des neuen Rechts nicht mehr angewendet wird. Die negative Vorwirkung ist nur zulässig, wenn das geltende Recht sie vorsieht und wenn sie sich auf triftige Gründe abstützt, keine Rechtsungleichheiten zur Folge hat und nicht zu Eingriffen in durch die Eigentumsgarantie oder das Vertrauensprinzip geschützte Rechtsgüter führt. Sie ist häufig im Bau- und Planungsrecht anzutreffen (s. BGE 118 Ia 510).

Rechtsänderungen während des Verfahrens

1034 Rechtsänderungen während des Verfahrens können ihren Grund in der Änderung der Prozessgesetze wie auch in der Änderung des materiellen Rechts haben.

1035 Grundsätzlich wickeln sich im Verfahren die weiteren Schritte nach dem Inkrafttreten des neuen Verfahrensrechts nach diesem ab; gelegentlich finden sich Bestimmungen, wonach bis zum Vorliegen des nächsten anfechtbaren Entscheides das alte Recht gilt, die Anfechtung jedoch dem neuen Recht unterliegt. Es empfiehlt sich auf jeden Fall, die Anwendbarkeit des alten und des neuen Rechts genau zu regeln.

1036 Bei Änderungen des materiellen Rechts ist die entsprechende übergangsrechtliche Bestimmung des neuen Rechts massgebend. Auch hier empfiehlt sich, die übergangsrechtlichen Fragen in den Übergangsbestimmungen klar zu regeln.

Spezielle Kollisionsregeln

1037 Neues und altes Recht werden meistens dadurch in Einklang gebracht, dass bisherige Bestimmungen aufgehoben oder geändert werden. Gelegentlich werden besondere Kollisionsregeln aufgestellt. Dies ist beispielsweise der Fall sein, wenn ein Erlass Sachverhalte regelt, die mit Hilfe der Grundsätze des intertemporalen Rechts nicht eindeutig dem alten oder dem neuen Recht zugeordnet werden können. Wie solche speziellen Kollisionsregeln ausgestaltet werden müssen, ergibt sich aus dem Sachzusammenhang und ist vom Einzelfall abhängig.

Beispiele

- «Die Haftung des Bundes nach den Artikeln 3 ff. besteht auch für Schaden, der vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes entstanden ist, sofern weder Verjährung noch Verwirkung gemäss Artikel 20 eingetreten ist. » (Art. 26 Abs. 2 des Verantwortlichkeitsgesetzes, VG; SR 170.32).
- «Dieses Gesetz findet keine Anwendung auf die im Zeitpunkt seines Inkrafttretens vor Behörden der Verwaltungsrechtspflege hängigen Streitigkeiten und auf Beschwerden oder Einsprachen gegen vor diesem Zeitpunkt getroffene Verfügungen; in diesem Falle bleiben die früheren Verfahrens- und Zuständigkeitsbestimmungen anwendbar» (s. Art. 81 VwVG; SR 172.021).

- «Hängige Klagen und Gesuche werden nach dem Recht beurteilt, das zurzeit des Urteils oder Entscheids gilt» (s. Art. 60 Abs. 4 des Bundesgesetzes über die landwirtschaftliche Pacht, LPG; SR 221.213.2).

1038 Folgende Grundsätze sind für die Rechtsetzung zu beachten:

- Die Kollisionsnormen müssen so ausgestaltet sein, dass die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und des Rückwirkungsverbots nicht verletzt werden.
- Die aufgehobenen Bestimmungen müssen möglichst genau – sei es durch Aufzählung, sei es durch präzise Angabe des Inhalts – bezeichnet werden. Eine allgemeine Klausel, wonach sämtliches bisheriges Recht aufgehoben wird, welches dem neuen Recht widerspricht, trägt nichts zur Klärung des Verhältnisses des bisherigen zum neuen Recht bei und ist deshalb nicht zu verwenden.
- Bei der Erarbeitung von übergangsrechtlichen Bestimmungen ist zu prüfen, ob die entsprechenden Voraussetzungen für eine echte (belastende oder begünstigende) Rückwirkung gegeben sind. Bei der Beurteilung ist ein strenger Massstab anzulegen. Eine beabsichtigte Rückwirkung muss deutlich im Erlass selbst angeordnet werden (s. *Rz. 1010*).
- Unter Umständen muss eine bestehende Regelung nur in einer bestimmten Hinsicht aufgehoben oder eingeschränkt werden (z.B. bezüglich des Anwendungsbereichs oder der Adressaten). Um keine Unklarheiten aufkommen zu lassen, empfiehlt es sich, die bisherige Bestimmung ausdrücklich zu ändern und neu zu fassen.
- Neben der häufiger anzutreffenden Aufhebung oder Änderung des bisherigen Rechts wird manchmal auch die Aufrechterhaltung gewisser Normen gewählt. Diese Lösung wird beispielsweise dann verwendet, wenn bei Verfassungs- oder Gesetzesrevisionen das bisherige Ausführungsrecht (Gesetze und/oder Verordnungen) in Kraft bleiben soll, bis es durch neues Ausführungsrecht abgelöst wird. Diese Nachwirkung bedarf einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage. Das Vorgehen hat folgende Vorteile:
  - Einerseits können die Auswirkungen des neuen übergeordneten Rechts vorerst studiert und erst gestützt darauf das neue Ausführungsrecht erlassen werden;
  - Andererseits ist das Ausarbeiten von Ausführungsvorschriften in einem Zeitpunkt, in dem das Inkrafttreten noch gar nicht feststeht (z.B. vor einer Volksabstimmung), nicht zwingend erforderlich.

1039
- Grundvoraussetzung für diese Vorgehensweise ist allerdings, dass sich das bisherige Ausführungsrecht für die vorläufige Anwendung des übergeordneten Rechts eignet. In gewissen Fällen stehen während einer Übergangsfrist altes und neues Recht parallel in Geltung. Dieses Vorgehen eignet sich besonders

bei Vorschriften über Produkte, indem es dem Rechtsunterworfenen die Möglichkeit gibt, innerhalb gewisser Grenzen den Zeitpunkt des Übergangs zum neuen Recht selbst zu bestimmen; somit kann die wirtschaftliche Belastung durch die Rechtsänderung reduziert werden.

Materielle Übergangsordnung

1040 Bei Erlassen, die Dauersachverhalte betreffen, ist zu prüfen, ob die sofortige Anwendung des neuen Rechts auf diese Sachverhalte mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit vereinbar ist. Wo dies nicht der Fall ist, weil z.B. der Unterschied zwischen den beiden Regelungen so gross ist, dass den Rechtsunterworfenen eine sofortige Umstellung selbst bei die Situation milderndem intertemporalem Recht nicht zugemutet werden kann, drängt sich eine materielle Übergangsordnung auf. Diese ist so auszugestalten, dass die in Frage stehenden öffentlichen und privaten Interessen soweit als möglich gewahrt werden. Die materielle Übergangsordnung sollte eine eigenständige, d.h. weder dem bisherigen noch dem neuen Rechtszustand entsprechende, und nur für beschränkte Zeit gültige Regelung sein, die einen ersten Schritt in die neue Richtung geht, sich jedoch noch nicht zu weit von der bisherigen Rechtsordnung entfernt.

1041 In der Praxis sind solche Übergangsordnungen wenig gebräuchlich. Ihr Erlass birgt nämlich auch die Gefahr in sich, dass die definitive Neuordnung übermässig auf sich warten lässt.

1042 Diese besonderen Übergangsordnungen können normalerweise summarisch gehalten werden, was allerdings nicht bedeuten darf, dass sie unklar oder ungenau sein sollten. Insbesondere sind sie ebenso sorgfältig wie ordentliche Neuregelungen in die bisherige Rechtsordnung zu integrieren.

Beispiele

- Gestaffeltes Inkrafttreten des Erlasses: in Ausnahmefällen kann ein gestaffeltes Inkrafttreten angebracht sein, sofern dadurch nicht erhebliche Umsetzungsschwierigkeiten entstehen (s. z.B. Art. 98 Abs. 2-4 BVG; SR 831.40). Dies ist auch zulässig, wenn es nicht ausdrücklich im Gesetz vorgesehen ist (s. auch *Rz. 1013 ff.*);
- Anpassungs- oder Schonfristen (s. z.B. Bankengesetz, BankG; SR 952.0, Schlussbestimmungen der Änderung vom 11. März 1971, Abs. 3);
- Zeitlich und materiell beschränkte Weitergeltung des bisherigen Rechts parallel zum neuen Recht (s. z.B. Änderung der Lebensmittelverordnung, Übergangsbestimmungen, Abs. 3; AS 1998 108);
- Erleichterte Erteilung von Bewilligungen oder Befreiung von der Bewilligungspflicht (s. z.B. Art. 50 Abs. 2 des Milchbeschlusses vom 29. September 1953 in der Fassung vom 25. Juni 1971; AS 1971 1597);
- Ausnahmebewilligungen, die in Einzelfällen gewährt werden (s. z.B. Art. 16 Abs. 1 Gewässerschutzgesetz, AS 1972 950);

- Subventionen für die Anpassung an das neue Recht (s. z.B. Art. 50 Umweltschutzgesetz, USG; SR 814.01).

Befristung von Erlassen und Versuchsregelungen

Befristung

1043 Bundesgesetze und Verordnungen können befristet werden; dringliche Bundesgesetze (und Notverordnungen des Bundesrates) sind stets zu befristen (Art. 165 Abs. 1 und 3 BV).

1044 Eine Befristung kommt in Frage:

- bei nur zeitweilig auftretenden Problemen;
- bei Problemen, die durch andere geeignete Massnahmen nach einer bestimmten Zeit dauerhaft gelöst werden können;
- wenn zum vornherein unsicher ist, welche Wirkung die Massnahmen haben werden, um so erste Erfahrungen zu sammeln;
- wenn noch keine konsensfähige Lösung gefunden werden konnte;
- wenn das zuständige Organ gezwungen werden soll, vor Ablauf der Frist eine Erfolgskontrolle durchzuführen und je nach dem Ergebnis die Regelung zu ändern, aufzuheben oder ihre Geltungsdauer zu verlängern (in den USA wird diese Regelungsart als «Sunset Legislation» bezeichnet);
- bei Erlassen, die hohe Ausgaben verursachen, um so eine grössere Manövrierfähigkeit des Finanzhaushaltes zu erreichen.

1045 Ein befristeter Erlass tritt am Ende des letzten Tages seiner Geltungsdauer ausser Kraft. Die Geltungsklausel ist sorgfältig zu formulieren.

Beispiel

- Die Verordnung vom 9. Dezember 1991 über Massnahmen zur Linderung der Futterknappheit im Berggebiet trat am 1. Januar 1992 in Kraft und galt bis zum 1. Juli 1992 (AS 1991 2641). – Es ist unklar, ob die Verordnung auch noch am 1. Juli 1992 galt oder ob sie am 30. Juni 1992, 24.00 Uhr ausser Kraft trat.

Versuchsregelungen in Pilotprojekten

1046 Versuche und Pilotprojekte durchzuführen, bevor eine definitive Gesetzgebung ausgearbeitet wird, kann ein wertvolles Mittel sein, um Erkenntnisse für deren konkrete Ausgestaltung zu gewinnen (vgl. Rz. 192). Gerade in Bereichen, die einem starken, z.B. von der Digitalisierung getriebenen Wandel ausgesetzt sind oder in denen die Umsetzung von Änderungen einen grossen Aufwand für viele Akteure verursacht (z.B. Sozialversicherungen), kann es sich nicht nur aus praktischer, sondern auch aus rechtlicher Sicht als vorteilhaft erweisen, zuerst einen in Umfang und Dauer beschränkten Versuch durchzuführen; damit können die praktischen

Folgen und allfällige rechtliche Beeinträchtigungen auf ein Mass beschränkt werden, das für den Erkenntnisgewinn notwendig ist. So hat der Gesetzgeber mit Artikel 15 des Bundesgesetzes vom 17. März 2023 über den Einsatz elektronischer Mittel zur Erfüllung von Behördenaufgaben (SR 172.019) eine Bestimmung erlassen, die die Durchführung von Pilotversuchen in diesem Bereich fördern und ihr einen klaren Rahmen setzen soll.

In vielen Fällen lassen sich die erforderlichen Versuche im Rahmen des geltenden Rechts durchführen. So können etwa die meisten Versuche im Bereich der Bearbeitung, Verwaltung und Übermittlung von Daten so durchgeführt werden, dass keine echten Personendaten betroffen sind. Entsprechend ist in diesen Fällen keine Versuchsregelung in Gesetz oder Verordnung erforderlich. Versuchsregelungen sind also nur eine Form aus einer Reihe von möglichen Versuchsmodellen (vgl. Studie im Auftrag des SECO über Regulatory Sandboxes).

Nach Auffassung des Bundesrates sollten Versuchsregelungen grundsätzlich dazu dienen, die Beschaffung solider Entscheidungsgrundlagen für spätere, definitiv gedachte Erlasse zu erleichtern oder zu ermöglichen.

1047 Damit jedoch nicht aus der Not mangelnder Rechtsgrundlagen eine Tugend gemacht wird und die rechtlichen Anforderungen unter dem Vorwand des Versuchscharakters einer Regelung missachtet werden, hat der Bundesrat 1988 verschiedene Grundsätze formuliert, die bei der Schaffung, der Ausgestaltung und dem Vollzug von Versuchsregelungen berücksichtigt werden müssen (s. Geschäftsbericht des Bundesrates 1988, S. 193):

- Schwere Grundrechtseingriffe bedürfen auch bei Versuchsregelungen einer klaren gesetzlichen Grundlage.
- Wenn Versuche schwer wiegende, gänzlich irreversible Zustände schaffen, ist auf sie zu verzichten; die völlige Wiederherstellbarkeit des Zustandes vor dem Versuch muss aber nicht unbedingt möglich sein.
- Die Schaffung einer Versuchsregelung ist zweckmässig, wenn nur auf diesem Weg notwendige Grundlagen für einen definitiven Entscheid beschafft werden können (Bedarf und Eignung).
- Zwingende Regelungen mit Versuchscharakter sind nur zulässig, wenn ein auf freiwilliger Teilnahme basierender Versuch nicht geeignet ist.
- Der Versuchscharakter der Regelung und der Zweck des Versuchs müssen im Erlass selbst klar zum Ausdruck gebracht werden.
- Versuche sind ausdrücklich zu befristen; der vorzeitige Abbruch oder die Verlängerung ist nur aus Gründen zulässig, die sich aus dem Zweck des Versuchs ergeben.
- Der personelle und geografische Geltungsbereich der Versuche ist soweit als möglich zu begrenzen.
- In Erlassen mit Versuchscharakter ist die Erhebung der Daten und die Auswertung der Ergebnisse ausdrücklich zu regeln; die zuständigen Organe, die als

relevant betrachteten Daten und die Beurteilungskriterien müssen angegeben werden.

Beispiele von Versuchsregelungen ohne formell-gesetzliche Grundlage

- Verordnung vom 7. Juni 1982 über lokale Rundfunkversuche (RVO, AS 1982 1149). Diese Verordnung stützte sich zwar formell auf eine Vollzugsklausel des Telegrafen- und Telefonverkehrsgesetzes von 1922 (BS 7 867), doch war diese Abstützung offensichtlich ungenügend.
- Verordnung vom 21. Oktober 1992 über die Förderung der wissenschaftlichen Begleitforschung zur Drogenprävention und Verbesserung der Lebenssituation Drogenabhängiger (AS 1992 2213). Die darin vorgesehene ärztliche Verschreibung von Heroin hatte in der damaligen Fassung des Betäubungsmittelgesetzes (BetmG, SR 812.121) keine genügende gesetzliche Grundlage. Die Verordnung wurde später durch den dringlich erklärten allgemeinverbindlichen Bundesbeschluss vom 9. Oktober 1998 über die ärztliche Verschreibung von Heroin (AS 1998 2293) abgelöst, der seinerseits durch das Bundesgesetz vom 20. Juni 2003 über die Verlängerung des Bundesbeschlusses über die ärztliche Verschreibung von Heroin (AS 2004 4387) bis Ende 2009 verlängert wurde. Zur geltenden Rechtslage vgl. Art. 3*e* und 3*f* BetmG (SR 812.121).

Die Haltung des Bundesrates wurde von der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrates kritisiert. Es gehe nicht an, materielle Lösungen in Form von Versuchsregelungen zu erlassen, wenn man bereits zu Beginn wisse, dass es sich um definitive Lösungen handeln werde, weil dadurch das Gewaltenteilungsprinzip und die Rechte der Legislative verletzt würden (s. AB NR 1989, S. 840, Votum Leuenberger).

1048 In der jüngeren Praxis sind die Anforderungen an Versuchsregelungen verschärft worden, insbesondere dann, wenn diese Regelungen von einem Gesetz abweichen:

- Mit einer Versuchsregelung bzw. bei der Durchführung von Pilotversuchen darf nur dann von einer gesetzlichen Regelung abgewichen werden, wenn dies im Gesetz selber ausdrücklich vorgesehen ist.
- Eine Gesetzesdelegation an den Bundesrat im Bereich der Versuchsregelung muss die verfassungsrechtlichen Anforderungen erfüllen. Das Gesetz muss den Rahmen festlegen, in dem eine Versuchsregelung grundsätzlich vorgesehen werden kann. Das bedeutet im Prinzip, dass das Gesetz ausreichend genau festlegen muss, welchen Zweck Versuchsregelungen in einem Pilotprojekt verfolgen dürfen. Ein relativ allgemeiner Zweck kann jedoch auch auf andere Weise konkretisiert werden, z.B. durch die Festlegung der betroffenen Bereiche oder die Erwähnung der gesetzlichen Bestimmungen, von denen abgewichen werden kann.

- Es kann vorgesehen werden, auch von anderen Gesetzen abzuweichen als von dem Gesetz, auf das die Versuchsregelung abgestützt wird (vgl. z.B. Art. 112*b* Abs. 3 des Asylgesetzes, SR 142.31).
- Wenn in einer bundesrätlichen Verordnung ein Departement dazu ermächtigt werden soll, eine von dieser Verordnung abweichende Versuchsregelung zu erlassen, dann muss der Zweck einer solchen Versuchsregelung mit ausreichender Präzision in der Verordnung festgelegt werden.
- Die Versuchsregelung muss in einer Verordnung vorgesehen werden. Darin muss Klarheit geschaffen werden, von welchen Gesetzesbestimmungen die Versuchsregelung abweichen kann, sofern dies nicht bereits aus dem Gesetz hervorgeht.
- Eine allfällige Subdelegation an das für den möglichen Erlass einer gesetzeswidrigen Versuchsregelung zuständige Departement muss sich auf die Regelung von Einzelheiten untergeordneter Natur beschränken. Wenn eine Subdelegation in weiterem Umfang ermöglicht werden soll, muss dies in Anbetracht der Bedeutung der Regelungen im Gesetz selber verankert werden (vgl. dazu auch Art. 48 RVOG, SR 172.010). Im Fall einer direkten gesetzlichen Delegation der Kompetenz zum Erlass einer Versuchsregelung an ein Departement sollte der allgemeine Rahmen für Pilotprojekte und insbesondere die Regelung beim Bewilligungsverfahren von solchen Versuchen vom Bundesrat erlassen werden; ein entsprechender Auftrag im Gesetz wäre wünschenswert.
- Unzulässig ist es, in einem Gesetz einfach eine Behörde zu ermächtigen, bestimmte Pilotversuche durchzuführen und die Durchführung der Versuche allein auf vertraglicher Basis oder mittels Verfügungen zu regeln. Dies gilt auch dann, wenn für die Versuche eine Genehmigungspflicht vorgesehen wird.
- Im Bereich der Sozialversicherungen ist darauf zu achten, dass den Versicherten durch die Teilnahme an den Versuchen keine Nachteile entstehen. Unter Umständen ist es geboten, den Personen, die an einem Versuch teilnehmen, einen kurzfristigen Wechsel ins ordentliche Recht zu ermöglichen.

Beispiele von Versuchsregelungen mit formell-gesetzlicher Grundlage

- Art. 35 des Datenschutzgesetzes (SR 235.1), der im Wesentlichen den Gehalt von Artikel 17a des DSG von 1992 weiterführt, und die Artikel 32–34 der Datenschutzverordnung (SR 235.11). Als Beispiel einer Umsetzung vgl. die Verordnung vom 4. Dezember 2009 über die Informationssysteme des Nachrichtendienstes des Bundes (ISV-NDB, AS 2009 7041, mit Änderungen in AS 2011 6081 und AS 2013 4359), die Verordnung des VBS vom 27. September 2010 über die Datenfelder und die Abfrageberechtigungen in den Informationssystemen ISAS und ISIS (AS 2010 4539, mit Änderungen in AS 2011 6085), oder die Covid-19-Verordnung Pilotversuch Proximity-Tracing vom 13. Mai 2020 (AS 2020 1589).

- Art. 15 (insbesondere Abs. 3) EMBAG (SR 172.019) erlaubt es, in den Bereichen Datenschutz, Informationsschutz und IKT-Sicherheit mit einer Verordnung des zuständigen Departements oder der Bundeskanzlei von Bestimmungen in Gesetzen und Verordnungen abzuweichen, wenn a. der Zweck des Versuchs die Abweichungen erfordert, insbesondere weil die Bearbeitung nicht anonymisierter Personendaten unabdingbar ist, und b. auf anderem Weg gewährleistet ist, dass die Ziele der betreffenden Bestimmungen erreicht werden.
- Art. 112*b* des Asylgesetzes (SR 142.31) und die Testphasenverordnung vom 4. September 2013 (TestV, SR 142.318.1).
- Art. 59*b* des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (SR 832.10) und Art. 77*l* ff. der Verordnung über die Krankenversicherung (SR 832.102).
- Art. 23*a* des Stromversorgungsgesetzes (SR 734.7).
- Art. 8*a* des Betäubungsmittelgesetzes (SR 812.121) und die Verordnung vom 31. März 2021 über Pilotversuche nach dem Betäubungsmittelgesetz im Sinne des Betäubungsmittelgesetzes (SR 812.121.5).
- Negativbeispiele: Art. 25*h* SVG (BBl 2023 79; Abweichung vom Gesetz in Bewilligungsverfügungen); Art. 192 des E-BAZG-Vollzugsaufgabengesetzes (BBl 2022 2725; Abweichung vom Gesetz in öffentlich-rechtlichen Verträgen mit Teilnehmern des Verlanlagungsverfahrens); Art. 18*a* der Bundespersonalverordnung (SR 172.220.111.3; Zweck zu allgemein).

18 Umsetzung von Erlassen des Bundes

Allgemeines

Übersicht

Begriff

Umsetzung meint die gesamte Staatstätigkeit, die der Verwirklichung des Bundesrechts dient: administrativer Vollzug (Entscheide im Einzelfall, übrige Verwaltungstätigkeit, Schulung), Erlass von Vorschriften auf Gesetzes- und Verordnungsstufe, Errichtung von Behörden, Festlegung von Verfahren, Bereitstellung der benötigten Sach- und Finanzmittel. Umsetzung umfasst somit alle Massnahmen, die das Bundesrecht wirksam werden lassen. *1049*

Der Begriff «Umsetzung» tritt in der BV von 1999 an die Stelle des bisher üblichen Begriffs «Vollzug» (wenn auch nicht konsequent, s. Art. 74 Abs. 3, Art. 75*b* Abs. 2, Art, 80 Abs. 3, Art. 106 Abs. 7, Art. 164 Abs. 1 Bst. f, Art. 177 Abs. 2, Art. 182 BV; s. a. den italienischen Titel von Art. 46, «Attuazione e esecuzione»). «Umsetzung» bezeichnete zuvor die gesetzgeberische, «Vollzug» die administrative Tätigkeit. Die Bundesversammlung war der Ansicht, dass diese Unterscheidung gekünstelt sei und ein einziger Begriff alle Tätigkeiten zur Verwirklichung des Bundesrechts abdecken könne. Im Folgenden wird ebenfalls der Begriff «Umsetzung» für beide Tätigkeiten verwendet. *1050*

Bedeutung

Der Erlass muss umsetzbar sein, damit er seine Wirkungen entfalten kann. Die Umsetzbarkeit ist ein Gradmesser für die Qualität eines Erlasses. Sie muss sowohl im Gesetzgebungsprozess (s. Rz. 184) als auch nach Inkrafttreten des Erlasses geprüft werden (s. Rz. 1140 ff.). *1051*

Umsetzungserlasse

Die Anwendung eines Bundesgesetzes setzt in den meisten Fällen ergänzende Vorschriften voraus; ohne organisatorische und verfahrensrechtliche Regelung der Umsetzung könnten die Bundesgesetze nicht angewendet und durchgesetzt werden. Der Bundesrat kann hierzu gestützt auf Artikel 182 Absatz 2 BV Ausführungsverordnungen erlassen. Auch die Kantone müssen in denjenigen Bereichen, in denen sie Bundesrecht umsetzen, die erforderlichen Bestimmungen für die Umsetzung erlassen. Die Kantone erlassen in der Regel ein das Bundesrecht ergänzendes Einführungsgesetz; nicht selten wird – zumindest vorläufig – eine Einführungsverordnung erlassen. *1052*

Umsetzung heisst auch Auslegung. Diese Auslegung kann eine generalisierte und abstrakte Form annehmen; sie braucht nicht nur individuell-konkret zu erfolgen. Deshalb muss es den zuständigen Organen (Bundesrat bzw. Regierungsrat oder Kantonsparlament) freigestellt sein, zwischen dem Grunderlass und der einzelnen Umsetzungshandlung eine generell-abstrakte Regelung vorzusehen. Würde man *1053*

eine solche Regelung nicht dulden, hätte die verfügende Behörde (meistens nicht die Exekutive, sondern ein Amt) in jedem Einzelfall zum Grunderlass dieselben deutenden und begründenden Überlegungen zu machen.

1054 Ausführungsverordnungen gewährleisten demnach die Anwendung und Durchführung des Gesetzes, sind ein Mittel zur Vereinfachung der Umsetzung und stellen einen Beitrag zur Festigung der Rechtssicherheit und zur gleichmässigen Rechtsanwendung dar.

Bundesaufsicht

1055 Schliesslich hat der Bund über die Einhaltung des Bundesrechts durch die Kantone zu «wachen» (Art. 49 Abs. 2 BV). Diese sog. Bundesaufsicht bietet im Rahmen der Umsetzung von Bundesrecht Gewähr dafür, dass die Kantone die ihnen übertragenen Aufgaben richtig erfüllen. Die Aufsicht betrifft die gesamte Umsetzungstätigkeit. Der Bund hat die Aufsicht über die Kantone von Amtes wegen auszuüben.

Verfassungsgrundlage

1056 Artikel 46 Absatz 1 BV legt als Grundsatz fest, dass die Kantone das Bundesrecht umsetzen. Diese Norm ist über ihren Wortlaut hinaus auch so zu verstehen, dass die Kantone in ihrem Kompetenzbereich auch völkerrechtliche Verpflichtungen umsetzen (s. Art. 7 BGMK, SR 138.1).

1057 Nach Artikel 46 Absatz 3 BV belässt der Bund den Kantonen möglichst grosse Gestaltungsfreiheit und trägt den kantonalen Besonderheiten Rechnung. Damit ist – in Verbindung mit Artikel 47 BV, der den Bund zur Wahrung der Eigenständigkeit der Kantone verpflichtet – durch die Bundesverfassung ein System der Verwirklichung des Bundesrechts festgelegt, das gemeinhin als Vollzugsföderalismus bezeichnet wird. In gewissen Sachbereichen wird die grundsätzliche Zuständigkeit der Kantone für die Umsetzung noch betont.

Beispiel

- «Für den Vollzug sind die Kantone zuständig, soweit das Gesetz ihn nicht dem Bund vorbehält. » (s. Art. 74 Abs. 3 BV, Art. 80 Abs. 3 BV).
- «Die Steuer wird von den Kantonen veranlagt und eingezogen. » (Art. 128 Abs. 4 BV).

Zuteilung der Umsetzungskompetenz

Träger der Umsetzung

Es lassen sich drei Träger der Umsetzungskompetenz unterscheiden: 1058

1. die Kantone (s. *Rz. 1060 ff.*);
2. der Bund (s. *Rz. 1077 ff.*);
3. Bund und Kantone gemeinsam (s. *Rz. 1092 ff.*).

Welches Modell zur Anwendung gelangen soll, ist abhängig von der verfassungsmässigen Grundlage und ist das Resultat der Regelung der Aufgabenerfüllung. Dies ist auch eine Frage der föderalistischen Kompetenzverteilung (s. *Rz. 623 ff.*). 1059

Umsetzung durch die Kantone

Allgemeines

Die Bundesverfassung legt als Grundsatz die Umsetzung des Bundesrechts durch die Kantone fest (Art. 46 Abs. 1 BV). Dieser Grundsatz rechtfertigt sich insbesondere durch: 1060

- die Beachtung der durch Artikel 47 BV geschützten Eigenständigkeit der Kantone (Föderalismusprinzip);
- das Subsidiaritätsprinzip (verstanden als programmatischer Grundsatz der Nicht-Zentralisation; Art. 5*a* BV);
- die Berücksichtigung von sachlichen Unterschieden, besonderen Interessen der Landesgegenden, von Mentalitätsunterschieden, speziellen Präferenzen, Traditionen usw.;
- die Ausnützung der politischen, psychologischen, administrativen, betriebswirtschaftlichen und technischen Vorteile staatlicher Dezentralisation.

Eine Umsetzung des Bundesrechts durch die Kantone ist namentlich dann angebracht, wenn: 1061

- es sich bei einer Aufgabe um rein administrativen Vollzug durch die Kantone handelt, den diese weitestgehend mit ihrer vorhandenen Infrastruktur bewältigen können (insgesamt Synergiegewinne bzw. Vermeidung von Parallelverwaltungen);
- sich der Bund auf eine Rechtsetzungs- oder Koordinationsfunktion beschränken kann;
- den Kantonen bei der Umsetzung des Bundesrechts Gestaltungsfreiräume eingeräumt werden sollen;
- mit der Umsetzung materieller Vorgaben des Bundes keine aussergewöhnlichen finanziellen Lasten der Kantone verbunden sind;
- eine Umsetzungsaufgabe nicht einzelne Kantone übermässig stark belastet.

Grundsätze für die Ausgestaltung der Rahmenbedingungen für die Umsetzung von Bundesrecht durch die Kantone

Einleitung

1062 Ausgangspunkt für die Aufteilung der Umsetzung zwischen Bund und Kantonen sind Artikel 46 und 47 BV, die die grundsätzliche Zuständigkeit der Kantone für die Umsetzung des Bundesrechts, ihren Anspruch auf möglichst grosse Gestaltungsfreiheit bei der Umsetzung sowie die Rücksichtnahme auf die finanzielle Belastung vorgibt. Die in den Bundesgesetzen enthaltenen Umsetzungsnormen sind allerdings auch heute noch unterschiedlich formuliert. Es handelt sich dabei nicht nur um die Berücksichtigung der jeweiligen Besonderheiten bestimmter Rechtsgebiete, sondern auch um die Folgen gesetzgebungsmethodischer Mängel.

1063 Artikel 141 Absatz 2 Buchstaben d und f ParlG (SR 171.10) verpflichtet den Bundesrat, in seinen Botschaften auf die Umsetzung der vorgeschlagenen Erlasse einzugehen und die zuständige parlamentarische Kommission auf deren Verlangen zu seinen Verordnungsentwürfen anzuhören, wenn die Umsetzung in erheblichem Mass durch Organe ausserhalb der Bundesverwaltung erfolgt (s. Art. 151 ParlG).

1064 Im Übrigen hat der Bund auf Grund von Artikel 50 Absatz 2 und 3 BV bei seinem Handeln die möglichen Auswirkungen auf die Gemeinden zu beachten. Dabei hat er Rücksicht auf die besondere Situation der Städte und Agglomerationen zu nehmen. Das bedeutet, dass diese bei der Ausarbeitung von Massnahmen, die sie betreffen, in angemessener Form und unter Respektierung der kantonalen Kompetenzen einzubeziehen sind.

Grundsätze

1065 Zur Verbesserung und zur Vereinheitlichung der Umsetzungsnormen sind folgende Grundsätze zu beachten:

- Die sinnvolle Verteilung der Umsetzungsaufgaben zwischen Bund und Kantonen muss mindestens auf Gesetzesstufe bereits grundsätzlich entschieden worden sein.
- Normen des Bundes, die von den Kantonen umgesetzt werden sollen, sollen lediglich das Wesentliche enthalten.
- Die kantonale Organisationsautonomie darf grundsätzlich nicht beschränkt werden.
- Unterschiedliche kantonale Gegebenheiten müssen genügend berücksichtigt werden.
- Die verschiedenen Regelungen (in ähnlichen Sachbereichen sowie zwischen Bund und Kantonen) müssen aufeinander abgestimmt werden.
- Die Umsetzungsaufgaben und -massnahmen müssen praktikabel, wirksam und so einfach wie möglich sein.

Als Mittel dienen: 1066

- Die Einräumung von Gestaltungsspielräumen;
- die Ermächtigung des Bundes an die Kantone zur eigenen Rechtsetzung in Teilgebieten;
- bundesrechtliche Vorbehalte zu Gunsten des bisherigen kantonalen Rechts;
- bundesrechtliche Erlaubnis an die Kantone, innerhalb klarer Schranken abweichende Regelungen aufzustellen.

Koordination der Umsetzung mit den Kantonen

Eine Koordination der Umsetzung mit den Kantonen kommt bei Bundeserlassen in Frage, die ganz oder teilweise durch die Kantone umzusetzen sind. Kriterien für die Durchführung einer koordinierten Umsetzung sind insbesondere: 1067

- Die Umsetzung kann nicht innert der Standard-Inkraftsetzungsfristen (s. *Rz. 1074*) erfolgen, d.h. es braucht längere oder kürzere Fristen;
- Es ist unklar, inwieweit das Ausführungs- bzw. Einführungsrecht vom Bund oder von den Kantonen zu erlassen ist.
- Die Umsetzung des Bundeserlasses kann vereinfacht und verbessert werden, wenn sich Bund und Kantone auf einheitliche Umsetzungsinstrumente einigen.

Die Koordination der Umsetzung setzt vor Verabschiedung des Erlassentwurfs durch den Bundesrat ein. Damit kann die Berücksichtigung von Umsetzungsproblemen im Erlassentwurf und in der Botschaft des Bundesrates sichergestellt werden. 1068

Die Koordination der Umsetzung erfolgt im Rahmen einer Arbeitsgruppe mit Vertreterinnen und Vertretern des zuständigen Bundesamtes und der Kantone. Die Vertreterinnen und Vertreter der Kantone werden durch die federführende Konferenz bezeichnet. Es sollen in erster Linie Personen delegiert werden, die in ihrem Kanton mit der Umsetzung des betreffenden Bundeserlasses befasst sind. 1069

Hilfsmittel

- Bericht der gemeinsamen Arbeitsgruppe Bund-Kantone «Die Umsetzung von Bundesrecht durch die Kantone» vom 13. Februar 2012, abrufbar unter www.bj.admin.ch > Staat & Bürger > Föderalismus.
- KdK-BJ, Koordinierte Umsetzung von Bundesrecht, vom 28. Oktober 2015, abrufbar unter www.bj.admin.ch > Staat & Bürger > Föderalismus.
- Richtlinien vom 16. Oktober 2002 zuhanden der Bundesverwaltung betreffend die Zusammenarbeit zwischen dem Bund, den Kantonen und den Gemeinden (BBl 2002 8385).

Ausgewählte Fragen zum Zusammenwirken von Bund und Kantonen

Eigenständige kantonale Rechtsetzung

1070 Soweit es möglich und der Sachaufgabe angemessen ist, sollen den Kantonen eigene Spielräume für die Rechtsetzung (z.B. für weiter gehende Vorschriften) gewährt werden, auch wenn der Bund über umfassende Kompetenzen verfügt.

Beispiel

- Die Kantone können im Rahmen der Vorgaben von Artikel 85 bis 85*c* Arbeitslosenversicherungsgesetz (SR 837.0) selber entscheiden, ob sie eine Logistikstelle für arbeitsmarktliche Massnahmen einrichten und welche Aufgaben sie den kantonalen Amtsstellen und den regionalen Arbeitsvermittlungszentren zuweisen.
- Baulinien zur Sicherung bestehender oder künftiger Eisenbahnanlagen können im Einvernehmen mit dem BAV auch nach kantonalem Recht festgelegt werden, wenn sie weitergehende Rechtswirkungen entfalten (Art. 18*t* Eisenbahngesetz, SR 742.101).

1071 Grenzen für die kantonale Rechtsetzung müssen indessen dort gesteckt werden, wo Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit eine grosse Rolle spielen.

Beispiel

- In Artikel 65 Absatz 2 des Umweltschutzgesetzes (USG, SR 814.01) wurde der Erlass abweichender Immissionsgrenzwerte durch die Kantone ausgeschlossen.

Kantonale Organisations- und Verfahrensautonomie

1072 Die Kantone geniessen Organisations- und Verfahrensautonomie im Bereich der Umsetzung von Bundesrecht (Art. 46 u. 47 BV). Einschränkungen der kantonalen Organisationsautonomie werden nur vorgesehen, soweit dies sachlich unabdingbar ist, z.B. zur Gewährleistung einer einheitlichen Umsetzung oder aus rechts- oder bundesstaatlichen Erwägungen.

1073 *Ermächtigung der Kantone zum Erlass von Umsetzungsvorschriften auf Verordnungsstufe*

Das Verfahren der Rechtsetzung ist Teil der kantonalen Organisationsautonomie. Eingriffe in das Rechtsetzungsverfahren der Kantone sind deshalb zu vermeiden. Im Interesse einer raschen Umsetzung kann der Bund die Kantone ausnahmsweise ermächtigen, Ausführungsrecht auf Verordnungsstufe zu erlassen. Dieser Eingriff in die kantonale Organisationsautonomie ist zu befristen.

Beispiel

- Art. 36 Abs. 2 RPG (SR 700): Ermächtigung der Kantonsregierung, während bestimmter Zeit eine Regelung auf Verordnungsstufe zu treffen.

Umsetzungsfristen

Nach der Verabschiedung eines Bundesgesetzes erstellen der Bund und parallel dazu die Kantone eine Umsetzungsplanung. Gestützt auf diese Planungen setzt der Bund das Datum des Inkrafttretens fest. Im Sinne von Faustregeln sollen die Umsetzungsfristen dabei mindestens wie folgt eingeplant werden (s. Bericht «Die Umsetzung von Bundesrecht durch die Kantone», S.37, abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/foederalismus.html): 1074

- wenn die Kantone ein Gesetz erlassen oder ändern müssen: zwei Jahre ab Verabschiedung eines Bundesgesetzes und ein Jahr ab Verabschiedung des eidgenössischen Ausführungserlasses;
- wenn die Kantone eine Verordnung erlassen oder ändern müssen: ein Jahr ab Verabschiedung eines Bundesgesetzes und sechs Monate ab Verabschiedung des eidgenössischen Ausführungserlasses.

Dienstweg

Für Grundsatzfragen sowie für Fragen mit Querschnittcharakter soll der Dienstweg von Regierung (Bund) zu Regierung (Kanton) laufen. Im Sinne der Entlastung der Regierungen kann für Fragen von untergeordneter Bedeutung durch Verordnung und allenfalls durch Weisungen der direkte Verkehr zwischen den Dienststellen des Bundes und denjenigen der Kantone vorgesehen werden. 1075

Beispiel

- Art. 45 ZGB und Art. 84-87 der Zivilstandsverordnung (ZStV; SR 211.112.2): Aufsicht des EJPD über das Zivilstandswesen der Kantone.

Kostentragung für die Umsetzung

Die Kantone müssen vom Bund für die Übernahme von Pflichten im Rahmen der Umsetzung des Bundesrechts grundsätzlich nicht entschädigt werden. Aus Artikel 46 und Artikel 47 Absatz 3 BV ergibt sich, dass die Umsetzung des Bundesrechts durch eigene Finanzierungsquellen der Kantone und durch den bundesstaatlichen Finanzausgleich zu finanzieren ist. Eine spezielle Subventionierung von Umsetzungslasten der Kantone erfordert eine gesetzliche Grundlage. Die Voraussetzungen für die Ausrichtung von Finanzhilfen und Abgeltungen sind in den Artikeln 6 und 9 des Subventionsgesetzes (SuG; SR 616.1) festgehalten. 1076

Beispiel

- Bezugsprovision der Kantone auf dem Rohertrag der Wehrpflichtersatzabgabe (Art. 45 des Bundesgesetzes über die Wehrpflichtersatzabgabe; WPEG, SR 661).

Umsetzung durch den Bund

Allgemeines

1077 Folgende Gründe können für eine Umsetzung durch den Bund statt durch die Kantone sprechen:

- Notwendigkeit einer weitgehenden Rechtsvereinheitlichung;
- Notwendigkeit einer engen Kooperation zwischen Bund und Kantonen;
- Schaffung eines Gleichgewichts zwischen den Regionen;
- Verteilungsgerechtigkeit;
- internationale Bezüge einer Aufgabe.

Beispiele

- Vom Bund umgesetzt werden namentlich Rechtsgebiete, die die Einheit des Wirtschaftsraums betreffen, so die Wettbewerbs- und die Versicherungsaufsicht (Art. 96 und 98 Abs. 3 BV), die Umsetzung der Banken- und Börsengesetzgebung (Art. 98 Abs. 1 und 2 BV), der Vollzug der Mehrwertsteuer- und Zollgesetzgebung (Art. 130 und 133 BV).

Organisationsrechtlicher Rahmen bei Bundeszuständigkeit

Kompetenzen des Bundesrates

1078 Nach Artikel 182 Absatz 2 BV und Artikel 9 RVOG sorgt der Bundesrat für die Umsetzung der Bundesgesetzgebung.

1079 Die in der Spezialgesetzgebung häufig anzutreffende Formulierung «Der Bundesrat vollzieht dieses Gesetz» ist in der Regel entbehrlich. Solche Ausführungsklauseln machen allenfalls dann Sinn, wenn sichergestellt werden soll, dass der Bundesrat Ausführungsbestimmungen erlässt. Sie haben dann die Funktion eines expliziten Auftrags. Ausserdem können Ausführungsklauseln im Ingress der Ausführungsverordnung genannt werden, was mitunter eine Vereinfachung darstellt. Ob Ausführungsklauseln sinnvoll sind, ist von Fall zu Fall zu entscheiden. Wo solche bestehen, sind sie im Ingress der Ausführungsverordnung anzugeben.

1080 Artikel 178 BV und Artikel 8 RVOG beauftragen den Bundesrat des Weiteren mit der «zweckmässigen Organisation der Bundesverwaltung». Zu den organisatorischen Festlegungen gehören insbesondere die Benennung der Gruppen und Ämter, ihre organisatorische Eingliederung, die Zuweisung ihrer Aufgaben sowie die Zuweisung und die Delegation von Entscheidkompetenzen.

Regelungsstufe der Umsetzungsbestimmungen

1081 Artikel 43 RVOG gibt dem Bundesrat die Grundstruktur der Umsetzungsorganisation mit einer Gliederung in Departemente und Ämter vor und eröffnet den Departementen die Möglichkeit, mit Genehmigung des Bundesrates Ämter in Gruppen zusammenzufassen. Damit die Organisationsautonomie des Bundesrates gewahrt bleibt, sollen nach Artikel 43 Absatz 2 RVOG die organisatorischen Festlegungen nach Möglichkeit nicht auf der Stufe des formellen Gesetzes verankert, sondern

durch Verordnung festgelegt werden. Soweit aber ein Gesetz unmittelbar auf die mit der Umsetzung betraute Behörde Bezug nimmt, verlangt das Parlament, dass diese im Text ausdrücklich genannt wird.

Artikel 47 RVOG gibt den Rahmen für die Zuweisung von Entscheidkompetenzen. 1082
Als Entscheidinstanzen kommen nach Absatz 1 der Bundesrat selbst, ein Departement, eine Gruppe oder ein Bundesamt in Frage. Die Zuweisung soll nach Absatz 2 durch Verordnung des Bundesrates erfolgen.

Regelungsort der Umsetzungsbestimmungen

Während primär verwaltungsorganisatorische Zuständigkeitsfragen im Ausführungsrecht zum RVOG zu regeln sind, ist die Zuweisung von Entscheidkompetenzen in der Regel im Ausführungsrecht der sachgebietsbezogenen Gesetzgebung vorzunehmen. 1083

Dabei sind folgende Ausnahmen zu beachten: 1084

- Datenschutz: Im Bereiche der Bearbeitung besonders schützenswerter Personendaten (s. Art. 5 Bst. c DSG) kann es sich rechtfertigen, nicht nur die Modalitäten der Bearbeitung, sondern auch die konkret zuständige Dienststelle auf der Stufe des formellen Gesetzes festzulegen.
- Schaffung dezentraler Verwaltungsstellen und Übertragung von Aufgaben und Entscheidkompetenzen an Organe ausserhalb der Verwaltung: Diese Dienststellen und Organe fallen nur beschränkt unter die Organisationshoheit des Bundesrates. Ihre Aufgaben und Entscheidkompetenzen sind im formellen Gesetz zu verankern.
- Einsetzung von richterlichen Behörden und Umschreibung ihrer Zuständigkeit: Diese Behörden fallen im Grundsatz nicht unter die Organisationshoheit des Bundesrates. Für ihre Einsetzung und die Zuweisung von Entscheidkompetenzen sind Regelungen auf der Ebene des formellen Gesetzes anzustreben.

Aufgabenzuweisung

Die allgemeine Aufgabenzuweisung an die Departemente, Gruppen und Ämter erfolgt durch die departementsspezifischen Organisationsverordnungen des Bundesrates. Sie enthalten Sachgebietsumschreibungen des Bundesrechts und sind weitgehend als zielbezogene Aufträge an die entsprechenden Dienststellen formuliert. Die allgemeine Aufgabenzuweisung ist nicht mit der Zuweisung von Entscheidkompetenzen zu verwechseln; sie spielt vor allem eine Rolle für die Zuständigkeit zur Entscheidvorbereitung und Antragstellung. 1085

Beispiele

- Organisationsverordnung für das Eidgenössische Departement des Innern (SR 172.212.1);
- Organisationsverordnung für das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (OV-EJPD, SR 172.213.1).

Zuweisung und Delegation von Entscheidkompetenzen

Grundsätze

1086 Nach Artikel 47 Absätze 1 und 2 RVOG muss in den Ausführungsverordnungen zu den Bundesgesetzen festgelegt werden, ob der Bundesrat selbst, ein Departement, eine Gruppe oder ein Bundesamt zur Entscheidfällung zuständig sein soll (Zuweisung der Entscheidkompetenz in einzelnen Geschäften oder in ganzen Geschäftsbereichen). Zuweisungskriterium ist nach Absatz 1 die Bedeutung der zu entscheidenden Geschäfte. Ziel ist demnach eine stufengerechte Zuweisung der Entscheidkompetenzen. Nach Artikel 43 Absatz 2 RVOG sind die Entscheidkompetenzen im Regelfall den Bundesämtern und Gruppen zuzuweisen, da dort auch die jeweilige Sachkompetenz zu vermuten ist. Für die Zuweisung an ein Departement oder an den Bundesrat wäre demnach eine erhöhte Bedeutung des Geschäftes erforderlich.

1087 Eine Delegation der Entscheidkompetenzen liegt vor, wenn die in einem Erlass als zuständig bezeichnete Stelle die Entscheidkompetenz, die ihr für einen bestimmten Sachbereich zugewiesen worden ist, ihrerseits ganz oder teilweise auf eine ihr untergeordnete Dienststelle überträgt.

Kriterien

1088 Für die Bewertung der Bedeutung eines Geschäftes und die Zuweisung der Entscheidkompetenz durch die Verordnung sind folgende allgemeine Kriterien zu berücksichtigen:

- Auswirkungen auf die Rechtsunterworfenen: Ein sehr weiter gesetzlicher Ermessensspielraum, eine sehr grosse Anzahl von einem einzigen Entscheid direkt Betroffener, wesentliche Eingriffe in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen sowie eine eingeschränkte Überprüfbarkeit auf dem Rechtsmittelweg rufen nach einer rechtspolitisch erhöhten Legitimation der Entscheidungsinstanz und erfordern eine Entscheidungsinstanz auf höherer Stufe. Umgekehrt sprechen materiell eindeutige gesetzliche Vorgaben, wenig gravierende Grundrechtseingriffe und eine grössere Anzahl gleichartiger Entscheidungen mit jeweils wenigen Betroffenen sowie die Überprüfbarkeit der Entscheidung auf dem Rechtsmittelweg für einen Entscheid auf Stufe des Amtes.
- Politische Auswirkungen: Betrifft der Entscheid insbesondere wesentliche politische Interessen von Drittstaaten oder Kantonen oder ist er von besonderer gesellschaftspolitischer Relevanz, spricht dies eher für eine höher stufige Entscheidinstanz. Sind die unmittelbaren politischen Auswirkungen eher als gering zu bewerten oder spielen sie sich im Verkehr mit Drittstaaten oder Kantonen eher auf der technischen Ebene ab, spricht dies für einen Entscheid auf Stufe des Amtes.

- Auswirkungen auf die Bundesfinanzen: Die finanziellen Folgen des einzelnen Entscheides für den Bundeshaushalt sind mit der Entscheidstufe in Relation zu setzen.

Rechtsweg

1089 Bei der Zuweisung von Entscheidkompetenzen ist darauf zu achten, dass die Grundsätze des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG), des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) und des Verwaltungsgerichtsgesetzes (VGG) für die Rechtswege berücksichtigt werden. Insbesondere ist darauf zu achten, dass Entscheide in der Regel nur von zwei übergeordneten gerichtlichen Instanzen überprüft werden und dass nach Möglichkeit keine dritte Instanz geschaffen wird.

Delegation der Entscheidbefugnisse

1090 Eine Delegation von Entscheidbefugnissen kommt in Fällen in Frage, in denen die Verordnung des Bundesrates die Entscheidkompetenz dem Departement zugewiesen hat, dieses aber mit einer Departementsverordnung die Kompetenz ganz oder teilweise auf die Ebene der Gruppe oder des Amtes delegieren will. Sofern ein formelles Gesetz oder eine Verordnung des Bundesrates eine solche Delegation nicht ausdrücklich oder implizit ausschliessen, steht ihr formell nichts im Wege; zu beachten sind allerdings die Auswirkungen auf die Rechtsmittelwege. Es sind im Übrigen auch Lösungen denkbar, welche die Delegation nur für unbestrittene Fälle vorsehen und bestrittene Entscheidungen dem Departement vorbehalten. Zur blossen Unterschriftendelegation s. *Rz 1091.*

Sonderfälle

1091
- Genehmigung von Jahresrechnungen und Berichten: Die Bedeutung der Genehmigung ist anhand der allgemeinen Kriterien unter *Rz. 1086 ff.* zu ermitteln. Gegebenenfalls kann ein zweistufiges Verfahren (Departement und Bundesrat) vorgesehen werden, das lediglich dann einen Entscheid durch die höher stufige Instanz vorsieht, wenn Nichtgenehmigungen oder Vorbehalte beabsichtigt sind (s. Art. 61*b* Abs. 2 und 3 RVOG betr. die Genehmigung kantonaler Erlasse).
- Unterschriftendelegation: Die Unterschriftsberechtigung für die Entscheidungen der Departemente wird in Artikel 49 RVOG geregelt; insbesondere wird auch die Möglichkeit der Delegation vorgesehen. Artikel 29 Absatz 1 Buchstabe c der RVOV sieht vor, dass allfällige Unterschriftendelegationen in den Geschäftsordnungen der Departemente vorzusehen sind. Es ist darauf hinzuweisen, dass bei einer Unterschriftendelegation die unterzeichnende Person immer im Namen der nach Gesetz und Verordnung zuständigen Dienststelle handelt, welche sich den jeweiligen Entscheid zurechnen lassen muss. Eine Unterschriftendelegation hat daher keinerlei Auswirkungen auf den Rechtsmittelweg

und kann sich unter dem Gesichtspunkt der Verwaltungsökonomie als vorteilhafter erweisen, als eine formelle Delegation der Entscheidkompetenz.

Gemeinsame Umsetzung durch den Bund und die Kantone

1092 Die gemeinsame Umsetzung durch den Bund und die Kantone kann dann vorkommen, wenn der Bund, insbesondere durch die Grundsatzgesetzgebung, die wichtigen politischen Entscheide fällt, sich die Erfüllung einiger Aufgaben selbst vorbehält und im Übrigen den Kantonen Handlungsspielraum überlässt.

Beispiele

- Das Hochschulförderungs- und -koordinationsgesetz (HFKG, SR 414.20) ist vor allem ein Subventionserlass zu Gunsten der Kantone, sieht aber auch Planungs- und Koordinationskompetenzen des Bundes vor. So ermächtigt und beauftragt das Gesetz die Bundesbehörden, über einen Zusammenarbeitsvereinbarung mit den Universitätskantonen ein gesamtschweizerisches Koordinationsorgan mit spezifischen Entscheidkompetenzen sowie ein gemeinsames, unabhängiges Akkreditierungs- und Qualitätssicherungsorgan einzusetzen.
- Das Wasserbaugesetz (SR 721.100) erklärt den Wasserbau zur kantonalen Aufgabe. Das Wasserbaugesetz ist ein Grundsatzgesetz. Die Kantone müssen Ausführungserlasse beschliessen; der Bund übt eine Aufsicht über die Projekte aus und leistet Beiträge an den kantonalen Hochwasserschutz. Der Bund erfüllt einige Aufgaben selbst.
- Das Fischereigesetz (BGF, SR 923.0) teilt die Aufgaben zwischen Bund und Kantonen gleichmässig auf. Die Bewirtschaftung der Fischbestände wird z.B. durch die Kantone geregelt, der Bund erlässt hingegen Schonbestimmungen. Die Kantone erhalten Beiträge und müssen Ausführungserlasse festlegen.
- Im Invalidenversicherungsgesetz (IVG, SR 831.20) regelt der Bund die Leistungen der Invalidenversicherung. Die Kantone sind an der Umsetzung mitbeteiligt, besitzen aber wenig Spielraum.

Der Grad der Autonomie der kantonalen Aufgabenerfüllung nimmt in der Reihenfolge der oben dargelegten Beispiele ab.
Artikel 48 Absatz 2 BV eröffnet für die gemeinsame Umsetzung auch die Beteiligung des Bundes – im Rahmen seiner Kompetenzen – an Verträgen sowie gemeinsamen Organisationen und Einrichtungen der Kantone. Auch die Schaffung gemeinsamer Organe von Bund und Kantonen für Beratungs-, Koordinations- und Planungsaufgaben ist möglich (s. BBl 1997 I 214).

Verträge als Umsetzungsmittel

Einleitung

Der Vertrag als Umsetzungsmittel ist in den letzten Jahren vermehrt zur Anwendung gekommen, und zwar auf allen Umsetzungsebenen und in unterschiedlichsten Sachgebieten. *1093*

Beispiele

- Vereinbarung zwischen dem Bund und den Kantonen über die Zusammenarbeit im Hochschulbereich (SR 414.205)
- Vereinbarung über den nationalen Betrieb gemeinsamer Polizei- und Zollkooperationszentren (CCPD) in Genf und Chiasso (SR 360.4)
- Vereinbarung zwischen Bund und Kantonen betreffend Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen/Dublin-Besitzstands (SR 362.1)
- Programmvereinbarung zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft vertreten durch das Bundesamt für Umwelt und dem Kanton Nidwalden betreffend die Programmziele im Bereich Revitalisierungen 2020-2024
- Vertrag zur Ausrichtung von Finanzhilfen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft vertreten durch das Bundesamt für Sozialversicherungen und Pro Senectute Schweiz betreffend Beiträge zur Förderung der Altershilfe gemäss Art. 101bis AHVG für die Jahre 2022-2025.

Rechtsgrundlagen

Die Regelung der wechselseitigen Rechte und Pflichten mittels Vertrag bedarf zwar im Grundsatz keiner ausdrücklichen formell-gesetzlichen Grundlage, doch sollte eine vertragliche Regelung eine hinreichende materielle Rechtsgrundlage finden. Zu beachten ist, dass insbesondere im Bereich der subordinationsrechtlichen Verträge der angestrebte Vertrag nicht eine fehlende materiell-rechtliche Grundlage für das behördliche Handeln ersetzen oder eine bestehende rechtsatzmässige Regelung derogieren oder umgehen kann. Ebenso wenig kann ein Vertrag die in bestimmten Bereichen erforderliche ausdrückliche formell-gesetzliche Grundlage für das behördliche Handeln ersetzen (z.B. das Beauftragen Privater mit hoheitlichen Aufgaben, Bearbeiten von besonders schützenswerten Personendaten usw.). *1094*

Beispiele *1095*

- Der im Rahmen der NFA beschlossene Artikel 46 Absatz 2 BV verankert das Instrument der Programmvereinbarung in der Verfassung (s. *Rz. 951*).
- Der Bund kann sich im Rahmen seiner Zuständigkeiten an Verträgen beteiligen, die Kantone miteinander schliessen (Art. 48 Abs. 2 BV, *s. Rz. 1092*).

Vertragsparteien

1096 Vertragsparteien können immer nur Rechtssubjekte mit Rechtspersönlichkeit und Vertragsfähigkeit sein. Departemente, Bundesämter und Dienststellen der Verwaltung haben selbst keine Rechtspersönlichkeit und nehmen auch keine Rechtsvertretung wahr, sondern handeln als Organe des Bundes. Vertragspartei auf Seiten des Bundes ist daher in diesen Fällen die Schweizerische Eidgenossenschaft, handelnd durch ein Departement, ein Bundesamt usw. In eigenem Namen handeln dagegen Bundesstellen, welche Rechtspersönlichkeit haben (z.B. das Eidgenössische Institut für Geistiges Eigentum). Zu beachten ist ferner, dass die Verträge (mit Ausnahme der rechtsetzenden Verträge im Bereiche des Staatsvertragsrechts und des interkantonalen Vertragsrechts) keine Bestimmungen zu Lasten Dritter enthalten dürfen.

Benennung

1097 Das schweizerische Recht kennt für die Benennung vertraglicher Instrumente keine durchwegs anerkannte Terminologie. «Vertrag», «Übereinkommen», «Abkommen», «Vereinbarung» usw. gelten im Grundsatz als Synonyme. Im Bereiche des Verwaltungsrechts üblich sind «Vertrag» oder «Vereinbarung», während «Abkommen» und «Übereinkommen» eher im Bereiche des Staatsvertragsrechtes Anwendung finden. Für Verträge der Kantone unter sich werden v.a. die Begriffe «Konkordat» und «interkantonale Vereinbarung» verwendet.

Beispiele

- Gesamtschweizerisches Geldspielkonkordat vom 20.05.2019;
- Interkantonale Vereinbarung über die Harmonisierung der obligatorischen Schule [HarmoS-Konkordat] vom 14. Juni 2007).

Vertragsinhalt

1098 Der Vertragsinhalt darf sich nicht auf Materien erstrecken, welche etwa aus Gründen der Rechtsgleichheit oder der Wahrung wesentlicher öffentlicher Interessen der freien Verfügbarkeit der Parteien entzogen sind, sondern er muss sich in Bereichen bewegen, in denen die Verfassung und das Gesetz entsprechenden Spielraum für die Festlegung der wechselseitigen Rechte und Pflichten geben. Vertraglichen Regelungen nicht zugänglich ist etwa die Verpflichtung zur Einhaltung gesetzlicher Vorschriften. Fragen der Zuständigkeit, der Verwaltungsorganisation usw. können nicht Vertragsgegenstand sein, soweit sie für Dritte verbindliche Zuständigkeitsregelungen zum Gegenstand haben.

Vertragliche Rechte und Pflichten

1099 Leistung und Gegenleistung sollten als vertragliche Essentialia hinreichend klar umschrieben sein und in einem vertretbaren Verhältnis zueinander stehen.

Sanktionsklauseln

Je nach Inhalt und Parteien kann es sich rechtfertigen, die Einhaltung des Vertrages durch Sanktionsklauseln zu sichern. Diese können beispielsweise ein Mahnverfahren, Leistungseinschränkungen, Konventionalstrafen und sofortige Kündigung zum Gegenstand haben. *1100*

Genehmigung, Unterzeichnung und Inkraftsetzung

Die verwaltungsorganisatorische Kompetenz zum Vertragsabschluss muss mit der Kompetenz zur Unterzeichnung nicht zusammenfallen. Das für den Abschluss zuständige Organ kann den Vertragstext genehmigen und mit der Unterzeichnung eine oder mehrere Personen beauftragen. Für die Zuständigkeit zur Unterzeichnung sind die Regelungen über die Unterschriftendelegation massgebend (s. Art. 49 Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz, RVOG, SR 172.010; Rz. *1091*). Die Inkraftsetzung kann auf den Zeitpunkt der Unterzeichnung hin, auf ein bestimmtes Datum hin oder auf den Eintritt eines bestimmten Ereignisses hin vereinbart werden. *1101*

Vertragsdauer und Vertragsauflösung

Je nach Vertragszweck und -inhalt ist die Vertragsdauer zu begrenzen, und zwar entweder durch Festlegen einer Gültigkeitsdauer (allenfalls kombiniert mit einem Erneuerungsverfahren), durch Umschreibung eines auflösenden Ereignisses oder durch Aufnahme einer Kündigungsklausel. Die ordentliche Kündigungsklausel sollte eine hinreichende Kündigungsfrist enthalten. *1102*

Rechtsweg- und Gerichtsstandsklauseln

Für Streitigkeiten aus öffentlich-rechtlichen Verträgen, die von Bundesbehörden abgeschlossen werden, sieht das Bundesrecht die Klage an das Bundesverwaltungsgericht vor (Art. 35 Bst. a VGG, SR 173.32). Verträge, die als Umsetzungsinstrumente dienen, benötigen daher keine Rechtsweg- und Gerichtsstandsklauseln. Einige Gesetze enthalten allerdings abweichende Regelungen, wie etwa die Beschwerde gegen einseitige Verfügungen der Behörden im Arbeitsverhältnis nach dem Personalrecht des Bundes (s. Art. 34 Abs. 2 ff. BPG, SR 172.220.1). *1103*

Aufsicht

Oberaufsicht

Der Begriff «Oberaufsicht» umschreibt nach allgemeinem Sprachgebrauch die Überwachung von Tätigkeiten, die bereits unter der Aufsicht eines anderen Organs stehen. Die Oberaufsicht der Bundesversammlung im Sinne des Artikels 169 Absatz 1 BV über den Bundesrat und die Bundesverwaltung, die eidgenössischen Gerichte und die anderen Träger von Aufgaben des Bundes ist eine politische Kontrolle, die nicht dazu dient, an Stelle der beaufsichtigten Behörden zu handeln *1104*

oder deren Entscheide aufzuheben.

1105 Im Bundesstaatsrecht und insbesondere in der Bundesverfassung bezeichnet der Begriff eine bestimmte Verwaltungskompetenz des Bundes (s. z.B. Art. 82 Abs. 2 BV; s. BBl 1997 I 260) oder auch – in der Terminologie der Bundesverfassung von 1874 – die Zuständigkeit des Bundes zum Erlass von Grundsatznormen (s. z.B. Art. 24 Abs. 1 aBV). Das Aufsichtsverhältnis zwischen Bund und Kantonen im Rahmen der Umsetzung von Bundesrecht durch die Kantone nennt die Bundesverfassung hingegen nicht «Oberaufsicht» (s. Art. 49 Abs. 2, 172 und 186 BV). Auch die Lehre zählt die Bundesaufsicht im erwähnten Bereich nicht zur Oberaufsicht. Der Begriff ist deshalb in diesem Zusammenhang zu vermeiden.

Bundesaufsicht

1106 Unter Bundesaufsicht werden Handlungen des Bundes gegenüber den Kantonen verstanden, die dazu dienen, die Beachtung des Bundesrechts durch die Kantone durchzusetzen (Vermeidung von Bundesrechtsverletzungen oder Behebung von bundesrechtswidrigen Zuständen). Ziel der Bundesaufsicht ist die korrekte Anwendung des Bundesrechts. Die Bundesaufsicht bezieht sich auf alle rechtsetzenden und verwaltenden kantonalen Handlungen. Sie bezieht sich auf die Justiz, soweit die Aufsichtsmittel mit der richterlichen Unabhängigkeit vereinbar sind. Allerdings hat der Bund die kantonale Eigenständigkeit zu wahren (Art. 47 BV) und den Kantonen die Chance zu belassen, die bundesrechtlichen Verpflichtungen eigenverantwortlich zu erfüllen; die Bundesaufsicht ist deshalb subsidiär zur Aufsicht der Kantone. Die Bundesaufsicht unterscheidet sich dadurch von der gerichtlichen Tätigkeit, dass sie andauert, dass sie das Auftreten von Fehlern möglichst von vornherein zu vermeiden sucht und dass, sollten dennoch Fehler auftreten, diese in der Regel durch die Urheber selbst zu korrigieren sind (s. VPB 64 [2000], 24).

1107 Die Kompetenz zur Bundesaufsicht stützt sich auf Artikel 49 Absatz 2 BV. Gemäss Artikel 186 Absatz 4 BV wird sie vom Bundesrat wahrgenommen, der «für die Einhaltung des Bundesrechts» sorgt und «die erforderlichen Massnahmen» trifft. Die Zuständigkeit des Bundesrats stützt sich aber auch auf Artikel 182 Absatz 2 BV, d.h. den allgemeinen Umsetzungsauftrag. Der Bundesrat muss diese Aufsichtsfunktion nicht selbst wahrnehmen. Er kann Verwaltungseinheiten (Departemente oder Bundesämter) mit bestimmten Aufsichtsaufgaben betrauen (s. Art. 177 Abs. 3 BV; Art. 47 Abs. 2 und Art. 61*b* RVOG). Nicht delegierbar sind wichtige Entscheidungen, namentlich betreffend den Einsatz einschneidender Aufsichtsmittel. Kaum problematisch ist die Delegation der Informationsbeschaffung (Ermittlung, Untersuchung, Inspektion).

1108 Die Bundesaufsicht hat zwei Ziele: Zum Einen soll sie gewährleisten, dass die Kantone die ihnen im Rahmen der Umsetzung des Bundesrechts übertragenen Aufgaben richtig erfüllen, zum Anderen soll sie verhindern, dass die Kantone bei

der Ausübung ihrer Hoheitsrechte in den Kompetenzbereich des Bundes eingreifen oder Bundesrecht verletzen.

Aufsichtsmittel

Rahmenbedingungen

Für die Aufsicht kommen grundsätzlich alle zweckdienlichen Mittel in Betracht; es gibt keinen Numerus clausus der Aufsichtsmittel. Bei der Wahl und dem Einsatz des Aufsichtsmittels sind die allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätze zu beachten, insbesondere: *1109*

- Genügende Rechtsgrundlage (Art. 5 Abs. 1 BV): Je einschneidender der Eingriff ist, desto höher sind die Anforderungen, die an die entsprechende Rechtsgrundlage gestellt werden. Eine besondere rechtliche Grundlage verlangt die Mehrheit der Lehre nur für *die Genehmigung von kantonalen Erlassen* durch den Bund (s. Art. 186 Abs. 2 BV) und die Behördenbeschwerde (wegen der Formstrenge des Prozessrechts; s. den Überblick in VPB 64 [2000], 24 Ziff. XIII; VPB 69 [2005], 1 Ziff. II.D.2;).
- Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV): Einsatz des mildesten der geeigneten Mittel, z.B. Aufforderung zur Korrektur vor einer Kassation, Kassation vor einem Selbsteintritt.
- Subsidiarität (Art. 5*a* BV): Den Kantonen ist die Möglichkeit zu geben, Bundesrechtswidrigkeiten selbst zu beseitigen, bevor der Bund interveniert.

Nachfolgend werden die gängigen Aufsichtsmittel aufgeführt.

Generelle Weisungen

Der Bund kann sich mit Kreisschreiben, Zirkularen, Dienstanweisungen, Empfehlungen oder Richtlinien an die Kantone wenden und ihnen vorschreiben, wie Bundesrecht zu vollziehen ist. Die Zuständigkeit des Bundes ergibt sich unmittelbar aus seiner Aufsichtskompetenz. Generelle Weisungen sind die wichtigste Form der präventiven Bundesaufsicht. *1110*

Beispiel

- Kreisschreiben des Bundesrates an die Kantonsregierungen über die Gesamterneuerungswahl des Nationalrates vom 22. Oktober 2023 (BBl 2022 2547 ff.).

Konkrete Weisungen

Die Aufsicht des Bundes kann sich in konkreten Weisungen an die Umsetzungsbehörde niederschlagen. Im konkreten Fall kann die Aufsichtstätigkeit meist nur ausgeübt werden, wenn die Aufsichtsbehörde Einsicht in die einschlägigen Akten nehmen und zweckdienliche Auskünfte verlangen kann. Das Einsichts- und Auskunftsrecht ist in der Aufsichtskompetenz des Bundes eingeschlossen und kann, soweit dies zur Abklärung eines Sachverhalts notwendig ist, ohne besondere *1111*

Rechtsgrundlage ausgeübt werden (s. Art. 46 Abs. 1 sowie Art. 49 Abs. 2 BV; zur Umsetzung des internationalen Rechts durch die Kantone s. Art. 5 Abs. 4 BV). Als Resultat der Einsichtnahme und Auskunftserteilung kann sich eine Beanstandung in der Form einer Feststellung oder Empfehlung ergeben. Der säumige oder fehlbare Kanton wird eingeladen, einen Verstoss gegen das Bundesrecht zu beseitigen.

Periodische Berichterstattung

1112 Die Kantone können zur periodischen Berichterstattung über den Vollzug bestimmter Vorschriften des Bundesrechts verpflichtet werden. Für dieses Aufsichtsmittel ist eine Rechtsgrundlage zumindest auf Verordnungsstufe erforderlich.

Beispiele

- Art. 41 Abs. 2 des Arbeitsgesetzes (ArG, SR 822.11);
- Art. 85 Abs. 2 der Zivilstandsverordnung (ZStV, SR 211.112.2).

Inspektion

1113 Das Bundesrecht kann die Inspektion der kantonalen Verwaltungen vorsehen. Die Inspektion betrifft die Umsetzung bestimmter Bundeserlasse und ermöglicht dem Bund die präzise Kontrolle der kantonalen Verwaltungstätigkeit. Sie ist eine scharfe Form der Aufsicht und deshalb nur mit Zurückhaltung vorzusehen.

Beispiel

- Art. 45 ZGB (SR 210) in Verbindung mit Art. 85 Abs. 1 der Zivilstandsverordnung (ZStV, SR 211.112.2).

Genehmigung kantonaler Erlasse

1114 Dieses Kontrollinstrument mit präventiver Wirkung gestattet dem Bund, die Übereinstimmung eines Erlasses mit dem Bundesrecht zu prüfen (s. Art. 186 Abs. 2 BV). Mit Blick auf die heute bestehende Tendenz, den Kantonen eine grössere Umsetzungsautonomie einzuräumen, sind die Genehmigungsfälle auf das Notwendige zu konzentrieren. Sie sind nach Möglichkeit auf Schlüsselelemente des Bundesrechts zu beschränken oder auf die Einführungsphase neuen Rechts zu befristen. An Stelle von Genehmigungspflichten genügen in der Regel Mitteilungspflichten. Der Genehmigungsvorbehalt braucht eine Rechtsgrundlage in einem Bundesgesetz. Die Genehmigung ist konstitutiv und somit Voraussetzung für die Gültigkeit des kantonalen Erlasses. Sie wird in der Regel vom Departement, in streitigen Fällen vom Bundesrat erteilt (s. Art. 61*b* RVOG, SR 172.010).

Beispiel

- Kantonale Zivilstandsvorschriften (s. Art. 49 Abs. 3 ZGB, SR 210).

Behördenbeschwerde des Bundes

Die Behördenbeschwerde soll zur richtigen und rechtsgleichen Anwendung von Bundesrecht beitragen. *1115*

Der Bund ist gestützt auf Artikel 89 Absatz 2 Buchstabe a BGG befugt, gegen die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts oder der letzten kantonalen Instanzen beim Bundesgericht Beschwerde zu führen. Zur Beschwerde legitimiert ist in der Regel das zuständige Department, doch kann die Beschwerdebefugnis in den Fällen von Artikel 89 Absatz 2 Buchstabe a BGG durch Verordnung auf die Ämter übertragen werden. *1116*

Entscheidungen einer kantonalen Behörde, die in Anwendung von Bundesrecht ergehen, kann die Bundesbehörde, welche zur Beschwerdeführung gegen das letztinstanzliche kantonale Urteil zuständig wäre, bei den kantonalen Vorinstanzen anfechten (Art. 111 Abs. 2 BGG). *1117*

Aufhebung einer kantonalen Verfügung

Diese aufsichtsrechtliche Massnahme, die im Rahmen der Umsetzung von Bundesrecht ergeht, stellt einen schweren Eingriff in die von Artikel 47 BV garantierte Eigenständigkeit der Kantone und das ordentliche Rechtsmittelsystem dar. Dieses Aufsichtsmittel setzt zwar nach allgemeiner Auffassung keine Rechtsgrundlage in einem formellen Gesetz voraus (s. VPB [2000] 64, Nr. 24, Ziff. XIII), ist aber als Aufsichtsmassnahme im bundesstaatlichen Verhältnis grundsätzlich nicht angebracht. Die Aufhebung einer kantonalen Verfügung hat gegenüber dem Rechtsmittelverfahren nur subsidiären Charakter. Die Korrektur eines kantonalen Umsetzungsaktes sollte deshalb grundsätzlich im Rechtsmittelverfahren vorgenommen werden, so dass der Rechtsschutz allfällig betroffener Dritter und die Unabhängigkeit der Überprüfung gewährleistet sind. *1118*

Ob kantonale Gerichtsurteile, die im Zusammenhang mit der Umsetzung von Bundesgesetzen ergangen sind, aufsichtsrechtlich aufgehoben werden können, ist in der Lehre umstritten. Die Justizabteilung hatte dies 1961 abgelehnt (Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden 30 [1961] Nr. 15, S. 41 ff.), während der Bundesrat 1974 im Entscheid «Fextal» diese Kompetenz für sich in Anspruch nahm. *1119*

Beispiel

- Art. 13 des BB vom 17. März 1972 über dringliche Massnahmen auf dem Gebiet der Raumplanung (AS 1972 644); Anwendungsfall: «Fall Fextal» (s. ZBl 1974, S. 529 ff.; ZBl 1975, S. 361 ff., S. 367 f., s. hierzu auch die Ausführungen zum Verfassungsprinzip der Gewaltenteilung in VPB 64 [2000], 24 Ziff. XII).

Aufgaben des Bundes bei der Umsetzung

1120 Die Vorbereitung der Umsetzung soll die Voraussetzungen schaffen, dass ein Erlass in Kraft gesetzt und umgesetzt werden kann. Die Vorbereitung durch den Bund bzw. die Kantone umfasst insbesondere den Erlass von Ausführungsbestimmungen sowie die Schaffung der für die Umsetzung nötigen Infrastruktur durch organisatorische Massnahmen.

1121 Bestimmte Rechtsnormen, vor allem solche des Privatrechts, richten sich direkt an die (privaten) Normadressaten. Öffentlich-rechtliche Rechtsnormen erfordern hingegen häufig eine Umsetzung durch staatliche Rechtsakte. Diese Umsetzung ist in der Regel Sache der Kantone bzw. der Gemeinden. Dabei sind die dazu vorgeschriebenen kantonalen Verfahren (z.B. Gesetzesreferendum) einzuhalten; dies hat einen entsprechenden Zeitbedarf zur Folge.

1122 Den Bundesbehörden obliegen vor allem folgende Aufgaben:

- Festlegung des Datums des Inkrafttretens gestützt auf die Umsetzungsplanung von Bund und Kantonen (s. *Rz. 1074*);
- möglichst frühzeitige Erarbeitung von Normskizzen zu Verordnungen und von Verordnungsentwürfen und deren Zustellung an die Umsetzungsinstanzen als Vorinformation;
- kontinuierliche Information über den Stand der Rechtsetzungsarbeiten;
- bei Vorhaben des Bundes, die wesentliche Interessen der Kantone in Bezug auf die Umsetzung betreffen, sind diese in die vorbereitenden Gremien einzubeziehen. Auf diese Weise kann sichergestellt werden, dass die politischen Entscheidungsträger (Departementsvorsteher und Departementsvorsteherinnen, parlamentarische Kommissionen) bereits in einer frühen Phase Informationen über die Umsetzung erhalten. Zudem soll eine gewisse Repräsentanz gewährleistet sein; die beigezogenen Fachleute der kantonalen Verwaltungen sollen nicht nur die Sichtweise ihres Kantons, sondern auch diejenige der nichtvertretenen Kantone einbringen (Bericht der gemeinsamen Arbeitsgruppe Bund-Kantone «Die Umsetzung von Bundesrecht durch die Kantone» vom 13. Februar 2012, S. 35, abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/foederalismus.html);
- Ausgestaltung des Vollzugs mit möglichst wenig administrativer Belastung für die Unternehmen entsprechend Art. 2 UEG (möglichst geringe Anzahl Vollzugsstel-len, Befristung der Verfahrendsdauer durch Ordnungsfristen, Nutzung elektroni-scher Mittel, einfache und einheitliche Formulare, risikobasierte Kontrollen)
- Erleichtern der Umsetzung mit Umsetzungshilfen (Richtlinien, Wegleitungen, Checklisten, Mustererlasse, Direktkontakte usw.);
- bei Bedarf Erlass von Plänen (z.B. Sanierungspläne) in Zusammenarbeit mit den Umsetzungsinstanzen;
- Abschluss von Programmvereinbarungen;

- Erlass individuell-konkreter Rechtsakte (z.B. Erteilung von Bewilligungen, Gewährung von Subventionen, Genehmigung von Projekten);
- Information der politischen Behörden und der Öffentlichkeit über den Stand der Umsetzung und über allenfalls aufgetretene Umsetzungsschwierigkeiten.
- Beobachten der Umsetzung und der Rechtswirklichkeit, Antizipieren von Risiken (anhand von Daten, Beobachtungen, Direktkontakten, Tagungen, u.a.m.);
- Wahrnehmen der Aufsicht (z.B. Weisungen, Berichterstattung, Inspektion, Genehmigung kantonaler Erlasse, Behördenbeschwerde des Bundes);
- Beantworten parlamentarischer Vorstösse;
- Beantworten von Anfragen der Vollzugsinstanzen oder der Betroffenen (z.B. bezüglich der Auslegung von Rechtsbestimmungen);
- Grundlagenarbeit und Schulung (z.B. Mitwirkung an Fachtagungen und Schulungen; Auslegungshilfen wie Erlasskommentare).

1123 Bei Umsetzungsschwierigkeiten bereiten die zuständigen Bundesbehörden die notwendigen Massnahmen vor (z.B. Verbesserung der Schulung, Weisungen an die Vollzugsinstanzen, Vorbereitung von Erlassänderungen).

1124 Für die Bundesbehörden ist die Umsetzung in der Regel ein partizipativer Prozess. Darin einbezogen sind in verschiedener Form (z.B. Direktkontakte, Arbeitsgruppen, Fachtagungen) namentlich Umsetzungsinstanzen sowie Vertreter der Betroffenengruppen.

19 Amtshilfe

Gegenstand

1125 Als Amtshilfe wird die gegenseitige Unterstützung bezeichnet, die sich Behörden beim Vollzug ihrer Aufgaben leisten. Sie kann innerhalb eines Gemeinwesen (z.B. unter Bundesbehörden) oder zwischen Bundes- und kantonalen Behörden erfolgen, erfolgt aber auch im grenzüberschreitenden Verhältnis (siehe unten).

1126 Die Hilfe kann in allen Formen der Verwaltungstätigkeit geleistet werden. Am häufigsten geht es um die Übermittlung von Informationen, d.h. um die Übermittlung und Erteilung von Auskünften, die Herausgabe von Dokumenten und die Erlaubnis, auf Datenbanken zuzugreifen.

Abgrenzung

1127 Diese Form der Unterstützung ist von der Rechtshilfe zu unterscheiden. Diese wird durch das Straf-, Zivil- und Verwaltungsverfahrensrecht geregelt und hat hauptsächlich die Unterstützung zum Gegenstand, die sich gerichtliche Behörden bei der Vornahme von Verfahrensschritten gegenseitig leisten.

Allgemeine Bemerkungen

1128 Die Verwaltungseinheiten des Bundes sind zur Zusammenarbeit verpflichtet und sollen sich die Auskünfte erteilen, die für die Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben erforderlich sind (Art. 14 Abs. 1 und 3 RVOV). Neben diesem allgemeinen Kooperationsgebot existieren im Bundesrecht keine Regeln zur Amtshilfe; auch das Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG, SR 172.021) enthält keine Bestimmung über den Austausch von Informationen auf Bundesebene. Die Amtshilfe - ihre zulässigen Formen und Voraussetzungen, Verfahren und Zuständigkeiten - sind sachbereichsspezisch in Spezialgesetzen gereglt.

Grenzen der Amtshilfe

1129 Die Amtshilfe wird durch die Bestimmung über das Amtsgeheimnis (s. Art. 22 des Bundespersonalgesetzes, BPV; SR 172.220.1) durch die Strafbestimmung betreffend die Verletzung des Amtsgeheimnisses (Art. 320 StGB, SR 311.0) sowie die Gesetzgebung über den Datenschutz (s. insbesondere das Datenschutzgesetz, DSG; SR 235.1) begrenzt.

Regelung der Amtshilfe

1130 Sollen Informationen übermittelt werden, die durch eine gesetzliche Bestimmung der Geheimhaltung unterliegen, so bedarf es einer entsprechenden Bestimmung in einem formellen Gesetz. Dasselbe gilt, wenn die Amtshilfe mit einem schweren Eingriff in Grundrechte verbunden ist, was insbesondere beim Austausch von besonders schützenswerte Personendaten der Fall ist (Art. 34 Abs. 2 DSG; SR 235.1).

Das Gesetz muss den Grundsatz der Amtshilfe ausdrücklich vorsehen. 1131

Beispiele

- Art. 21 Kulturgütertransfergesetz (KGTG; SR 444.1)
- Art. 32 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1);
- Art. 29 des Geldwäschereigesetz (GWG; SR 955.0);
- Art. 184 Landwirtschaftsgesetz (LwG; SR 910.1);
- Art. 6 des Embargogesetzes (EmbG; SR 946.231).

Falls Amtshilfeverpflichtungen sich auch an Behörden richten sollen, die nach einem anderen Gesetz einer Geheimhaltungspflicht unterstellt sind, sollten beide Verpflichtungen abgestimmt werden, z.B. durch eine ausdrückliche Ausnahme zur Geheimhaltungspflicht

Die Form und der Umfang der Amtshilfe kann demgegenüber in einer Verordnung geregelt werden (z.B. Übermittlung von Dokumenten, Inventar der zu übermittelnden Daten), ebenso die Details über den Zugriff auf Informationen sowie die Aufzählung der Behörden, die zur Zusammenarbeit verpflichtet oder ermächtigt werden.

Beispiel

- Art. 28 Abs. 3 der Arbeitslosenversicherungsverordnung (AVIV; SR 837.02);
- Art. 73-78 Betäubungsmittelkontrollverordnung (BetmKV; 812.121.1).

Regelung der internationalen Amtshilfe

Die internationale Amtshilfe findet typischerweise zwischen in- und ausländischen Verwaltungs- und Aufsichtsbehörden statt. In einem formellen Gesetz ist der Zweck, für den eine Behörde Informationen verlangen kann und die Art und Weise, wie sie erhaltene Informationen zu behandeln hat, zu regeln, ebenso die Frage, ob und gegebenenfalls an wen die Behörde die Informationen weitergeben darf (z.B. an die Strafverfolgungsbehörden). 1132

Beispiel

- Art. 26 Revisionsaufsichtsgesetz (RAG; SR 221.302);
- Art. 103 Kernenergiegesetz (KEG; SR 732.1).
- Art. 64 Heilmittelgesetz (HMG; SR 812.21)

Amtshilfe für eine ausländische Behörde kann den Tatbestand von Artikel 271 StGB erfüllen, wonach die Vornahme von staatlichen Handlungen für einen fremden Staat ohne Bewilligung strafbar ist. Die erforderliche Ermächtigung kann in einem internationalen Vertrag, einem Gesetz oder einer Verfügung vorgesehen werden. Vielfach werden staatsvertraglich auch die grenzüberschreitende Zustellung von Verwaltungsakten geregelt, die ebenfalls als staatliche Handlung für einen Staat qualifiziert wird. 1133

Beispiele:

- Europäisches Übereinkommen über die Zustellung von Schriftstücken in Verwaltungssachen im Ausland (SR 172.030.5)
- Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts (SR 0.251.268.1).

1134 Gesetzlich zu regeln sind besondere Formen der Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden. In einzelnen Sachgebieten hat sich dafür in den letzten jahren ein besonderes Bedürfnis gezeigt. So werden beispielsweise gemeinsame und koordinierte Kontrolltätigkeiten in der Schweiz oder im Ausland ("joint inspections"/Vor-Ort-Kontrollen) geregelt oder das Verfahren für die von der Amtshilfemassnahme betroffenen Personen genauer ausgetaltet.

Beispiel

- Art. 27 Revisionsaufsichtsgesetz (Revisionsaufsichtsgesetz (RAG; SR 221.302);
- Art. 21a und 22b Steueramtshilfegesetz StAhiG; SR 651.1)
- Art. 64a Heilmittelgesetz (HMG; SR 812.21).

20 Evaluation staatlicher Massnahmen

Übersicht

Begriff

Evaluationen sind gezielte und zeitlich begrenzte Untersuchungen mit dem Ziel, Konzept, Umsetzung und Wirkungen staatlichen Handelns zu identifizieren, wenn möglich zu messen und zu bewerten, inwieweit sie zur Erreichung der gesetzten Ziele und zum gemeinsamen Wohlergehen beitragen. *1135*

Funktionen

Evaluationen dienen dem Zweck: *1136*

- Rechenschaft über staatliches Handeln abzulegen,
- Ansatzpunkte für Verbesserungen aufzuzeigen und Lernprozesse auszulösen,
- Erkenntnisse für die Gestaltung und Anpassung staatlicher Massnahmen und deren Planung zu gewinnen sowie
- das Wissen über staatliche Massnahmen bzw. die Erfolgsvoraussetzungen staatlichen Handelns generell zu erweitern.

Wer führt Evaluationen durch?

Die Evaluation von Bundesmassnahmen bzw. die Vergabe von Evaluationsaufträgen an externe Dienstleistungsunternehmen (Universitätsinstitute, private Büros) ist meist eine Aufgabe von Fachspezialisten. Die in den Ämtern für die Rechtsetzung zuständigen Dienste sind deshalb häufig bloss indirekt damit konfrontiert und benötigen keine Detailkenntnisse über die Evaluation von Massnahmen. Sie sollten indessen darüber Bescheid wissen: *1137*

- dass es eine Pflicht zur Beobachtung der Umsetzung und der Wirkungen von Bundesmassnahmen gibt (s. *Rz. 1140 ff.*),
- welche Konzepte und Instrumente es dafür gibt (s. *Rz. 1146 ff.*), und
- dass entsprechende Vorkehren von langer Hand vorbereitet werden sollten, da andernfalls das Beschaffen von Informationen und Daten finanziell aufwändig bzw. wenig ertragreich sein kann (s. *Rz. 1163 ff.*).

Unterstützung

Die Verantwortlichen für für Gesetzesevaluation der Fachbereiche Rechtsetzungsprojekte im Bundesamt für Justiz bieten Unterstützung bei allen Fragen im Zusammenhang mit Wirksamkeitsüberprüfungen und Evaluationen. *1138*

Massgebende Rechtsquellen und Vorgaben

Massgebend sind: *1139*

- Artikel 170 BV (SR 101);
- Artikel 26, 27 und 44 Buchstaben e und f des Parlamentsgesetzes (ParlG, SR 171.10);

- Artikel 10 der Parlamentsverwaltungsverordnung (ParlVV, SR 171.115);
- Artikel 5 des Finanzkontrollgesetzes (FKG, SR 614.0);
- Artikel 3 und 7 des Unternehmensentlastungsgesetzes (UEG, SR 930.31).

Der Bundesrat hat den Ämtern und Departementen Vorgaben für Wirksamkeitsüberprüfungen der Bundesverwaltung gemacht: Umsetzung von Artikel 170 BV in der Bundesverwaltung.

Hilfsmittel

- Hinweise des Bundesamts für Justiz zur Durchführung von Wirksamkeitsüberprüfungen bzw. Evaluationen (z.B. in Form von Büchern und Leitfäden);
- Empfehlungen des Bundesamts für Justiz zur Formulierung von Evaluationsklauseln;
- Hinweise zu externen Evaluatoren/Evaluatorinnen der Schweizerische Evaluationsgesellschaft (SEVAL);
- SEVAL-Standards und Erläuterungen dazu;
- Leitfaden des SECO zur Durchführung von Bereichsstudien gemäss Artikel 7 des Unternehmensentlastungsgesetzes.

Allgemeine Pflichten zur Beobachtung von Umsetzung und Wirkungen von Bundesmassnahmen

1140 Die für eine bestimmte Staatsaufgabe zuständige Bundesbehörde hat einerseits die Pflicht, zu beobachten, ob die Aufgabe normkonform umgesetzt wird, und andernfalls geeignete Korrekturmassnahmen zu ergreifen. Sie hat aber auch zu beobachten, ob die Rahmenbedingungen für die Erfüllung der entsprechenden Staatsaufgabe weiterhin gegeben sind, und ob der Erlass die ihm zugeschriebenen Ziele erfüllt. Falls beides nicht gegeben ist, hat sie entsprechende Massnahmen zu treffen:

- Verbesserung der Umsetzung,
- Information der politischen Instanzen über Mängel bei der Umsetzung,
- Einleiten einer Revision oder der Aufhebung des bestehenden bzw. der Schaffung eines neuen Erlasses.

1141 Die Pflicht zur Beobachtung der Wirksamkeit eines Erlasses ergibt sich aus Artikel 170 BV. Diese Verfassungsbestimmung verpflichtet in erster Linie das Parlament und ist im Parlamentsgesetz (ParlG) in folgenden Bestimmungen konkretisiert worden:

- Oberaufsicht (Art. 26 Abs. 3 ParlG): Einbezug der Zweckmässigkeit, Wirksamkeit und Wirtschaftlichkeit in die Kriterien der Oberaufsicht.
- Überprüfung der Wirksamkeit (Art. 27 ParlG): Parlamentsorgane können die Durchführung von Wirksamkeitsüberprüfungen verlangen, Wirksamkeitsüberprüfungen prüfen lassen und selbst Wirksamkeitsüberprüfungen in Auftrag geben.

Aufgaben der Kommissionen (Art. 44 Abs. 1 Bst. e und f ParlG): Kommissionen

unterbreiten Anträge bzw. Aufträge für Wirksamkeitsüberprüfungen und wirken bei der Schwerpunktsetzung mit; sie berücksichtigen die Resultate von Wirksamkeitsüberprüfungen.

Der Bundesrat kann gestützt auf die Umsetzungsklausel (Art. 182 Abs. 2 BV) und auf seine Aufsichtskompetenzen (Art. 187 Abs. 1 Bst. a) jederzeit Evaluationen veranlassen; die Verwaltung kann gestützt auf diese Verfassungsgrundlagen Evaluationen durchführen (lassen). Bundesrat und Verwaltung brauchen dafür keine spezifische gesetzliche Grundlage. *1142*

Eine Pflicht des Bundesrates zur Beobachtung der Wirksamtkeit und zum Ergreifen allenfalls erforderlicher Korrekturmassnahmen ergibt sich auch aus den Artikeln 5 und 36 RVOG (SR 172.010). Der Bundesrat bezeichnet zudem in seinen Jahreszielen drei bis fünf Regulierungsbereiche, die im Rahmen einer externen Studie daraufhin geprüft werden, ob sie Entlastungspotenzial für Unternehmen aufweisen (Art. 7 Abs. 1 UEG). *1143*

Die Bundeskanzlei unterstützt den Bundesrat bei der Wahrnehmung dieser Prüfung im Rahmen der Planung und Berichterstattung (Legislaturplanung, Jahresziele, Geschäftsbericht). *1144*

Die Finanzkontrolle hat nach Artikel 5 des Finanzkontrollgesetzes (FKG, SR 614.0) den Auftrag, Wirtschaftlichkeitsprüfungen durchzuführen. *1145*

Spezifische rechtliche Vorkehren zur Beobachtung und zur Evaluation

Übersicht

Nebst den soeben erwähnten generellen Prüfungs- und Berichterstattungspflichten sind in verschiedenen Politikbereichen spezifische Beobachtungs-, Melde- und Überprüfungspflichten verankert. Sie können die drei nachfolgend dargelegten Hauptformen annehmen. *1146*

Berichtspflichten

Durch die Pflicht zum regelmässigen Unterbreiten von Berichten möchte das Parlament einen kontinuierlichen Informationsfluss über bestimmte Fragen sicherstellen. *1147*

Beispiel

- Artikel 10 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über aussenwirtschaftliche Massnahmen (SR 946.201).

Daneben informiert der Bundesrat das Parlament auch aus eigener Initiative bzw. als Reaktion auf parlamentarische Vorstösse. *1148*

Beispiel

- Bericht des Bundesrates vom 18. Dezember 2020 zur Evaluation der «Swissness»-Gesetzgebung.

Evaluationsklauseln

1149 Evaluationsklauseln sind Rechtsnormen, die den darin genannten Adressaten verpflichten, bestimmte Gesetze oder Massnahmen bzw. deren Wirkungen zu überprüfen. Gelegentlich wird mit der Aufnahme einer solchen Evaluationsklausel in einen Erlass auch sichergestellt, dass für die Evaluation ausreichende finanzielle Mittel bereit stehen. Eine einheitliche Terminologie für Evaluationsklauseln hat sich noch nicht durchgesetzt. Eine Übersicht der Evaluationsklauseln sowie Empfehlungen zur Formulierung von Evaluationsklauseln finden sich auf der Webseite des Bundesamts für Justiz (s. www.bj.admin.ch > Staat & Bürger > Wirksamkeitsüberprüfung / Evaluation > Materialien zu Wirksamkeitsprüfungen / Evaluationen).

Versuchsregelungen

1150 Versuchsregelungen sind befristete Erlasse, welche mit Vorkehren zur Überprüfung des Erlasses bzw. zur Wirkungsermittlung (Evaluationsklausel) verbunden sind. Sie sollen helfen, Erfahrungen zu sammeln, damit Entscheidungsgrundlagen für spätere, definitiv gedachte gesetzgeberische Lösungen geschaffen werden können (für Einzelheiten s. *Rz. 1046 ff.*).

Informationsinstrumente

Übersicht

1151 Den zuständigen Behörden steht im Rahmen ihrer oben erwähnten Pflichten zur Beobachtung von Umsetzung und Wirkungen von Bundesmassnahmen eine Vielzahl von Informationsinstrumenten zur Verfügung. Diese lassen sich in die vier nachfolgend dargelegten Gruppen einteilen.

Politikfeldbeobachtung

1152 Es gibt eine grosse Zahl von Instrumenten der Politikfeldbeobachtungen, z.B. statistische Angaben, Zeitungsartikel, Sachbücher, wissenschaftliche Untersuchungen, persönliche Kontakte, Verlautbarungen von Parteien oder politischen Gruppierungen u.a.m. Diese Instrumente geben den mit der Aufsicht beauftragten Behörden Informationen über ihren Sachbereich (z.B. Stipendien, Gewässerschutz). Der Bund ist im Übrigen befugt, die Entwicklung auch in Sachgebieten zu beobachten, die nicht zu seinen verfassungsmässigen Zuständigkeiten zählen. Der Bundesrat ist im Rahmen parlamentarischer Vorstösse oder Debatten häufig aufgerufen, zu entsprechenden Fragen Stellung zu nehmen.

Monitoring (Beobachtung), Statistik

1153 Das Monitoring ist namentlich für die Bundesaufsicht wichtig. Es stellt aufgrund von verschiedenartiger Beobachtung gewonnene Informationen über die Umsetzung eines Erlasses bereit. Zu den Monitoring-Instrumenten gehören namentlich:

- amtliche kantonale Berichte über den Vollzug (Berichtspflichten, z.B. Art. 4

Abs. 4 des Bundesgesetzes gegen die Schwarzarbeit, BGSA, SR 822.41);
- Statistiken (s. Internetseiten des BFS, www.bfs.admin.ch);
- Meldepflichten auf Grund von Erlassen (z.B. Art. 24 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1983 über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland [BewG], SR 211.412.41);
- Informationen auf Grund von verwaltungsrechtlichen Verfahren (wie die Möglichkeit zur Behördenbeschwerde des Bundes).

1154 Monitoring-Daten werden regelmässig oder periodisch erhoben, erlauben häufig Vergleiche im Zeitablauf, gelegentlich auch Quervergleiche (z.B. zwischen Kantonen oder Gemeinden), ermöglichen auch den Vergleich mit Soll-Vorgaben und sind vergleichsweise kostengünstig. Allerdings darf der Erhebungsaufwand bei den datenliefernden Stellen nicht unterschätzt werden.

Controlling

1155 Der Begriff «Controlling» stammt ursprünglich aus der Betriebswirtschaft. Er wird in der Schweiz, Österreich und Deutschland begrifflich als Instrument zur Information und Steuerung der Umsetzung verstanden. Der Begriff hat insbesondere im Rahmen des New Public Management einige Bedeutung erlangt. Eine wichtige Rolle nehmen dabei Leistungsindikatoren zur Beurteilung der Tätigkeit von Verwaltungsstellen ein. In Leistungsvereinbarungen werden zwischen Regierung und Verwaltung oder – noch häufiger – zwischen über- und untergeordneten Verwaltungsstellen konkrete Leistungsindikatoren und Leistungsziele festgelegt. In der Sprache der Politikwissenschaft handelt es sich bei den vereinbarten Grössen in der Regel um Output-Indikatoren: Diese geben an, welche Produkte die Verwaltungseinheit erstellt und wie diese auf dem Markt nachgefragt werden. Das Controlling sammelt Daten, die direkt oder indirekt mit der Umsetzung und der Zielerreichung eines Gesetzes in Zusammenhang gebracht werden können.

1156 Das Controlling ist folglich wie das Monitoring ein Instrument der Umsetzungsbeobachtung, hat dabei aber einen stärker steuernden Charakter. Im Rahmen des Controllings werden laufend Daten über den Vollzug und über Aspekte der Wirkungen erhoben, deren Auswertung eine Grundlage für allfällige Evaluationen bieten kann. Im Gegensatz zu den anderen Instrumenten ist das Controlling immer eng an die bürokratischen Abläufe geknüpft. Es gehört zu einem professionellen Projektmanagement und muss sich an dessen Bedürfnissen orientieren.

Retrospektive Evaluationen

1157 Retrospektive Evaluationen bezwecken eine empirisch sorgfältig abgestützte Erfolgskontrolle von staatlichen Massnahmen, die bereits in Kraft gesetzt und umgesetzt worden sind. Sie dienen insbesondere der Ermittlung und Beurteilung der Effektivität (Befolgung oder Durchsetzung der Normen bzw. Gesetzeskonformität der Umsetzung), Wirksamkeit (Grad der Zielerreichung) und Wirtschaftlichkeit (Effizienz) staatlicher Massnahmen. Solche Untersuchungen erfolgen in der Regel unter Beizug sozialwissenschaftlicher Methoden der Datenerhebung (z.B. Statistik, Befragungen in Interviews etc.) und -auswertung (qualitative und quantitative). Sie geben eingehende Informationen über Wirkungen und Wirkungszusammenhänge von staatlichen Massnahmen.

1158 Evaluation bedeutet dem Wortsinn nach die Beurteilung eines Gegenstands. In der Alltagssprache wird das Instrument häufig in prospektivem Sinne verwendet (beispielsweise im Hinblick auf die Auswahl eines passenden PC) oder zu allgemein im Sinne von Qualitätsbewertung. Die Qualität staatlicher Massnahmen ist aber nicht einfach sichtbar, sondern sie muss häufig empirisch – statistisch oder mittels qualitativer Befragungen – und mit Blick auf die Wirkungen ermittelt werden. Sie kann letztlich nur auf dem Hintergrund von Überlegungen darüber beurteilt werden, wie die Situation ohne die vorliegende staatliche Massnahme wäre. Staatliche Massnahmen haben im Vergleich zu anderen Einflussfaktoren (wirtschaftliche Entwicklung, gesellschaftliche Trends usw.) indessen oft nur eine untergeordnete Bedeutung. Die Abschätzung oder Messung der Wirkungen ist deshalb häufig schwierig. Für solche Evaluationen gibt es mehrere Vorgehensweisen: Expertengespräche, eingehende Beobachtungen des Wirkungspfades oder eigentliche Vergleiche. Bei Längsschnittvergleichen wird die Situation vor und nach Inkraftsetzung einer Massnahme verglichen. Bei Querschnittvergleichen erfolgt der Vergleich zwischen den von der Massnahme betroffenen und den nicht davon betroffenen Personengruppen, Regionen, Ländern usw. Bei sog. Experimenten (z.B. Unfallfolgen mit und ohne Gurtentragen) werden meist miteinander kombinierte Längs- und Querschnittvergleiche eingesetzt.

1159 Im Gegensatz zur landläufigen Meinung geben Wirkungsindikatoren (oder Outcome-Indikatoren) kaum Aufschluss über die Wirkungen staatlicher Massnahmen (und damit über kausale Fragen). So kann eine Reduktion der Arbeitslosenquote (ein sehr wichtiger Wirkungsindikator) in Zusammenhang mit Arbeitsbeschaffungsprogrammen gebracht werden; sie dürfte aber häufiger auf wirtschaftliche Faktoren wie die Lage der Weltwirtschaft und die Konjunkturlage der wichtigsten Abnehmer schweizerischer Güter und Dienstleistungen zurückzuführen sein. Deshalb bedarf die Abklärung kausaler Zusammenhänge häufig vertiefter Untersuchungen im Rahmen von Evaluationen.

Quervergleich der Informationsinstrumente

Während bezüglich der Instrumente der Politikfeldbeobachtung kaum Kontroversen bestehen, gibt es über die Instrumente, welche sich mit der Umsetzung und den Wirkungen staatlicher Interventionen befassen (Monitoring, Controlling, Retrospektive Evaluationen) zum Teil unterschiedliche Auffassungen. Jedes der drei letzterwähnten Informationsinstrumente hat aber spezifische Stärken und Schwächen und deshalb auch unterschiedliche Einsatzfelder. *1160*

	Monitoring	**Controlling**	**Retrospektive Evaluation**
Ziel	Laufende Beobachtung der Umsetzung	Führungsinstrument zur zielgerechten Auswahl und Begleitung, Kontrolle und Weiterentwicklung von Projekten und Programmen	Erarbeitung von empirisch belegbaren Aussagen über Wirkungszusammenhänge staatlicher Massnahmen
Zentrale Fragen	Wie verändert sich die Situation im Interventionsfeld im Zeitablauf?	Hat ein Projekt das Potenzial, zielwirksam zu sein, und entwickeln sich die ausgewählten Indikatoren in die erwartete Richtung?	Wie wird eine Massnahme vollzogen und wie wirkt sie in der Praxis? Ist die Massnahme wirtschaftlich?
Häufigkeit	Laufende Datenermittlung im Rahmen eines eigenen Erhebungssystems	Laufende Datenermittlung im Rahmen des Vollzugs und der Projektbegleitung	Vertiefte, wissenschaftlich angelegte Untersuchungen zu ausgewählten Zeitpunkten
Stärken	Permanente Feedbacks zur Frage, ob das anvisierte Problem noch besteht; Früherkennung	Rasche Feedbacks; Verbesserung der Abläufe; automatische Erfassung in Umsetzungsorganisation	Fundierte Kenntnisse über Vollzug, Wirkung und Effizienz; Verständnis der Umsetzungsstärken bzw. -schwächen und der Wirkungszusammenhänge
Schwächen	Bezug zwischen Massnahme und Wirkung fehlt; Interpretationsspielraum; Auswahl Indikatoren schwierig zu erklären	Keine Belege für postulierte Wirkungszusammenhänge; kann Misserfolge nicht erklären	Teuer; bezüglich Datenerhebung und zeitlich aufwendig

Auf Grund der unterschiedlichen Stärken und Schwächen kann keines der drei Instrumente allein alle Bedürfnisse im Hinblick auf die Umsetzungs- und Wirkungsbeobachtung abdecken. Instrumente der Dauerbeobachtung (Monitoring) und der Steuerung (Controlling) werden deshalb mit Vorteil mit vertieften Untersuchungen (Evaluation) verknüpft. Ein gutes Controlling bzw. umfangreiche Monitoring-Daten können den Datenerhebungsaufwand für Evaluationen erheblich vermindern und damit deren Kosten senken. Evaluationen können umgekehrt helfen zu ermitteln, ob Controlling- und Monitoring-Daten die wichtigsten Wirkungsaspekte erfassen und ob sie wirklich das messen, was sie zu messen vorgeben. *1161*

1162 Jede Statistik beruht auf gewissen definitorischen Abgrenzungen. So sind in die Arbeitslosenzahlen bzw. -quoten nur die bei der Arbeitslosenversicherung registrierten Personen (ohne sog. Langzeitarbeitslose) eingeschlossen. Personen, die sich in einem Programm zur vorübergehenden Beschäftigung befinden oder einen längeren Kurs absolvieren, zählen ebenfalls nicht zu den Arbeitslosen. Um ein umfassendes Bild über die Arbeitslosigkeit zu gewinnen, bedarf es neben den Registerdaten der Arbeitslosenversicherungen weiterer Angaben (z.B. die Zahl der Stellensuchenden und die auf Grund der Schweizerischen Arbeitskräfteerhebung [SAKE] ermittelten Daten).

Informationsbeschaffung

Allgemeines

1163 Informationen über die Rechtswirklichkeit, beispielsweise den Stand der Umsetzung in den Kantonen, die Wirkungen der Massnahmen in Gesellschaft, Wirtschaft und Umwelt und Angaben über die Wirtschaftlichkeit können für ein Gesetzgebungsprojekt von grosser strategischer Bedeutung sein. Es lohnt sich deshalb, sich möglichst frühzeitig Gedanken über die Informationsbeschaffung zu machen. Falls nämlich während des Gesetzgebungsprozesses namhafte Informationslücken entdeckt werden, kann die Informationsbeschaffung zu Verzögerungen von Monaten, wenn nicht Jahren führen. Ebenfalls vorzusehen sind gegebenenfalls finanzielle Mittel für externe Aufträge (beispielsweise für Umfragen oder für eine umfassende Evaluation).

Rechtsvergleichende Studien

1164 Rechtsvergleichende Studien geben Angaben über die in andern Ländern gewählten legislatorischen Lösungen. Das Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung (s. www.isdc.ch) ist auf solche Studien spezialisiert. Das Erstellen einer Übersicht über die Gesetzgebung in den wichtigsten europäischen Staaten dauert zwei bis drei Monate; solche Aufträge für Bundesstellen werden nach den Grundsätzen der Leistungsverrechnung zwischen Verwaltungseinheiten des Bundes belastet (Art. 6 Abs. 1 der Verordnung über die Gebühren des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, SR 425.15). Bei der Bearbeitung des Auftrags kann es sich als Vorteil erweisen, wenn die sachbearbeitende Person vor der Durchführung des Auftrags mit der beim Institut für Rechtsvergleichung zuständigen Person ein eingehendes Gespräch führt, damit die Informationsbedürfnisse ermittelt werden können. Neben dem Zeitbedarf für das Institut für Rechtsvergleichung ist bei der Planung zudem der Aufwand für die Auswertung der erstellten Unterlagen zu berücksichtigen.

Aufbau von Controlling- oder Monitoring Systemen

Der Aufbau solcher Systeme kann auf Bundesebene ein oder mehrere Jahre in Anspruch nehmen. Die Informationsbeschaffung muss in der Regel zusammen mit den Kantonen oder weiteren mit der Umsetzung beauftragten Organen vorbereitet werden, und es sind eingehende Gespräche darüber nötig, wie die Informationsziele des Bundes erfüllt werden können, ohne den Daten liefernden Stellen übermässigen Aufwand zu verursachen. Häufig liefern solche Systeme erst dann nützliche Daten und Informationen, wenn längere Zeitreihen vorliegen. *1165*

Finanzieller und zeitlicher Aufwand

Der finanzielle und zeitliche Bedarf von Evaluationen hängt stark ab von den Zielen und vom geplanten Umfang. In Anhang 4 Ziffer 2 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.01) sind die Schwellenwerte und Verfahren ausserhalb des Staatsvertragsbereichs aufgeführt. Für Dienstleistungen wie Evaluationsaufträge ab 230 000 Franken ist das offene oder das selektive Verfahren anzuwenden. Ab einem Betrag von 150 000 Franken findet ein Einladungsverfahren statt; unter 150 000 Franken kann das Verfahren freihändig durchgeführt werden. *1166*

Nachfolgende Zahlen ermöglichen eine Kostenschätzung nach Evaluationsart:

- Evaluationen der Umsetzung: Erhebungen über die Umsetzung in den Kantonen oder Umfragen bei den Kunden der entsprechenden staatlichen Dienstleistungen lassen sich in der Regel in einem Zeitraum von sechs Monaten und mit einem Budget von etwa 60'000 Franken durchführen. Solche Studien geben Aufschluss über den Stand der Umsetzung sowie die Ansichten der mit der Umsetzung beauftragten Stellen oder über die Meinungen der Kunden über die Qualität der Dienstleistungen. Kombinierte Studien (z.B. Interviews mit Vollzugsstellen und Befragungen der Kunden) oder ausgedehnte Studien können über den erwähnten zeitlichen und finanziellen Rahmen hinausgehen.
- Evaluationen der Wirkungen (Wirkungsanalysen): Solche Evaluationen können beispielsweise den Wirkungspfad der Massnahmen nachzeichnen (mit Dokumentenanalysen, persönlichen und schriftlichen Befragungen), Experten über ihre Ansichten und Kenntnisse befragen (persönliche, allenfalls mehrmalige Befragungen), Daten über die Zielgruppe und allenfalls eine (von der Massnahme nicht betroffene) Kontrollgruppe erheben und auswerten, Ländervergleiche vornehmen u.a.m. Solche Evaluationen kosten in der Regel mindestens 100'000 Franken und benötigen mindestens ein Jahr.
- Evaluationen der Wirtschaftlichkeit (Wirtschaftlichkeitsanalysen): Dauer und finanzieller Aufwand solcher Studien hängen stark vom Ziel ab. Betriebswirtschaftliche Studien über Optimierungspotenziale und Organisationsfragen lassen sich mit einem Aufwand von rund 30'000 Franken und innerhalb von 3–6 Monaten durchführen. Eingehende Vergleiche des Kostens und Nutzens von

Massnahmen sind erheblich aufwändiger (Kosten: mehr als 100'000 Franken, Zeitbedarf: mehr als ein Jahr).

1167 Nicht zu vergessen ist bei den Auftrag gebenden Stellen der Zeitbedarf für die Vorbereitung der Evaluation (Planung und Ausschreibung) und für die Umsetzung ihrer Resultate sowie der personelle Bedarf für deren Begleitung. Richtig vorbereitet und durchgeführt können die erwähnten Studien gute Grundlagen für die Problemanalyse, die Zielbestimmung und allenfalls die Lösungssuche sein.

Arbeitsschritte und Optionen

Ausgangslage

1168 Ein Erlass wurde in Kraft gesetzt. Die allenfalls erforderlichen spezialrechtlichen Grundlagen für die notwendigen Datenerhebungen sind geschaffen worden.

Ein Konzept zur Wirksamkeitsüberprüfung entwickeln

1169 Das zuständige Amt macht sich vor der Verabschiedung der Botschaft, spätestens aber zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Erlasses Überlegungen zur Überprüfung von dessen Wirksamkeit. Es zieht dazu möglichst auch die bei der Umsetzung beteiligten Akteure, insbesondere die Vollzugsinstanzen (i.d.R. die Kantone bzw. die Gemeinden) bei.

1170 Das Konzept über die Wirksamkeitsüberprüfung des Erlasses enthält Überlegungen über:

- das Wirkungsmodell des Erlasses (s. *Rz. 184*);
- die von der Wirksamkeitsüberprüfung betroffenen Kreise und deren allfälligen Einbezug in die Wirksamkeitsüberprüfung (z.B. in Form einer Begleitgruppe);
- die bei der Wirksamkeitsüberprüfung einzusetzenden Informationsinstrumente (v.a. Controlling bzw. Monitoring, interne oder externe Evaluationen) und
- die Nutzung der Wirksamkeitsüberprüfung (z.B. für Berichterstattung an den Bundesrat oder an die Bundesversammlung, für die Steuerung der Umsetzung, für die Überarbeitung des Erlasses).

Die laufende Datenerhebung und das Controlling der Umsetzung des Erlasses sicherstellen

1171 Das zuständige Amt erhebt (in Zusammenarbeit mit dem Bundesamt für Statistik, mit den Umsetzungsinstanzen und allenfalls mit weiteren Gruppen von Betroffenen) die Daten, welche dazu beitragen, über die Umsetzung und die Wirksamkeit des Erlasses Aufschlüsse zu geben. Damit kann ein Controlling sichergestellt werden. Das zuständige Amt, in Zusammenarbeit mit den Umsetzungsinstanzen, ergreift wenn nötig korrigierende Massnahmen, um eine zielkonforme Umsetzung sicherzustellen.

Bei Bedarf eine Evaluation des Erlasses in Auftrag geben bzw. durchführen

Bei Bedarf nimmt das zuständige Amt zudem eine eingehendere Beurteilung der Umsetzung und der Wirksamkeit des Erlasses vor. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn eine rechtliche Bestimmung (Evaluationsklausel) oder ein parlamentarischer Vorstoss dies verlangen sowie bei Erlassen: *1172*

- mit grosser Bedeutung für Wirtschaft und Gesellschaft;
- mit grosser Bedeutung für die Bundesfinanzen;
- mit innovativem Charakter sowie mit unsicheren Wirkungen;
- im Falle von Umsetzungsschwierigkeiten und von erheblichen Meinungsverschiedenheiten über die Zweckmässigkeit, Wirksamkeit und Wirtschaftlichkeit des Erlasses und erheblicher Signalwirkung für andere Erlasse.

Verfügt das Amt über ausreichenden Sachverstand, namentlich in Form spezialisierter Evaluationsdienste und vor allem bei formativen Evaluationen (Verbesserungsevaluationen), kann es die Evaluation oder zumindest Teilbereiche davon auch selbst durchführen. Häufig werden externe Stellen (private Büros, Universitätsinstitute) mit Evaluationen beauftragt. Bei einer summativen Evaluation (Bilanzevaluation) ist in der Regel eine externe Evaluation angezeigt. *1173*

Evaluationen ermöglichen eine eingehende Analyse der Umsetzung, der Wirksamkeit und der Wirtschaftlichkeit des Erlasses. Sie stützen sich, ergänzend zu den routinemässig erhobenen Daten und Analysen auf weitere Erhebungen (z.B. Umfragen bei den Betroffenen) und Analysen ab. *1174*

Evaluationen bedürfen einer sorgfältigen Planung (Zeit-, Finanz- und Personalbedarf nicht unterschätzen). Auch im Falle einer externen Evaluation ist eine sorgfältige Vorbereitung, Betreuung und Nachbereitung nötig. *1175*

Controlling- und Evaluationsresultate nutzen und umsetzen

Nach Vorliegen der Controlling- und Evaluationsresultate ist es an der zuständigen Dienststelle oder einer ihr vorgesetzten Behörde, die nötigen Schlüsse zu ziehen und die Ergebnisse umzusetzen bzw. entsprechende Aufträge zu erteilen. *1176*

Ergebnis

Der Erlass wird laufend (Controlling, Monitoring) bzw. periodisch vertieft (Evaluation) auf Effektivität, Wirksamkeit und Wirtschaftlichkeit überprüft. Aus den Überprüfungen werden die nötigen Schlüsse gezogen. *1177*

Literaturverzeichnis

Allgemeine Literatur zum öffentlichen Recht

Aubert, Jean-François, Traité de droit constitutionnel, Neuchâtel 1967/1982.

Aubert, Jean-François, Bundesstaatsrecht der Schweiz, Basel/Frankfurt a. M. 1991/1995 (Fassung von 1967 mit Nachtrag bis 1991/1992).

Aubert, Jean-François et al. (Hrsg.), Commentaire de la Constitution Fédérale de la Confédération Suisse du 29 mai 1874, Basel/Zürich/Bern 1996.

Aubert, Jean-François / Mahon, Pascal, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich/Genf 2003.

Auer, Andreas / Malinverni, Giorgio / Hottelier, Michel, Droit constitutionnel suisse, 3. Aufl., Bern 2013.

Beck, Joachim et al. (Hrsg.), Reform von Staat und Verwaltung in Europa: jenseits von New Public Management? Zürich 2011.

Biaggini, Giovanni, Theorie und Praxis des Verwaltungsrechts im Bundesstaat, Basel 1996.

Biaggini, Giovanni / Gächter Thomas / Kiener, Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 2. Aufl., Zürich/St.Gallen 2015.

Ehrenzeller, Bernhard et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014.

Grabenwarter, Christoph / Pabel, Katharina Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl., Basel 2013.

Grabenwarter, Christoph, Europäischer Grundrechteschutz, Baden-Baden 2014.

Grisel, André, Traité de droit administratif, Vol. I und II, Neuenburg 1984.

Haefliger, Arthur / Schürmann, Frank, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 2. Aufl., Bern 1999.

Häfelin, Ulrich / Müller, Georg / Uhlmann, Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St.Gallen 2016.

Häfelin, Ulrich / Haller, Walter / Keller, Helen / Thurnherr, Daniela, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016.

Haller, Walter / Kölz, Alfred / Gächter, Thomas, Allgemeines Staatsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013.

Hangartner, Yvo, Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, Bern 1974.

Kiener, Regina / Kälin, Walter, Grundrechte, 2. Aufl., Bern 2013.

Klöti, Ulrich et al., Handbuch der Schweizer Politik, Zürich 2006.

Knapp, Blaise, Le fédéralisme, ZSR 1984 II, S. 275 ff.

Knapp, Blaise, Précis de droit administratif, Basel 1988.

Kramer, Ernst A., Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. Bern/München/Wien/Mainz, 2010.

Mattle, Adrian, Mitwirkung des Parlaments an der politischen Planung, Zürich 2010.

Ladner et al. (Hrsg.), Handbuch der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz, Zürich 2013.

Moor, Pierre / Flückiger, Alexandre / Martenet, Vincent, Droit administratif Vol. I: Les fondements, 3. Aufl., Bern 2012.

Moor, Pierre / Poltier, Etienne, Droit administratif Vol. II: Les actes administratifs et leur contrôle, 3. Aufl., Bern 2011.

Müller, Georg, Mantelgesetze und Einheit der Materie, LeGes 2013/2 S. 507 ff.

Müller, Jörg Paul / Schefer, Markus, Grundrechte in der Schweiz: im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, Bern 2008.

Nowak, Manfred, U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary, 2. Aufl., Kehl/Strasbourg/Arlington 2005.

Nussbaum, Hans-Georg, Rahmenbedingungen der Verordnungsgebung: Rechtliche Grundlagen und Funktionen von Verordnungen. in: LeGes 2003, S. 9 ff.

Nussbaum, Hans-Georg, Die Ausarbeitung von Verordnungen am Beispiel des neuen Zollrechts. in: LeGes 2007, S. 295 ff.

Rhinow René A., Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung: die Rechtsgrundsätze der Verwaltungspraxis, erläutert an Entscheiden der Verwaltungsbehörden und Gerichte, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Basel/Frankfurt a.M., 1986, Bd. 2 Besonderer Teil, 5. Aufl., Basel/Stuttgart 1976.

Rhinow, René A. / Krähenmann, Beat, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel 1990.

Rhinow, René / Schefer Markus, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Basel 2009.

Saladin, Peter, Bund und Kantone, Autonomie und Zusammenarbeit im schweizerischen Bundesstaat, ZSR 1984 II, S. 431 ff.

Schweizer, Rainer J. / Borghi, Marco, Mehrsprachige Gesetzgebung in der Schweiz : juristisch-linguistische Untersuchungen von mehrsprachigen Rechtstexten des Bundes und der Kantone, Zürich/St Gallen 2011.

Tercier, Pierre / Roten, Christian, La recherche et la rédaction juridiques. 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011.

Thürer, Daniel / Aubert, Jean-François / Müller, Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001.

Tschannen, Pierre / Zimmerli, Ulrich / Müller, Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009.

Tschannen, Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl., Bern 2016.

Tschannen, Pierre, Verfassungsrechtliche Grundlagen, in: Uhlmann (Hrsg.): Die Rolle von Bund und Kantonen beim Erlass und bei der Umsetzung von Bundesrecht, Zürich 2013.

Uhlmann, Felix, Gesetzgebungstechnische und -methodische Überlegungen, in in: Uhlmann (Hrsg.), Die Rolle von Bund und Kantonen beim Erlass und bei der Umsetzung von Bundesrecht, Zürich 2013.

Uhlmann, Felix, Rechtsetzung durch Konkordate, LeGes 2011, S. 9 ff.

Uhlmann, Felix / Binder, Iris, Verwaltungsverordnungen in der Rechtssetzung: Gedanken über Pechmaterie, LeGes 2009, S. 151 ff.

Uhlmann, Felix / Hofstetter, David, Die Verordnung aus dem Blinkwinkel der Rechtsetzungslehre, ZBl 2012, S. 455 ff.

Villiger, Mark E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., Zürich 1999.

Waldmann Belser Epiney, Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015.

Wildhaber, Luzius, Bundesstaatliche Kompetenzausscheidung, in: Handbuch der schweizerischen Aussenpolitik, Bern/Stuttgart/Wien 1992, S. 121 ff.

Zimmerli, Ulrich, Bund-Kantone-Gemeinden, in: Zimmerli (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung, Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft, Bern 2000.

Zufferey, Jean-Baptiste, Pour un droit suisse de la surveillance, Revue de droit administratif et de droit fiscal, 2001, S. 59 ff.

Projektmanagement

Daenzer, Walter F. / Huber, F. (Hrsg.), System Engineering: Methodik und Praxis, 10. Aufl., Zürich 1999.

Deutsche Gesellschaft für Projektmanagement / Gessler, Michael, Kompetenzbasiertes Projektmanagement, 5. Aufl., Nürnberg 2012.

Heintel, Peter / Krainz, Ewald E., Projektmanagement: Eine Antwort auf die Hierarchiekrise, 4. Aufl., Wiesbaden 2000.

Kummer, Walter A., Projekt Management – Leitfaden zu Methode und Teamführung in der Praxis, Zürich 1993.

Sciarini, Pascal, Zum Zeitbedarf des Gesetzgebungsverfahrens: Le processus législatif, in: Ulrich Klöti / Peter Knoepfel / Hanspeter Kriesi / Wolf Linder / Yannis Papadopoulos (Hrsg.). Handbuch der Schweizer Politik. Zürich 2006: 491–525.

Gesetzgebungsmethodik

Bundeskanzlei, Richtlinien für Bundesratsgeschäfte («Roter Ordner»; s. Intranet der Bundeskanzlei).

Bundeskanzlei, Botschaftsleitfaden, Leitfaden zum Verfassen von Botschaften des Bundesrates, 3. Aufl., Bern 2012, Stand 2016.

WBF, Regulierungsfolgenabschätzung, Handbuch, Bern 2013.

Böhret, Carl, Gesetzesfolgenabschätzung (GFA): Heutiger Stand der Methodik und Erfahrungen mit der Integration in die Gesetzesvorbereitung in

Deutschland. in: Schäffer, Heinz (Hrsg.). Evaluierung/Gesetzesfolgenabschätzung in Österreich und im benachbarten Ausland. Wien 2005, S. 17 ff.

Böhret, Carl / Konzendorf, Götz, Handbuch Gesetzesfolgenabschätzung (GFA), Baden-Baden 2001.

Böhret, Carl / Konzendorf, Götz, Moderner Staat – Moderne Verwaltung. Leitfaden zur Gesetzesfolgenabschätzung, Bundesministerium des Innern, Berlin 2000.

Böhret, Carl / Hugger, Werner, Test und Prüfung von Gesetzentwürfen, Köln 1980.

Buser, Walter, Das Vorverfahren der Gesetzgebung, ZBl 1984, S. 145 ff.

Bussmann, Werner, Rechtliche Anforderungen an die Qualität der Gesetzesfolgenabschätzung, LeGes 1998, S. 127 ff.

Eichenberger, Kurt u.a. (Hrsg.), Grundfragen der Rechtssetzung, Basel 1978.

Errass, Christian, Kooperative Rechtsetzung, Zürich/St. Gallen 2010.

Flückiger, Alexandre et al., Vernehmlassungsverfahren, LeGes 2011, S. 161 ff.

Flückiger, Alexandre / Guy-Ecabert, Christine (Hrsg.), Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer – Le rôle des guides de légistique, Genf/Zürich/Basel 2008.

Flückiger, Alexandre, (Re)faire la loi : traité de légistique à l'ère du droit souple, Bern 2019

Graf/Theler/von Wyss (Hrsg.), Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG) vom 13. Dezember 2002, Basel 2014

Griffel, Alain (Hrsg.), Vom Wert einer guten Gesetzgebung, Bern 2014.

Hölfling Wolfram (Hrsg.) Grundsatzfragen der Rechtsetzung und Rechtsfindung : Referate und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Münster vom 5. bis 8. Oktober 2011, Berlin/De Gruyter, 2012.

Hotz, Reinhold, Methodische Rechtsetzung, Zürich 1983.

Keller Lucy, «Runde Tische» in der Gesetzgebung - Eine staatsrechtliche und rechtstheoretische Analyse informeller Verhandlung im schweizerischen Gesetzgebungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2008.

Kettiger, Daniel, Gesetzescontrolling: Ansätze zur nachhaltigen Pflege von Gesetzen, Bern/Stuttgart/Wien 2000.

Koller, Heinrich, Wunsch und Wirklichkeit im Umgang mit Volksinitiativen – Methodik der Umsetzung anhand von drei Beispielen, LeGes 2015, S. 545-569

Körber, Sandro, Experimentelle Rechtesetzung, LeGes 2015, S. 385-402

Kramer, Ernst A., Juristische Methodenlehre. 3. Aufl., Bern/München/Wien 2010.

Lienhard, Andreas, Zur Beurteilung der Auswirkungen von Gesetzen, in: Kettiger, Daniel (Hrsg.), Wirkungsorientierte Verwaltungsführung und Gesetzgebung, Bern/Stuttgart/Wien 2000, S. 159 ff.

Leupold, Michael / Kuster, Susanne, Verantwortungsvolle Rechtsetzung, Anwaltsrevue 2011, S. 306 ff.

Mattle, Adrian, Mitwirkung des Parlaments an der politischen Planung, Zürich 2010.

Morand, Charles-Albert (Hrsg.), Légistique formelle et matérielle, Aix-en-Provence 1999.

Müller, Georg, Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung, Basel/Stuttgart 1979.

Müller, Georg / Uhlmann, Felix, Elemente der Rechtssetzungslehre, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013.

Noll, Peter, Gesetzgebungslehre, Reinbek bei Hamburg 1973.

Nussbaum, Hans Georg, Das Bundesgesetz nach der Verabschiedung durch die Bundesversammlung, LeGes 2000, S. 39 ff.

Rhinow, René A., Rechtsetzung und Methodik. Rechtstheoretische Untersuchungen zum gegenseitigen Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung, Basel/Stuttgart 1979.

Richli, Paul, Interdisziplinäre Daumenregeln für eine faire Rechtsetzung, Basel/Genf/München 2000.

Rödig, Jürgen (Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, mit Beiträgen u.a. von Werner Hauck, Rainer J. Schweizer, René A. Rhinow, Georg Müller und Peter Noll, Berlin/Heidelberg/New York 1976.

Rotach, Laurenz / Schaerer, Corinne, Änderungen von Botschaften und Erlassentwürfen durch den Bundesrat (Abgrenzung zwischen Botschaft, Zusatzbotschaft und Einzelantrag des Bundesrats) in: LeGes 2009/1: 9 ff.

Sägesser, Thomas, Vernehmlassungsgesetz, Bern 2006.

Schneider, Hans, Gesetzgebung. Ein Lehrbuch, 3. Aufl., Heidelberg 2002.

Schuppert, Gunnar Folke, Governance und Rechtsetzung: Grundfragen einer modernen Regelungswissenschaft, Baden-Baden 2011.

Tripet, Florent Manuel, Ein Instrument der parlamentarischen Mitwirkung im Bereich der schweizerischen Aussenpolitik: die Information und Konsultation gemäss Art. 152 Parlamentsgesetz, Chavannes, 2012.

Waldmann, Bernhard, Die Umsetzung von Volksinitiativen aus rechtlicher Sicht, LeGes 2015, S. 521-537.

Wyss, Martin, Rechtsetzungslehre. Ein Abriss mit Arbeits- und Studientexten, Bern 2016.

Redaktion von Erlassen

Bundeskanzlei (Hrsg.), Amtliche Abkürzungen des Bundes.

Bundeskanzlei, Gesetzestechnische Richtlinien des Bundes (GTR), 2. Aufl., Bern 2013.

Bundeskanzlei, Geschlechtergerechte Sprache, Leitfaden zum geschlechtergerechten Formulieren im Deutschen, 2. Aufl., Bern 2009.

Bundeskanzlei, Rechtschreibung, 4. aktualisierte Auflage 2017.

Bundeskanzlei, Schreibweisungen, 2. Aufl., Bern 2013.

Bundeskanzlei, Sprachdienste, Übersetzen, eine gemeinsame Aufgabe.

Baumann, Robert, Die Angabe der Rechtsgrundlagen im Ingress der Bundeserlasse, LeGes 2014, S. 463 ff.

Cornu, Gérard, Linguistique juridique, 3. Aufl., Paris 2005.

Fleiner-Gerster, Thomas, Wie soll man Gesetze schreiben? Leitfaden für die Redaktion normativer Texte, Bern/Stuttgart 1985.

Locher, Clemens, Redaktionelle und gesetzestechnische Probleme der Verweisung auf EU-Recht im Landesrecht, LeGes 2010, S. 87 ff.

Morand, Charles-Albert (Hrsg.), Légistique formelle et matérielle, Aix-en-Provence 1999.

Richli, Paul, Interdisziplinäre Daumenregeln für eine faire Rechtsetzung, Basel/Genf/München 2000.

Schweizer, Rainer J. / Borghi, Marco, Mehrsprachige Gesetzgebung in der Schweiz: juristisch-linguistische Untersuchungen von mehrsprachigen Rechtstexten des Bundes und der Kantone, Zürich/St Gallen 2011.

Tercier, Pierre / Roten, Christian, La recherche et la rédaction juridiques. 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011.

Verhältnis Schweizer Recht - Internationales Recht

Bundesamt für Justiz, Verfassungsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit Staatsverträgen, Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 6. Januar 2004, VPB 68 (2004) IV Nr. 83, S. 1077 ff.

Bundesamt für Justiz, Die Praxis der Bundesbehörden zum Staatsvertragsreferendum nach Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 3 BV, VPB 69 (2005) IV Nr. 75, S. 896 ff.

Bundesrat, Bericht über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht vom 5. März 2010, BBl 2010 2263 ff.

Bundesrat, Zusatzbericht vom 30. März 2011 zu seinem Bericht vom 5. März 2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht 2010, BBl 2011 3613 ff.

Bundesrat, Klares Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht, Bericht des Bundesrates vom 12. Juni 2015 in Erfüllung des Postulates 13.3805.

EDA / Bundesamt für Justiz, Abschluss von Staatsverträgen, Abgrenzungen zwischen dem ordentlichen und vereinfachten Verfahren, Mitteilung der Direktion für Völkerrecht (EDA) und des Bundesamtes für Justiz (EJPD), nach zustimmender Kenntnisnahme durch den Bundesrat, vom 14. Dezember 1987 VPB 51 (1987) IV Nr. 58, S. 393 ff.

EDA / Bundesamt für Justiz, Das Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht im Rahmen der schweizerischen Rechtsordnung, gemeinsame Stellungnahme des Bundesamtes für Justiz und der Direktion für Völkerrecht, VPB 53 (1989) IV Nr. 54, S. 394 ff.

EDA, Praxisleitfaden Völkerrechtliche Verträge, Ausgabe 2015 herausgegeben von der Direktion für Völkerrecht des Eidg. Departementes für Auswärtige Angelegenheiten, Bern 2015.

Integrationsbüro / Direktion für Völkerrecht / Bundesamt für Justiz, Aide-mémoire: Kompetenzen und Vorgehen für Beschlüsse der Gemischten Ausschüsse der sektoriellen Abkommen Schweiz-EG.

Baumann, Robert, Die Tragweite der Schubert-Praxis, AJP 2010/8, S. 1009 ff.

Baumann, Robert, Die Umsetzung völkerrechtswidriger Volksinitiativen, ZBl 2010, S. 241 ff.

Biaggini, Giovanni, Das Verhältnis der Schweiz zur internationalen Gemeinschaft, AJP 1999, S. 722 ff.

Cottier, Thomas u.a., Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht, Bern 2001.

Fraoua, Ridha, Procédures d'approbation et de mise en œuvre des Accords bilatéraux II: aspects constitutionnels, in: Christine Kaddous/Monique Jametti Greiner (Hrsg.), Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres accords récents, Genf/Basel/München/Brüssel/Paris 2006, S. 119 ff.

Locher, Clemens, Redaktionelle und gesetzestechnische Probleme der Verweisung auf EU-Recht im Landesrecht, LeGes 2010/1, S. 87 ff.

Mader, Luzius / Kropf, Catherine, Verweisungen auf das Recht der Europäischen Union in der Bundesgesetzgebung: vom Fotografieren und Filmen, in: Die Schweiz und die europäische Integration: 20 Jahre Institut für Europarecht, Zürich 2015, S. 69-106.

Müller, Jörg Paul / Wildhaber, Luzius, Praxis des Völkerrechts, 3. Aufl., Bern 2000.

Sägesser, Thomas (Hrsg.), Die Bundesbehörden: Bundesversammlung-Bundesrat-Bundesgericht: Kommentar, Beiträge und Materialien zum 5. Titel der schweizerischen Bundesverfassung, Bern 2000.

Saxer, Urs, Die Umsetzung völkerrechtlicher Verträge im Verfahren gemäss Art. 141*a* BV: auch ein Problem der Volksrechte, in: AJP/PJA, 2005, S. 821 ff.

Verfahrens- und Organisationsbestimmungen

Graf, Martin / Theler, Cornelia / von Wyss, Moritz, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Kommentar zum Parlamentsgesetz vom 13. Dezember 2002, Basel 2014.

Gygi, Fritz, Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1983, S. 172.

Häner, Isabelle, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zürich 2000, S. 450 ff.

Kägi-Diener, Regula, Entscheidfindung in komplexen Verwaltungsverhältnissen, Basel/Frankfurt a.M. 1994.

Kettiger, Daniel / Sägesser, Thomas (Hrsg.), Kommentar zum Publikationsgesetz des Bundes, Bern 2011.

Kiener, Regina / Rütsche, Bernhard / Kuhn, Matthias, Öffentliches Verfahrensrecht, Zürich/St.Gallen 2012.

Kölz, Alfred / Häner, Isabelle / Bertschi, Martin, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl, Zürich/Basel/Genf 2013.

Leber Marino, Grundsätze für die Rechtsprechung im Bereich Bundesrechtspflege, LeGes 2012, S. 297 ff.

Marti, Arnold, Zum Inkrafttreten des Bundeskoordinationsgesetzes und weiteren Neuerungen im Bereich des Umwelt-, Bau- und Planungsrechts, Umweltrecht in der Praxis, 2000, S. 291 ff.

Maurer, Alfred, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, Band I, 2. Aufl., Bern 1983/94, S. 112 ff. und 363 ff.

Roth, Michel, Veröffentlichung von Rechtsnormen in der Schweiz, Zürich/St. Gallen 2011.

Sägesser, Thomas, Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz RVOG, Bern 2007.

Tschopp-Christen Marianne, Rechtsschutz gegenüber Realakten des Bundes (Artikel 25*a* VwVG), Zürich 2009.

Wipf, Thomas, Das Koordinationsgesetz des Bundes: die Koordination, Vereinfachung und Beschleunigung von Entscheidverfahren im Bund, Zürich 2001.

Staatliche Handlungsinstrumente

Braunschweig, Thomas, Gebührenerhebung durch die Bundesverwaltung – Übersicht über die Neuordnung, in: Leges 2005/2, S. 9 ff.

Flückiger, Alexandre, Les instruments de soft-law en droit public, in: Ladner et. al (Hrsg.), Manuel d'administration publique suisse, Lausanne 2013, S. 299 ff.

Locher, Alexander, Verwaltungsrechtliche Sanktionen, Zürich/Basel/Genf 2013.

Marti, Arnold, Selbstregulierung anstelle staatlicher Gesetzgebung? ZBl 2000, S. 561 ff.

Nguyen, Minh Son, Le contrat de collaboration en droit administratif, Bern 1998.

Pfenninger, Hanspeter, Rechtliche Aspekte des informellen Verwaltungshandelns, Freiburg 1996.

Ronga, Barbara / Sangra, Emmanuel, Les taxes d'incitation environnementales: Pourquoi et comment les évaluer?, LeGes 2010, S. 199 ff.

Wiget, Stefanie, Die Programmvereinbarung, Ein Zusammenarbeitsinstrument zwischen Bund und Kantonen, Bern 2012.

Zeitlicher Geltungsbereich

Nussbaum, Hans Georg, Das Bundesgesetz nach der Verabschiedung durch die Bundesversammlung, LeGes 2000/2, S. 39 ff.

Mader, Luzius / Wyss, Martin, Ph. / Häni, Ingrid / Geiser, Jean-Christophe / Moser, André W. / Schuhmacher, Christian / Pulver, Bernhard, Die Gesetzgebung und die Zeit, LeGes 2005/3, S. 9 ff.

Kompetenzverteilung Bund-Kantone, Umsetzung

Eidg. Finanzdepartement / Konferenz der Kantonsregierungen, Der neue Finanzausgleich zwischen Bund und Kantonen, Bern/Solothurn 1999.

Gemeinsame Arbeitsgruppe Bund-Kantone, Bericht vom 13. Februar 2012 betreffend die Umsetzung von Bundesrecht durch die Kantone, abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/foederalismus.html

Hänni, Peter (Hrsg.), Schweizerischer Föderalismus und europäische Integration, Zürich 2000, S. 305.

Institut für Föderalismus, Aufgaben- und Kompetenzverteilung im schweizerischen Bundesstaat, 2015, abrufbar unter http://www.unifr.ch/ius/assets/files/Institus/IST_Federalisme/files/Forschung/Gutachten_final.pdf

Tschannen, Pierre, Verfassungsrechtliche Grundlagen, in: Uhlmann (Hrsg.): Die Rolle von Bund und Kantonen beim Erlass und bei der Umsetzung von Bundesrecht, Zürich 2013.

Versuchsregelungen

Mader, Luzius, Experimentelle Gesetzgebung, in: Grimm, Dieter und Maihofer, Werner (Hrsg.), Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik, Opladen 1988, S. 211 ff.

Mader, Luzius, Les lois expérimentales en Suisse, in: Evaluation législative et lois expérimentales, Aix-en-Provence 1993.

Mastronardi, Philippe, Experimentelle Rechtsetzung im Bund, ZSR 1991, S. 449 ff.

Amtshilfe

Bellanger, François / Tanquerel, Thierry (Hrsg.), L'entraide administrative, Genf/Zürich/Basel 2005.

Tanquerel, Thierry, Manuel de droit administratif, Genf/Zürich/Basel 2011, n. 642 ss.

Evaluationen

Schweizerische Evaluationsgesellschaft (s. www.seval.ch/de/index.cfm): Informationen und Dienstleistungsangebote (Bulletins, Möglichkeit zur Publikation von Evaluationsausschreibungen, Verzeichnis von Evaluatorinnen und Evaluatoren, Evaluationsstandards, Links).

Balzer, Lars / Wolfgang Beywl, Evaluiert. Planungsbuch für Evaluationen im Bildungsbereich, Bern 2015.

Bussmann, Werner, Evaluationen staatlicher Massnahmen erfolgreich begleiten und nutzen. Ein Leitfaden, Chur/Zürich 1995.

Bussmann, Werner, Die Methodik der prospektiven Evaluation, LeGes 1997, S. 109 ff.

Bussmann, Werner / Klöti, Ulrich / Knoepfel, Peter, Einführung in die Politikevaluation, Basel und Frankfurt a.M. 1997.

Bussmann, Werner / Klöti, Ulrich / Knoepfel, Peter, Politiques publiques: Evaluation, Paris 1998

Horber-Papazian, Katia, Regards croisés sur l'évaluation en Suisse, Lausanne 2015

Interdepartementale Kontaktgruppe «Wirkungsprüfungen»: Wirksamkeit von Bundesmassnahmen: Vorschläge zur Umsetzung von Artikel 170 der Bundesverfassung bei Bundesrat und Bundesverwaltung: Bericht an die Generalsekretärenkonferenz der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Bern 2004.

Kettiger, Daniel. Gesetzesevaluation in der Schweiz: Stand – Einbettung in das politisch administrative System – Ausblick. in: Schäffer, Heinz, Evaluierung der Gesetze / Gesetzesfolgenabschätzung in Österreich und im benachbarten Ausland. Wien 2005, S. 47 ff.

Mader, Luzius, L'évaluation législative: Pour une analyse empirique des effets de la législation, Lausanne 1985.

Rieder Stefan, Kosten von Evaluationen, LeGes 2011, S. 73 ff.

Rossi, Peter H. / Lipsey, Mark W. / Freeman, Howard E., Evaluation: A Systematic Approach, 7. Aufl., Thousand Oaks 2004.

US General Accounting Office. Prospective Evaluation Methods – the Prospective Evaluation Synthesis, GAO/PEMD-10.1.10 Washington D.C. 1990.

Widmer, Thomas / De Rocchi, Thomas, Evaluation. Grundlagen, Ansätze und Anwendungen, Zürich/Chur 2012.

Stichwortverzeichnis

(Verweise auf die Randziffern)

alphabetische Ordnung

A

Abgaben *837 ff.*
- *Ersatzabgaben* *855 ff.*
- *Kausalabgaben* *858, 855*
- *Lenkungsabgabe* *850*
- *Schema* *837*
- *Zweckbindung von Abgaben* *839*

Abstimmungserläuterungen *284, 426 ff.*

Allgemeinverfügung *544 ff.*

Allgemeinverbindlicherklärung von Kollektivverträgen *943*

Ämterkonsultation
- *Begriff* *11 ff.*
- *zu Gesetzesentwürfen* *249*

Amtliche Sammlung des Bundesrechts (AS) *32*

Amtsgeheimnis *1033*

Amtshilfe *1125 ff.*

Anhänge zu den Erlassen *616 ff.*

Antrag an den Bundesrat *13*

Äquivalenzprinzip *861*

Arbeitsgruppe *84, 97, 101 f.*

Aufhebung von Erlassen *1016 ff.*

Auftragsanalyse von Rechtsetzungsprojekten *67*

Ausführungsbestimmungen *294*

Ausserkrafttreten (Aufhebung)
- *formelle Aufhebung* *1017*
- *materielle Aufhebung* *1023*
- *Sistierung* *1026*
- *Suspendierung* *1024*

Aussprachepapier *69, 278, 442 ff.*

Auszeichnungen *939*

B

Behördenkommissionen *991 ff.*

Beispielhaftes Verhalten des Gemeinwesens *938*

Beratung, parlamentarische *56, 258 ff.*

Bewilligung *829*

Benutzungsgebühr *860*

Berichterstattung, periodische *491, 1112*

Beschlüsse der Bundesversammlung *561*

Beschwerde
- *Anfechtungsobjekt* *772 ff.*
- *Aufschiebende Wirkung* *782 ff.*
- *Behördenbeschwerde des Bundes* *1115 ff.*
- *an eine Verwaltungsbehörde* *753*
- *an das Bundesvewaltungsgericht* *768*
- *an das Bundesgericht, Ausschluss* *763*
- *Behandlungsfristen* *787 ff.*
- *Beschwerdegründe* *775*
- *Beschwerderecht* *769 ff.*
- *Parteistellung* *769 ff.*
- *Rechtsmittelfristen* *779*
- *Rechtsmittelinstanzen* *750 ff.*
- *Verfahrenskoordination* *790 ff.*

Bestimmungen
- *allgemeine, gemeinsame, spezielle Bestimmungen* *604*
- *finanzielle Bestimmungen* *837 ff.*
- *Schlussbestimmungen* *602*
- *Strafbestimmungen* *877 ff.*
- *Übergangsbestimmungen* *167, 248, 1001, 1036, 1040*
- *Verfahrensbestimmungen* *745 ff.*
- *Vollzugsbestimmungen* *1081 ff.*

Bewilligung *570, 829 ff.*

Blankettstrafnorm *884*

Blankettvollmacht *733*

Botschaft des Bundesrates *241 ff.*

Branchenvereinbarungen *942*

Bundesamt für Justiz *273, 341, 697,*

Bundesaufsicht *1055, 1105 ff.*
- *Aufhebung einer kantonalen Verfügung* *1118*
- *Aufsichtsmittel* *1109*
- *Behördenbeschwerde des Bundes* *1115 ff.*
- *Berichterstattung, periodische* *1112*
- *Genehmigung kantonaler Erlasse* *1114*

Inspektion 1113
Oberaufsicht 1104
Verfassungsgrundlage 1056 f.
Weisungen 1110 f.
Bundesbeschluss 561 f.
Bundesblatt (BBl) 32
Bundesgesetz
Begriff 554 ff.
dringliches Bundesgesetz 556
Bundeskanzlei 34, 38 ff.
Bundeskompetenzen
ausschliessliche 644
fragmentarische 645
Förderungskompetenzen 645
Grundsatzkompetenzen 645
konkurrierende 644
parallele 644
umfassende 645
Bundesrecht
Amtliche Sammlung 32
Systematische Sammlung 32
Bundesverfassung
Ausführende Gesetzgebung 431
Erlassformen 552 ff.
Referendum und Inkrafttreten 428 ff.
Revision 422 ff.
Volksinitiativen 433 ff.
Busse 883, 887

D

Datenschutz 799 ff.
Anforderungen an die Rechtsgrundlagen 809 ff.
Datenbekanntgabe 816 ff.
Grundlagen 799 ff.
Meldepflicht 821
Personendaten 809 ff.
Regelungsort 1084
Delegation
Anforderung an Delegationsnormen 707
der Inkraftsetzung 305 f.
der Vertragsschlusskompetenz 487
Kontrolle 715 ff.
Subdelegation 480, 711 ff.
Übertragung öffentlicher Aufgaben 954
Unterschriftendelegation 1091
von Entscheidbefugnissen 1090
von Rechtsetzungsbefugnissen 703 ff.
von Strafkompetenzen 887 f.
Differenzen
zwischen Ämtern 24
zwischen Departementen 28
Differenzbereinigung im Parlament 266 ff.
Direktion für Völkerrecht 491, 697

E

Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter 979
Einheit der Materie 437 ff., 586
Einigungskonferenz 267
Einsetzungsverfügung für ausserparlamentarische Kommissionen 989
Einsprache 752 ff.
Empfehlungen und Warnungen 933
Entscheidkompetenzen 640, 1086 ff.
Entwurf eines Erlasses 170 ff., 378
Erlass
Befristung 1043 ff.
Erlassformen 538, 552 ff.
Erlassform und Referendum 569
Gliederung 590 ff.
Gliederungskriterien 601 ff.
Gültigkeitsdauer 993 ff.
Inhalt 570 ff.
Redaktion 171 ff.
Systematik 597 ff.
Verfassungsmässigkeit von Erlassen 665 ff.
Erläuternder Bericht 54, 170 ff., 193 ff., 378
Europarecht 674, 696 f.
Evaluation staatlicher Massnahmen 1135 ff.
Berichtspflicht 1147
Evaluationsklausel 1149
Informationsinstrumente 1151
Pflichten zur Beobachtung 1140 ff.
prospektive Evaluation (Wirksamkeitsabschätzung) 154, 184 ff.

retrospektive Evaluation *420 f.,* 1157 ff.
Versuchsregelung *1150*
Expertenkommission *102*

F
Fahne *348*
Finanzautonomie der Kantone *637*
Finanzhilfen *865 ff.*
Finanzielle Bestimmungen *837 ff.*
Fiskalische Äquivalenz *639 ff.*
Föderalismus *625, 1060 ff.*
Führungsdossier *87*, *271*

G
Gebühren
im Allgemeinen *837, 858 ff.*
Kanzleigebühren *859*, *861*
Verwaltungsgebühren *859*
Geldstrafe *887*
Geltungsbereich, zeitlicher *993 ff.*
Gemeinschaft, supranationale *523*
Genehmigung kantonaler Erlasse *1114*
Gesamtplanung *923 ff.*
Gesetzgebungsverfahren
Ämterkonsultation und Mitberichtsverfahren *249*
Botschaft und Gesetzesentwurf *241 ff.*
Inkraftsetzung *301 ff.*
Planung *58 ff.*
Publikation *309 ff.*
Sonderverfahren *256*
Übersicht (Schema) *52*
Zusatzbotschaft *255*

Grundlage, gesetzliche *667, 698 ff., 809, 837*, *873, 887 ff., 915*
Grundrechte *651 ff.*
Arten *653 ff.*
Begriff *651*
rechtliche Grundlagen *658 ff.*

H
Haftung des Bundes *918*
Haftpflichtbestimmungen *916 ff.*
Handlungsinstrumente, staatliche *827 ff.*

I
Information *42 ff., 246, 285*
Informationskampagne *932*
Informationsbeschaffung
bei der Vorbereitung von Erlassen *93 ff.*
bei Evaluationen *1158*
Initiativen
parlamentarische Initiativen *317 ff.*
Volksinitiativen *422 ff., 433 ff.*
Inkrafttreten *301 ff., 993 ff.*
Beschluss *305*
gesamthaftes oder gestaffeltes Inkrafttreten *1012*
nach der Publikation *1009*
rückwirkendes Inkrafttreten *1010*
sofortiges Inkrafttreten *1001*
völkerrechtliche Verträge *529*
Zeitpunkt des Inkrafttretens *305 ff.*
zuständiges Organ *995 ff.*
Internationale Organisation *508 ff.*
Internationaler Vertrag *452 ff.*
definitive Unterzeichnung *527*
einfache Unterzeichnung *471 f.*
fakultatives Referendum *501 ff.*
Genehmigung, innerstaatliche *473 ff.*
obligatorisches Referendum *520 ff.*
Paraphierung *470 ff.*
Ratifizierung *526*
Staatsvertragsreferendum *498 ff.*
von beschränkter Tragweite *482 ff.*
vorläufige Anwendung *493 ff.*
Interkantonaler Vertrag (Vertrag zwischen Kantonen) *562, 636*
Internationales Recht *450 ff.*
Abschluss völkerrechtlicher Verträge *452 ff.*
Auslegung *687, 454*
Begriff *673*
Dualismus *680 f.*
Inkrafttreten *529*
Monismus *679 ff.*
Publikation *530*
Rechtsquellen *675 ff.*

Soft Law 678
sekundäres Völkerrecht 456
Umsetzung 531 ff.
unmittelbar anwendbare Völkerrechtsnormen 513
Verhältnis zum Landesrecht 679 ff.
Vorrang des internationalen Rechts 679 ff., 689 ff.
Intertemporales Recht 1027 ff.
Rückwirkung 1030
sofortiges Inkrafttreten 1001
Suspendierung eines Erlasses 1024 ff.
Übergangsrecht 580, 602, 1035 ff.
Vorwirkung 1033

K
Kollisionsregeln für Normkonflikte 573, 579
im intertemporalen Recht 1037 f.
Kommunikation 42 ff.
Kommission
ausserparlamentarische 102, 989 ff.
Behördenkommission 991 ff.
paritätische 102
parlamentarische 258
Verwaltungskommission 992
Kompetenzen (Zuständigkeiten) 625 ff.
ausschliessliche Bundeskompetenzen 644
Grundsatzkompetenz 645
Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen 623 ff.
Konkurrierende Bundeskompetenzen 644
parallele Kompetenzen 644
punktuelle (fragmentarische) Kompetenz 645
Rahmengesetzgebung 645
Rechtsetzungskompetenz 137, 645, 704 ff.
Vollzugskompetenz 710
Kontrolle über die delegierte Rechtsetzung 715 ff.
Konzession 763, 793, 915, 969
Koordination von Verfahren 790 ff.
Koordinationskonferenz 275
Koredaktion 23, 248
Kostendeckungsprinzip 861

L
Legalitätsprinzip 698 ff.
Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen 703 ff.
Regelungsebene 551 ff.

M
Mediation 977 ff.
Meldepflicht 829 ff.
Mitberichtsverfahren 11 ff.
Motion 60, 335, 352, 492, 719

N
Nebenstrafrecht 877
Nebentätigkeiten, gewerbliche 975 f.
Neugestaltung des Finanzausgleichs (NFA) 633, 951
Normenhierarchie, innerstaatliche 541, 553, 555, 709
Normenkontrolle 720
Vereinbarkeit mit dem internationalen und dem europäischen Recht 696 f.
vorgängige Prüfung der Gesetzesentwürfe auf Verfassungsmässigkeit 665 ff.
Normkonflikte 573, 687 ff.
Normkonzept 93, 161 ff., 376 ff.

O
Oberaufsicht 1104 f., 1141
Öffentlichkeitsprinzip 49
Ordnungsbussen 883 ff.
Organisation für kollektive Sicherheit 458, 521 f., 562, 569
Organisationsautonomie der Kantone 637, 968, 1072 f.

P
Parallelismus der Rechtsetzungsformen 1020
Parlamentarisches Verfahren 258 ff.
Parlamentsdienste 273, 320
Planung (als staatliches Handlungsinstrument) 922 ff.

Polizeigeneralklausel 702
Primärnorm 366, 368, 551
Projektleitung 44 f., 90 f.
Projektorganisation 76, 360
Programmvereinbarung 951 ff., 1095, 1122
Prüfungskommissionen 991
Publikation
der Botschaften 254
der Erlasse 32 ff., 301, 309 f.
im Vernehmlassungsverfahren 203, 229 ff., 231
privater Normenwerke 729
von Anhängen 621 f.

R
Raumplan 928 ff.
Rechtsetzungsdelegation s. Delegation
Rechtshilfe 1127
Rechtsmittelinstanzen 750 ff.
Rechtsetzungsverfahren
Übersicht 6 ff.
Akteure 6 ff.
Entscheidungsabläufe 11 ff.
Publikation 32 ff.
Information 42 ff.
Rechtsetzung
auf Gesetzesstufe 555 ff.
auf Verfassungsstufe 552 f.
auf Verordnungsstufe 563 ff., 709 ff.
Rechtssatz (Norm)
Begriff 542 ff.
primärer Rechtssatz (Primärnorm) 366, 368, 551
Rechtssatz und Verfügung 543 ff.
sekundärer Rechtssatz (Sekundärnorm) 368, 703
Suspendierung 1016, 1024 ff.
Rechtsmittel 750 ff.
Rechtssicherheit 572, 634, 779, 956, 1025, 1054, 1071
Rechtsvergleichung 1164
Rechtsweg 1089, 1103
Redaktionskommission
parlamentarische 268, 280
verwaltungsinterne 23, 248
Referendum 282, 569
bei internationalen Verträgen 474, 498 ff., 519 ff.
fakultatives Referendum 555 f.
Frist 308, 1000, 1009
obligatorisches Referendum 428
und Erlassformen 569
Regelungsdichte 381, 581 ff.
Regelungsebene 551 ff.
Regulierungsfolgen 158, 178 ff., 244
Richtlinien 547 ff., 729, 924
Rückwirkung 1010 f., 1028, 1030 ff.

S
Schlichtung 977 ff.
Schweigen, qualifiziertes 888
Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung 1164
Sekundärnorm 368, 703
Selbstregulierung 944 f.
Soft Law 678
Sozialversicherungsbeiträge 862 ff.
Spielraum, kantonaler 647 ff.
Sprachdienst 40, 85, 412
Staatsvertragsreferendum 498 ff.
Steuerarten 838
Steuern 837 ff.
Strafbestimmungen 877 ff.
Strafdrohung 898 ff.
Studienkommissionen 97, 102, 361
Subdelegation 370, 480, 711 ff.
Subsidiaritätsprinzip 64, 631 ff., 641
Subventionen 763, 865 ff.
Systematik eines Erlasses 597 ff.
Systematische Sammlung des Bundesrechts (SR) 32

T
Typologie der Kompetenzverteilung 642 ff.

U

Übergangsrecht *580, 602, 1036 ff.*
Übersetzung *84, 86, 88, 176, 336, 391*
Übertragung öffentlicher Aufgaben auf Dritte *954 ff.*
Übertretung *880 ff.*
Überzeugung, Instrumente der *931*
Umsetzung des Bundesrechts *1049 ff.*
Aufgaben des Bundes *1120 ff.*
Aufsicht *1104 ff.*
durch Bund und Kantone *1092 ff.*
durch den Bund *1077 ff.*
durch die Kantone *1060 ff.*
Fristen *1074*
Kostentragung *1076*
Regelungsstufe von Umsetzungsbestimmungen *1081 ff.*
Regelungsort von Umsetzungsbestimmungen *1083 f.*
Übertragung auf Dritte *954 ff.*
Umsetzungskompetenz *1058 ff.*
Vertrag als Umsetzungsmittel *1093 ff.*

V

Verantwortlichkeit der Unternehmen, *strafrechtliche* *882*
Verfahrensbestimmungen *745 ff.*
Verfahrenskoordination *790 ff.*
Verfassung s. Bundesverfassung
Verfügung *543, 772 ff., 790*
Verhaltensvorschriften *828*
Verhältnismässigkeit *667, 861, 887, 915, 1038, 1040, 1109*
Vernehmlassungsverfahren
zu Gesetzesentwürfen *84, 99, 198 ff.*
zu Verordnungsentwürfen *393 ff.*
Konsultation des Parlaments *396 f.*
im Rahmen parlamentarischer Initiativen *342 ff.*
Veröffentlichung s. Publikation
Verordnung *539, 715 f.*
Ausserkrafttreten *1020*
Befristung *1043*
der Bundesversammlung *560, 996 ff.*
des Bundesrates *368 f., 563 ff., 709 f., 998*
der Departemente, Gruppen oder Ämter *370 ff., 711 ff., 1020, 1090*
gesetzesvertretende Verordnung *567, 710, 888 f.*
parlamentarische Genehmigung *718*
Rechtsetzungsverfahren *350 ff.*
selbständige *564*
sofortiges Inkrafttreten *1003*
unselbstständige *565*
Verwaltungsverordnung *296, 547 ff.*
Vollziehungsverordnung (Ausführungsverordnung) *566 ff., 710*
Versuchsregelung *1046 ff., 1150*
Vertrag
als Umsetzungsmittel *1093 ff.*
verwaltungsrechtlicher *946 ff.*
völkerrechtlicher s. internationaler Vertrag *562*
zwischen Kantonen *562, 636*
Verwaltungsverfahren *746 f.*
Verwaltungsinterne Redaktionskommission *248*
Verwaltungsstrafrecht *879, 881 ff.*
Verweisungen *721 ff.*
auf private Normen *726 ff.*
Aussenverweisung *725*
Binnenverweisung *725*
Grundsätze *742 ff.*
direkte (unmittelbare) Verweisung *725*
dynamische (gleitende) Verweisung
echte (konstitutive) *725*
indirekte (mittelbare) Verweisung *725*
statische Verweisung *725*
unechte (deklaratorische) *725*
Verweisung auf die Regeln der Technik und der Wissenschaft *725*
Verweisung auf internationales Recht *734 ff.*
Völkerrecht s. Internationales Recht
Volksinitiative *433 ff.*
Vollzug s. Umsetzung
Vorverfahren der Rechsetzung *87*
Vorzugslasten *852 ff.*

W
Weisungen *540 ff., 1075, 1110 f.*
Widerruf einer Verfügung *915*
Wohlerworbene Rechte *1031 ff.*

Z
Zwangsmittel, administrative *910 ff.*

Guide de législation

Guide pour l'élaboration de la législation fédérale

2025

Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Département fédéral de justice et police DFJP
Office fédéral de la justice OFJ

Impressum

Editeurs
Office fédéral de la justice, CH-3003 Berne

Contact
Office fédéral de la justice,
Unité Projets et méthode législatifs, Bundesrain 20, 3003 Berne,
Tel. 058 462 41 37, E-Mail: info@bj.admin.ch

Version électronique
www.bj.admin.ch > Etat & Citoyen > Légistique > Instruments de légistique

5ème édition, entièrement révisée et complétée 2025

Préface

de la 5ème édition mise à jour (2025)

L'édition précédente du guide de législation datant de 2019, elle nécessitait une actualisation. Début 2024, outre une nouvelle version du chapitre 14 (Protection des données), une première série de modifications ont été apportées à certaines parties du guide, notamment aux chapitres 2 (Loi), 12 (Légalité, délégation des compétences législatives et renvois) et 17 (Champ d'application temporel). Jusqu'à cette cinquième édition, les parties modifiées de l'édition de 2019 apparaissaient sur fond orange.

En 2024, l'ensemble du guide a fait l'objet d'une mise à jour, à l'exception des chapitres 6 (Droit international) et 11 (Compatibilité avec le droit international). Cette cinquième édition 2025 du guide remplace donc entièrement l'édition 2019. Le développement de la pratique a été intégré dans de nombreuses parties. Nous avons veillé à introduire autant que possible des exemples récents.

La version électronique du guide présentant de nombreux avantages (liens vers les textes réglementaires, renvois, possibilités de recherches, etc.) et étant nettement plus utilisée que la version imprimée, cette 5ème édition n'est disponible qu'en version électronique. La question de l'opportunité de réaliser une version imprimée sera examinée ultérieurement, notamment en fonction des réactions des utilisateurs.

Je tiens à remercier toutes les personnes qui ont contribué à l'élaboration de cette nouvelle édition et espère que son utilisation s'avérera efficace en pratique. Des indications relatives à d'éventuelles erreurs ou des propositions d'amélioration sont toujours les bienvenues.

Susanne Kuster
Directrice suppléante
et Cheffe du Domaine de direction droit public
Office fédéral de la justice

Table des matières

Remarques introductives **15**

But du guide de législation 15
Structure du guide de législation 15

Abréviations utilisées **16**

1ère partie : Procédure législative, méthodologie et gestion de projet **21**

1 La procédure législative en quelques mots **21**

Acteurs principaux 21
Aspects primordiaux du travail législatif 21
Processus de décision au niveau de l'administration fédérale et du Conseil fédéral 21
Consultation des offices et procédure de co-rapport 21
Étapes 23
Publication des actes normatifs 26
Organes de publication 26
Préparation des textes destinés à la publication (procédure CPO) 27
Bases légales 28
Information et communication 28
Compétence 28
Politique d'information transparente 28
Information active du public 28
Information passive du public 29

2 Loi 30

Introduction 30
Tableau synoptique de la procédure législative 31
Impulsion et planification 32
Phase de conception, avant-projet et rapport explicatif 33
Procédure de consultation, message 34
Délibérations parlementaires, référendum 35
Mise en œuvre 36
Impulsion législative et planification 37
Impulsion et mandat 37
Planifier un projet législatif 40
Phase de conception 46
Préparation des travaux et collecte des informations nécessaires 46
Définir le problème 50
Fixer les objectifs 53
Définir le cadre normatif 55
Rechercher des solutions 57
Évaluer les solutions et procéder à leur sélection 59
Élaborer une esquisse d'acte normatif 62
Avant-projet et rapport explicatif 64
Rédiger l'avant-projet 64

Évaluer les effets probables de l'avant-projet 65
Rédiger le rapport explicatif qui accompagne l'avant-projet 68
Procédure de consultation 69
Généralités 69
Étapes et options 70
Message et projet de loi 77
Généralités 77
Étapes 78
Cas particuliers 80
Phase parlementaire 81
Généralités 81
Étapes 83
Phase postparlementaire 86
Référendum 86
Édicter les dispositions d'exécution, créer les structures nécessaires 87
Mettre en vigueur les actes législatifs et les publier 90
Clore le projet législatif 93
Mettre en œuvre l'acte législatif 93
Évaluer rétrospectivement l'acte législatif 93

3 Initiative parlementaire 94
Introduction 94
Définition 94
Fonction 94
Bases légales 94
Information du public 94
Participation de l'administration fédérale 94
Procédure 95
Traitement en deux phases 95
Examen préalable 95
Élaboration de l'avant-projet d'acte législatif et du rapport explicatif 97
Consultation 98
Projet et rapport définitifs de la commission 99
Avis du Conseil fédéral 100
Phases parlementaire et postparlementaire 100

4 Ordonnance 102
Introduction 102
Impulsion législative et planification 102
Impulsion et mandat 102
Planification 103
Phase de conception 104
Introduction 104
Se procurer les informations nécessaires 105
Étudier les bases légales 105
Déterminer l'autorité compétente 105
Projet d'ordonnance et rapport explicatif 107
Rédiger le projet d'ordonnance 107
Assurer une densité normative adéquate 107
Informer sur la date probable d'entrée en vigueur de l'ordonnance 107

Évaluation des effets *107*
Rédiger le rapport explicatif *108*
Faire contrôler la traduction *108*
Peut-on directement passer à la phase de décision ou doit-on encore faire une consultation ou consulter le Parlement ? *109*
Procédure de consultation et consultation du Parlement 109
Faut-il procéder à une consultation ? *109*
Faut-il consulter le Parlement *109*
Planifier la consultation du Parlement après la consultation externe *109*
Ouvrir la consultation des offices *110*
Décider d'ouvrir une procédure de consultation *110*
Informer le public *111*
Établir un rapport sur les résultats de la consultation *111*
Tirer les conséquences du résultat de la consultation *111*
Soumettre le rapport sur les résultats de la consultation *111*
Approbation 111
Consultation des offices *111*
Procédure de co-rapport *112*
Décision formelle *112*
Information active et passive *112*
Mise en œuvre *113*
Évaluation rétrospective *113*

5 Révision de la Constitution 114

Déclenchement et formes de la révision constitutionnelle 114
Déclenchement *114*
Révision totale ou révision partielle *114*
Particularités de la révision constitutionnelle 114
Aperçu *114*
Explications du Conseil fédéral *115*
Référendum et entrée en vigueur *115*
Lois et ordonnances de mise en œuvre *115*
Étapes 116
Projet des autorités *116*
Initiative populaire *116*

6 Droit international 122

Remarque préliminaire 122
Notion de traité international 122
Compétences 122
Droit international secondaire ou dérivé 123
Consultation 123
Traités devant faire l'objet d'une consultation *123*
Traités ne devant pas faire l'objet d'une consultation *124*
Moment de l'ouverture de la procédure de consultation *124*
Ouverture des négociations et composition de la délégation chargée des négociations 124
Compétences *124*
Composition de la délégation *125*

Fin des négociations 125
Paraphe *125*
Signature simple *125*
Approbation nationale 126
Traités approuvés par l'Assemblée fédérale *126*
Traités conclus par le Conseil fédéral sur la base d'une délégation *126*
Compétence du Conseil fédéral pour conclure des traités de portée mineure *127*
Délégation de la compétence en matière de conclusion des traités *128*
Approbation anticipée d'un traité *128*
Compte rendu annuel à l'Assemblée fédérale *129*
Application provisoire d'un traité *129*
Compétence de conclure des instruments non contraignants *129*
Référendum en matière de traités internationaux 130
Aperçu *130*
Référendum facultatif *130*
Traités d'une durée indéterminée et non dénonçables *130*
Traités prévoyant l'adhésion à une organisation internationale *131*
Traités qui contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales *132*
Référendum obligatoire *135*
Organisations de sécurité collective *135*
Communautés supranationales *135*
Référendum obligatoire extraordinaire *136*
Ratification ou signature définitive 136
Ratification *136*
Signature définitive *136*
Entrée en vigueur 136
Mise en œuvre 137
Compétences *137*
Mise en œuvre par les cantons *137*
Mise en œuvre par la Confédération *137*

2ème partie : Formes et structuration des actes législatifs 139

7 Formes des actes législatifs 139
Introduction 139
Règle de droit 140
Notion *140*
Distinction entre règle de droit et décision *140*
Distinction entre ordonnance législative et ordonnance administrative *141*
Les formes d'actes normatif 143
Aperçu *143*
Constitution fédérale *143*
Loi fédérale et ordonnance de l'Assemblée fédérale *143*
Arrêté fédéral *145*

Ordonnance du Conseil fédéral et des unités subordonnées, ordonnance des Tribunaux fédéraux *146*
Forme de l'acte et référendum 148

8 Structuration de l'acte législatif 149
Délimitation de la matière normative 149
Aperçu *149*
Principes *149*
Interaction étroite entre la formulation et la structuration de l'acte 154
Importance de la structure 154
Systématique 155
Critères de structuration 155
Aperçu *155*
Critères de technique législative *156*
Critères matériels *156*
Principes généraux de structuration *156*
Choix de la structure *158*
Clarté dans les subdivisions *159*
Annexes aux actes législatifs 160
Aperçu *160*
Modifications *162*
Publication *162*

3ème partie : Aspects juridiques 163

9 Partage des compétences entre la Confédération et les cantons 163
Introduction 163
L'ordre de compétences de l'État fédéral 163
Règlementation fédérale ou cantonale ? 164
Principe de la subsidiarité *164*
Principes de la RPT *165*
Critères de l'attribution d'une tâche *165*
Autonomie organisationnelle et financière des cantons *166*
Ampleur de l'intervention *167*
Équivalence fiscale *167*
Explications dans le message *168*
Types de partage des compétences entre la Confédération et les cantons 168
Aperçu *168*
Attribution de compétences à la Confédération *168*
Rapports entre les compétences fédérales et les compétences cantonales *168*
Portée des compétences législatives *169*
Obligation ou habilitation *170*
Marge de manœuvre des cantons 170
En général *170*
Marge de manœuvre dans les affaires étrangères *170*

10 Droits fondamentaux 172

Définition 172
Les droits fondamentaux en droit interne 172
Le catalogue des droits fondamentaux et les garanties de l'État de droit 172
Les buts sociaux 173
Les droits humains à l'international 173
Convention européenne des droits de l'homme 173
Autres conventions relatives aux droits de l'homme 174
Le rôle des droits fondamentaux dans le contrôle préventif des actes normatifs 175
Principe du contrôle préventif 175
Restrictions 175

11 Compatibilité avec le droit international 179
Aperçu 179
Généralités 179
Notion et champ d'application 179
Sources 179
« Droit mou » 180
Les rapports entre droit interne et droit international 180

12 Légalité, délégation des compétences législatives et renvois 184
Principe de la légalité 184
Principe 184
Exceptions 185
Délégation de compétences législatives 185
Principes 185
Exigences relatives à la norme de délégation 186
Adoption d'ordonnances 187
Contrôle de l'activité législative déléguée 189
Renvois 190
Aperçu 190
Renvoi à des normes privées 192
Renvoi au droit international, en particulier au droit de l'UE 194
Principes applicables à l'élaboration de la législation 197

13 Normes de procédure 199
Introduction 199
Faut-il intégrer des normes de procédure dans une loi spéciale ? 199
Proscription de nouveaux tribunaux fédéraux 200
Principe de la double instance de recours 200
Principe 200
Cas particuliers 200
Exclusion du recours au Tribunal fédéral 202
Instances précédant immédiatement le Tribunal fédéral 204
Recours au Tribunal administratif fédéral contre des décisions

cantonales 204
Qualité pour recourir, droit de recours 204
Définition de l'objet du recours (décisions ; décisions préjudicielles, incidentes, partielles, finales) 205
Motifs de recours 206
Délais de recours 206
Effet suspensif, mesures provisionnelles 207
Délais de traitement 208
Coordination de la procédure 208
Prescriptions de forme en droit public de la Confédération 209
En général 209
Élaboration des prescriptions de forme 210
Obligation d'utiliser un formulaire 211

14 Protection des données personnelles 213
Bases juridiques 213
Droit fondamental 213
Partage constitutionnel des compétences 213
Portée de la loi sur la protection des données (LPD) 215
Exigences relatives aux bases légales 216
Niveau et densité des normes 216
Traitement des données personnelles 217
Traitement de données sensibles, profilage ou autres atteintes graves aux droits fondamentaux de la personne concernée 217
Communication en tant que forme particulière du traitement 219
Examen préalable des risques et analyse d'impact relative à la protection des données personnelles (AIPD) dans le cadre de la procédure législative 223

4ème partie : Les divers types d'action possibles 225

15 Instruments d'action de l'État 225
Introduction 225
Obligations et interdictions 225
Régimes d'autorisation et d'annonce 225
Régime d'autorisation 225
Régime d'annonce 226
Dispositions financières 227
Les contributions de droit public 227
Subventions 235
Dispositions pénales 238
Introduction 238
Validité des dispositions générales du CP et du DPA 239
Nécessité de dispositions pénales particulières 240
Base légale 240
Formulation des dispositions pénales 241
Moyens de contrainte administratifs 245
Les moyens de contrainte de l'exécution 245
Les moyens de contrainte répressifs 246

Dispositions régissant la responsabilité 248
Principe *248*
Responsabilité de la Confédération *248*
Responsabilité civile dans le droit des obligations *248*
Responsabilité civile professionnelle *249*
Planification 249
Aperçu *249*
Plan-programme *249*
Plan territorial *250*
Autres instruments 251
Information et incitation *251*
Instruments partenariaux *254*
Activités commerciales annexes exercées par des unités administratives et des entreprises de droit public *261*
Médiation et conciliation *262*
Statistique 263

16 Commissions extraparlementaires 266
Aperçu 266
Commissions décisionnelles 266
Commissions consultatives 267

5ème partie : Entrée en vigueur, mise en œuvre et évaluation 269

17 Champ d'application temporel 269
Entrée en vigueur 269
Bases *269*
Organe responsable *270*
Date d'entrée en vigueur *271*
Abrogation et suspension 276
Abrogation *276*
Suspension *278*
Application du droit dans le temps 279
Principes *279*
Rétroactivité *279*
Effet ex ante *280*
Modification du droit en cours de procédure *281*
Règles spéciales de conflit *281*
Réglementation transitoire matérielle *283*
Durée de validité limitée des actes et réglementations expérimentales 284
Durée de validité limitée *284*
Projets pilotes impliquant des réglementations expérimentales *284*

18 Mise en œuvre de la législation 289
Introduction 289
Aperçu *289*
Base constitutionnelle *290*

Répartition des compétences en matière de mise en œuvre 291
Organes responsables de la mise en œuvre 291
Mise en œuvre par les cantons 291
Mise en œuvre par la Confédération 295
Mise en œuvre conjointe par la Confédération et les cantons 299
Contrats comme moyen de mise en œuvre 300
Surveillance 303
Haute surveillance 303
Surveillance fédérale 303
Moyens de surveillance 304
Tâches de la Confédération en matière de mise en œuvre 307

19 Assistance administrative 309
Objet 309
Délimitation 309
Remarques générales 309
Limites de l'assistance administrative 309
Réglementation de l'assistance administrative 309
Réglementation de l'assistance administrative internationale 310

20 Évaluation des mesures prises par l'État 312
Aperçu 312
Définition 312
Fonctions 312
Qui réalise les évaluations ? 312
Assistance 312
Bases légales et directives pertinentes 313
Obligations générales d'observer la mise en œuvre et les effets des mesures fédérales 313
Moyens juridiques spécifiques à l'observation et à l'évaluation de l'efficacité 314
Aperçu 314
Obligation d'établir des rapports 314
Clauses d'évaluation 315
Réglementations expérimentales 315
Instruments d'information 315
Aperçu 315
Observation sur le terrain politique 315
Monitoring (observation de la mise en œuvre des mesures), statistique 316
Controlling 316
Évaluations rétrospectives 317
Comparaison des instruments d'information 318
Acquisition des informations 319
Généralités 319
Études de droit comparé 319
Création de systèmes de controlling ou de monitoring 320
Durée et coûts financiers 320
Étapes et options 321
Situation de départ 321

Établir un concept d'évaluation de l'efficacité de l'acte législatif *321*
Assurer la collecte des données en continu et le controlling de la mise en œuvre de l'acte *322*
Au besoin, procéder à une évaluation de l'acte ou en charger un organisme externe *322*
Tirer parti des résultats du controlling et de l'évaluation et mettre en œuvre les mesures qu'ils appellent *323*
Résultat *323*

Bibliographie choisie **324**
Gestion de projet 326
Méthode législative 327
Rédaction des actes normatifs 330
Relation entre droit suisse et droit international 330
Dispositions sur la procédure et l'organisation 332
Instruments d'action de l'Etat 332
Champ d'application temporel 333
Partage des compétences entre Confédération et cantons, mise en œuvre 333
Règlementations pilote 334
Assistance administrative 334
Evaluations 334

Index **337**

Remarques introductives

But du guide de législation

Le guide de législation présente les différentes phases de la procédure législative du point de vue de l'administration fédérale. Il vise à fournir aux légistes, c'est-à-dire à toutes les personnes qui prennent part à l'élaboration des actes législatifs au sein de l'administration fédérale – qu'elles soient juristes ou non – des informations utiles sur chacune de ces étapes. Il aborde également les questions matérielles qui se posent régulièrement lors de l'élaboration de normes. 1

Le guide de législation se conçoit comme un outil méthodologique. Il doit permettre aux légistes : 2

- d'utiliser judicieusement le temps mesuré dont ils disposent pour réaliser chaque étape de travail dans les délais ;
- d'aboutir à des décisions aussi justes que possible sur les plans tant juridique que politique.

Structure du guide de législation

Le guide de législation est construit en cinq parties. La première partie présente le déroulement chronologique de la procédure législative pour chaque niveau normatif. La loi fédérale donne lieu aux descriptions les plus détaillées. Les chapitres suivants se réfèrent ensuite, lorsqu'il y a lieu, à ces explications. Cette partie du guide se concentre sur les questions méthodologiques et sur la gestion de projet. 3

La deuxième partie traite des aspects formels des actes normatifs. La troisième partie est consacrée à certains aspects juridiques particulièrement importants ou particulièrement fréquents. Dans la quatrième partie sont présentés une sélection d'instruments d'action de l'État. Enfin, la cinquième partie contient des considérations sur l'entrée en vigueur, la mise en œuvre et l'évaluation des actes normatifs. 4

On trouvera dans les dernières pages une sélection d'ouvrages bibliographiques, classés par thème. Le site Web de l'Office fédéral de la justice donne les références de quelques autres moyens auxiliaires utiles (www.ofj.admin.ch > État & citoyen > Légistique). 5

Indication technique

La version PDF de ce guide contient de nombreux liens vers les ressources Internet. Certaines de ces ressources n'existent cependant que sur l'Intranet de l'administration fédérale.

Abréviations utilisées

aCst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874
aLPD	Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données
AELE	Association européenne de libre échange
AI	assurance-invalidité
al.	alinéa
art.	article
ATF	arrêt du Tribunal fédéral
AVS	assurance vieillesse et survivants
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CdF	Commission des finances
CdG	Commission de gestion
CE	Communauté Européenne ou Conseil des Etats
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (RS 0.101)
CEE	Communauté économique européenne
CF	Conseil fédéral
ch.	chiffre
CIJ	Cour internationale de justice
CN	Conseil national
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations [RS 220])
Comm.	Commissions [extra-parlementaires]
cons.	considérant
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)
CPO	Centre des publications officielles
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 19 avril 1999 (RS 101)
DETEC	Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication
DFAE	Département fédéral des affaires étrangères
DFJP	Département fédéral de justice et police
DPA	Loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (RS 313.0)
DPMin	Loi fédérale du 20 juin 2003 régissant la condition pénale des mineurs (Droit pénal des mineurs, RS 311.1)
DTL	Directives de technique législative
éd.	Edition
EEE	Espace économique européen

EPF	Ecole polytechnique fédérale
etc.	et cetera
FF	Feuille fédérale
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
LAgr	Loi fédérale du 29 avril 1998 sur l'agriculture (Loi sur l'agriculture ; RS 910.1)
LAT	Loi fédérale du 22 juin 1979 sur l'aménagement du territoire (Loi sur l'aménagement du territoire ; RS 700)
LCD	Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (RS 241)
LCo	Loi fédérale du 18 mars 2005 sur la procédure de consultation (Loi sur la consultation; RS 172.061)
LCR	Loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière (RS 741.01)
LDA	Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur les droits d'auteurs et les droits voisins (Loi sur le droit d'auteur ; RS 231.1)
LDP	Loi fédérale du 17 décembre 1976 sur les droits politiques (RS 161.1)
LEaux	Loi fédérale du 24 janvier 1991 sur la protection des eaux (RS 814.20)
LEI	Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers et l'intégration (RS 142.20)
let.	lettre
LEne	Loi fédérale du 30 septembre 2016 sur l'énergie (RS 730.0)
LFC	Loi fédérale du 7 octobre 2005 sur les finances de la Confédération (Loi sur les finances; RS 611.0)
LFPC	Loi fédérale du 22 décembre 1999 sur la participation des cantons à la politique extérieure de la Confédération (RS 138.1)
LOGA	Loi fédérale du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (RS 172.010)
LParl	Loi fédérale du 13 décembre 2002 sur l'Assemblée fédérale (Loi sur le Parlement; RS 171.10)
LPubl	Loi fédérale du 18 juin 2004 sur les recueils du droit fédéral et la Feuille fédérale (Loi sur les publications officielles; RS 170.512)
LPD	Loi fédérale du 25 septembre 2020 sur la protection des données (LPD, RS 235.1)

LPE	Loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (Loi sur la protection de l'environnement ; RS 814.01)
LPP	Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (RS 831.40)
LR	Loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la recherche (Loi sur la recherche ; RS 420.1)
LRCF	Loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (Loi sur la responsabilité ; RS 170.32)
LSF	Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur la statistique fédérale (RS 431.01)
LSu	Loi fédérale du 5 octobre 1990 sur les aides financières et les indemnités (Loi sur les subventions ; RS 616.1)
LTAF	Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTF; RS 173.32)
LTF	Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF; RS 173.110)
LTPF	Loi fédérale du 4 octobre 2002 sur le Tribunal pénal fédéral (LTPF; RS 173.71)
LTrans	Loi fédérale du 17 décembre 2004 sur le principe de la transparence dans l'administration (Loi sur la transparence; RS 152.3)
n°	numéro
OCo	Ordonnance du 17 août 2005 sur la procédure de consultation (O sur la consultation; RS 172.061.1)
OEB	Ordonnance du 5 juillet 2000 sur les emballages de boissons (OEB; RS 814.621)
OFC	Ordonnance du 5 avril 2006 sur les finances de la Confédération (RS 611.01)
OFCL	Office fédéral des constructions et de la logistique
OFJ	Office fédéral de la justice
OFS	Office fédéral de la statistique
OFSP	Ordonnance de l'Assemblée fédérale du 7 octobre 1988 sur les Services du Parlement (RS 171.115)
OLOGA	Ordonnance du 25 novembre 1998 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (RS 172.010.1)
OLPA	Ordonnance de l'Assemblée fédérale du 3 octobre 2003 portant application de la loi sur le Parlement et relative à l'administration du Parlement (Ordonnance sur l'administration du Parlement; RS 171.115)

ONU	Organisation des nations unies
OPDo	Ordonnance du 31 août 2022 sur la protection des données, (RS 235.11)
OPubl	Ordonnance du 17 novembre 2004 sur les publications officielles (O sur les publications officielles; RS 170.512.1)
op. cit.	Opere citato
PA	Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021)
PJA	Pratique judiciaire actuelle
par.	paragraphe
PPF	Code de procédure pénale du 5 octobre2007 (RS 312.0)
PME	Petite et moyenne entreprise
RDS	Revue de droit suisse
RO	Recueil officiel des lois fédérales
RPT	Réforme de la péréquation et de la répartition des tâches
RS	Recueil systématique du droit fédéral
SECO	Secrétariat d'Etat à l'économie
ss	et suivants
s.	et suivant
UE	Union européenne
vol.	volume
ZBl	Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht

1ère partie : Procédure législative, méthodologie et gestion de projet

1 La procédure législative en quelques mots

Acteurs principaux

À l'échelon de la Confédération, la procédure législative doit être en adéquation avec l'ensemble des structures de la Suisse : système parlementaire, démocratie directe, fédéralisme et principes fondateurs de l'État de droit. 6

Au niveau fédéral, la procédure législative – surtout lorsqu'elle porte sur des normes constitutionnelles et du degré législatif – se caractérise par l'implication très systématique et transparente d'un large éventail d'acteurs ; le peuple, le Parlement, le Conseil fédéral et l'administration, les cantons, les partis, les associations et beaucoup d'autres. 7

Deux catégories d'acteurs participent dans une mesure relativement large au processus législatif, à savoir les cantons (art. 45 s. de la Constitution, Cst. ; RS 101) et la société civile, représentée par les partis politiques et les milieux intéressés (art. 147 Cst.). 8

Le principe de la collégialité qui régit le mode de délibération du gouvernement se reflète dans l'égalité dont bénéficient les offices, dans le cadre de la consultation des offices, et les départements, dans le cadre de la procédure de co-rapport. 9

Aspects primordiaux du travail législatif

Tout travail législatif présente quatre grands aspects, à savoir : 10

- la gestion du projet (mandat d'élaborer le projet, planification, etc.) ;
- la procédure institutionnelle (procédure législative : impulsion, avant-projet et rapport explicatif, procédure de consultation, message, etc.) ;
- le cycle de résolution des problèmes, notamment l'analyse d'impact de la réglementation (processus appliqué pour résoudre les problèmes complexes : définition des problèmes, fixation des objectifs, recherche de solutions, etc.) ;
- enfin, la rédaction proprement dite (élaboration de l'esquisse d'acte normatif et des normes elles-mêmes).

Processus de décision au niveau de l'administration fédérale et du Conseil fédéral

Consultation des offices et procédure de co-rapport

Définitions

Les projets normatifs qui sont édictés par le Conseil fédéral ou que ce dernier présente au Parlement lui sont soumis pour décision par l'administration. Les propositions au Conseil fédéral font l'objet d'une consultation des offices puis 11

d'une procédure de co-rapport.

12 Au cours de la consultation des offices, l'office chargé d'un projet de proposition au Conseil fédéral le soumet aux services intéressés (offices fédéraux, secrétariats généraux des autres départements, Chancellerie fédérale). Il prend en compte leurs avis dans la mesure de ce qu'il juge pertinent. Il adresse ensuite la proposition au département pour signature, tout en signalant le cas échéant les divergences qui subsistent.

13 Dans le cadre de la procédure de co-rapport, la proposition au Conseil fédéral, signée par le chef de département, est soumise aux autres départements et à la Chancellerie fédérale qui peuvent rendre un avis (appelé « co-rapport »). Le Conseil fédéral prend en compte les co-rapports avant d'arrêter sa décision.

Fonction

14 La consultation des offices et la procédure de co-rapport servent à préparer les décisions du Conseil fédéral. Elles remplissent plus précisément les fonctions suivantes :

- assurer la préparation sur le fond des décisions à prendre par le Conseil fédéral en tant qu'autorité collégiale ;
- bénéficier des connaissances des spécialistes des différents services ;
- éliminer les divergences de vues entre les départements pour permettre au Conseil fédéral de se concentrer sur les aspects essentiels des objets qui lui sont soumis.

15 La consultation des offices et la procédure de co-rapport visent à ce que les décisions du Conseil fédéral reposent sur la plus large concordance possible entre le principe de l'autorité collégiale et le principe de la division en départements (art. 177 Cst.). En d'autres termes, les deux procédures servent à assurer la cohérence de l'action du gouvernement et de celle de l'administration.

Exemples de décisions du Conseil fédéral :

- ouverture d'une procédure de consultation ;
- suite à donner à un projet une fois que les résultats de la consultation sont connus;
- mandat d'élaborer un message et un projet de loi ;
- approbation d'un projet de loi et du message qui l'accompagne ;
- fixation de la date d'entrée en vigueur d'une loi.

Bases légales et directives déterminantes

16
- Art. 177 Cst. (RS 101) ;
- Art. 14 et 15 de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA, RS 172.010) ;
- Art. 3 à 5 de l'ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA, RS 172.010.1).

Les directives sur les affaires du Conseil fédéral édictées par la Chancellerie fédérale (le « classeur rouge », accessible uniquement sur l'intranet de l'administration fédérale) régissent la préparation et le déroulement des affaires du Conseil fédéral. Elles fixent les procédures à suivre et contiennent les modèles des documents devant être utilisés, en particulier les propositions et les dispositifs des décisions. 17

Étapes

Ouverture de la consultation des offices

Cette procédure permet à l'office chargé du dossier de prendre en compte les desiderata et les objections des autres unités administratives fédérales et d'éliminer dans la mesure du possible les éventuelles divergences. L'office transmet le projet de proposition au Conseil fédéral ainsi que ses annexes (par ex. les documents qui seront envoyés en consultation, ou le message et le projet de loi, sans oublier le dispositif de la décision du Conseil fédéral) à toutes les unités administratives concernées ou intéressées par le dossier. Les textes normatifs doivent être remis en français et en allemand. 18

La Chancellerie fédérale gère une page Web concernant la consultation des offices (accessible uniquement sur l'intranet de l'administration fédérale : intranet.bk.admin.ch > Coordination au sein de la Confédération > Directives sur les affaires du Conseil fédéral > Déroulement des affaires > Consultation des offices). Cette page contient, sous la rubrique « Informations complémentaires », un document intitulé « Consultation des offices : liste des destinataires », à savoir un registre des adresses électroniques des unités et offices susceptibles d'être inclus dans une consultation des offices. Il est précisé dans la rubrique « Consultation » quelles unités doivent recevoir la documentation dans quels cas, quels offices doivent toujours être consultés, et quelles questions transversales méritent que l'on consulte d'autres offices. 19

Ne sont pas considérées comme des unités de l'administration fédérale les entités de la Confédération devenues autonomes (par exemple, RUAG, la CNA, les CFF, la Poste, Swisscom) ; celles-ci sont appelées à se prononcer dans le cadre de la procédure de consultation. 20

Dans des cas exceptionnels, on étend la consultation des offices au Tribunal fédéral ou à une autre autorité judiciaire de la Confédération (voir *ch. 211, 249 ss*). 21

Pour que les offices intéressés puissent procéder à un examen attentif du projet, il convient de leur accorder un délai convenable. Ce délai est en principe de trois semaines. Des délais plus courts sont possibles pour des objets de faible ampleur qui ne devraient pas soulever de problèmes, mais ils ne devraient jamais être inférieurs à une semaine. 22

23 Tous les projets de normes constitutionnelles, de lois et d'ordonnances importantes (en particulier celles qui feront l'objet d'une procédure de consultation) doivent être soumis, lors de chaque consultation des offices, donc aussi avant l'ouverture de la procédure de consultation, à la commission interne de rédaction en allemand et en français. Ainsi, ils peuvent faire l'objet d'un contrôle parallèle (co-rédaction) dans les deux langues.

Mise au point de la proposition destinée au Conseil fédéral et des annexes

24 L'office compétent remanie la proposition et les annexes si la consultation des offices a fait apparaître des erreurs ou des lacunes ou s'il en est ressorti que le projet ne pourrait pas recueillir un consensus suffisant sur le plan politique. Les divergences de vues subsistant entre des offices doivent être clairement mises en évidence dans la proposition destinée au Conseil fédéral.

25 À ce stade, il peut être utile que l'office compétent informe préalablement les autres offices influents de la suite des opérations. Dans toute la mesure du possible, on s'efforce d'éliminer les divergences avant que l'objet soit soumis au chef de département pour qu'il signe la proposition au Conseil fédéral.

26 Si, après la consultation d'un office, d'importantes modifications sont apportées à la proposition et à ses annexes (en particulier au projet de loi), il convient le cas échéant d'ouvrir une deuxième consultation des offices.

27 Résultat : la proposition et les annexes sont prêtes à être soumises au Conseil fédéral dans une forme sur laquelle les offices intéressés se sont mis d'accord autant que possible.

Ouverture de la procédure de co-rapport

28 La procédure de co-rapport permet au département chargé du dossier (ou, le cas échéant, à la Chancellerie fédérale) de prendre en compte les desiderata et les éventuelles objections des autres départements et de la Chancellerie fédérale et d'éliminer dans la mesure du possible les divergences avant la séance du Conseil fédéral.

Déroulement de la procédure de co-rapport *29*

Qui ?	Quoi ?
Proposition	
L'office compétent	communique la proposition et le dossier au chef du département pour signature.
Le département responsable du projet	ouvre la procédure en signant la proposition et transmet celle-ci à la Chancellerie fédérale.
La Chancellerie fédérale	une fois encore, vérifie que le dossier est complet et contrôle son exactitude formelle (conformité aux directives sur les affaires du Conseil fédéral), puis soumet le tout aux autres départements pour qu'ils établissent leurs éventuels co-rapports.
Co-rapport	
Les départements	peuvent s'exprimer sur la proposition, avant la séance du Conseil fédéral, en rédigeant un co-rapport motivé.
La Chancellerie fédérale	communique les co-rapports au département dont émane la proposition et aux autres départements.
Réponse	
Le département responsable du projet	peut réagir aux co-rapports qui lui ont été remis, dans une réponse. Il peut maintenir son projet, se rallier aux propositions ou encore préparer une proposition modifiée qui tienne compte des remarques formulées.
Les départements qui sont d'accord avec la proposition initiale	peuvent également prendre position dans une réponse au co-rapport.
La Chancellerie fédérale	transmet les réponses aux autres départements.
Réplique	
Les autres départements	peuvent à nouveau s'exprimer dans le cadre d'une réplique. Ils peuvent maintenir leur position ou se rallier à la proposition telle qu'elle a été modifiée.

30 Il faut prévoir 6 jours au moins pour la procédure de co-rapport. Le court délai dont les autres départements disposent avant la décision du Conseil fédéral exige des collaborateurs compétents qu'ils réagissent le plus vite possible aux propositions ou aux co-rapports.

31 Si une objection a simplement trait à des points juridiques ou politiques d'importance secondaire, on évite de déposer un co-rapport afin de ne pas surcharger inutilement le Conseil fédéral. On s'efforce de trouver directement un accord sur une modification de la proposition avec le département ou l'office dont celle-ci émane. Les adaptations sont apportées par le département responsable sous forme de corrigendum durant la procédure de co-rapport.

Publication des actes normatifs

Organes de publication

32 Les actes normatifs, les projets soumis ou sujets au référendum et les messages du Conseil fédéral sont publiés dans les organes de publication officiels de la Confédération :

- *Recueil officiel du droit fédéral* (Recueil officiel, RO) : y sont publiées principalement la Constitution, les lois fédérales et les ordonnances (voir l'art. 2 de la loi sur les publications officielles, LPubl, RS 170.512). Les obligations juridiques prévues dans les textes entrés en vigueur ne naissent qu'au moment de la publication au RO (art. 8, al. 1, LPubl).
- *Recueil systématique du droit fédéral* (Recueil systématique, RS) : le RS est une collection consolidée, classée par matière, des textes publiés dans le RO qui sont en vigueur, à l'exception des arrêtés fédéraux qui ne contiennent pas de dispositions fixant des règles de droit et qui portent approbation de traités ou de décisions de droit international. Il contient également les constitutions cantonales. Il est mis à jour en permanence (art. 11 LPubl).
- *Feuille fédérale* (FF) : y sont publiés les projets d'actes de l'Assemblée fédérale émanant du Conseil fédéral et des commissions parlementaires et les messages et rapports qui les accompagnent. La FF contient aussi les lois fédérales que le Parlement vient d'adopter, avec mention du délai référendaire (art. 13 LPubl).

33 Les publications officielles ont lieu sur une plateforme Internet accessible au public. La version des actes normatifs fédéraux publiée sur cette plateforme fait foi (art. 15, al. 2, LPubl), et non plus, comme auparavant, la version papier du RO.

34 La Section du droit de la Chancellerie fédérale est responsable des questions juridiques relatives aux publications ; le Centre des publications officielles (CPO), autre service de la Chancellerie fédérale, est responsable des questions techniques. Ces deux services doivent être consultés dès lors que l'entrée en vigueur d'un acte normatif est prévisible.

35 Les actes normatifs fédéraux, les traités et décisions de droit international et les conventions entre la Confédération et les cantons déploient leurs effets au moment de la publication.

36 Il est possible de renoncer à publier un texte dans le RO et dans le RS et d'y faire une simple mention de leur titre, avec une référence ou le nom de l'organisme auprès duquel ils peuvent être obtenus, mais uniquement dans certaines circonstances :

- l'acte ne touche qu'un nombre restreint de personnes ;
- il a un caractère technique et ne s'adresse qu'à des spécialistes ;
- il devrait être publié dans un format incompatible avec celui du RO.

Il peut aussi arriver qu'une loi fédérale ou une ordonnance de l'Assemblée fédérale prescrive une publication ailleurs que dans le RO. Les textes qui sont publiés dans

un autre organe accessible gratuitement à tous en Suisse sont mentionnés dans le RO uniquement par leur titre et par la référence à cet organe ou par le nom de l'organisme auprès duquel ils peuvent être obtenus (art. 5, al. 2, LPubl). Les actes normatifs de l'UE qui sont publiés dans le Journal officiel de l'UE (JO) et accessibles sur le site EUR-Lex ne sont le plus souvent pas publiés *in extenso* dans le RO mais simplement mentionnés avec leur référence.

37 Les actes fédéraux et les traités et décisions de droit international qui doivent être tenus secrets pour préserver la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse ne sont pas publiés dans le RO (art. 6, al. 1, LPubl).

Préparation des textes destinés à la publication (procédure CPO)

38 Le Centre des publications officielles de la Chancellerie fédérale (CPO) publie les textes du Recueil officiel, du Recueil systématique et de la Feuille fédérale, après avoir effectué un contrôle de la mise en page. Les offices sont responsables du contenu des textes et de la planification de la procédure.

39 La préparation à la publication se fait dans le système CPO (voir www.intranet.bk.admin.ch > Coordination au sein de la Confédération > Procédure CPO, disponible uniquement sur l'intranet de l'administration fédérale). Ce système informatique de gestion du flux de travail permet aux services qui ont un rôle à jouer dans la publication du texte d'y accéder (office, CPO, Services linguistiques centraux de la Chancellerie fédérale, etc.) en travaillant toujours sur la version la plus récente. La procédure CPO est également un instrument de planification, dans le sens où un calendrier affichant toutes les étapes est attaché à chaque objet. Il fournit en outre des modèles de documents qu'il est recommandé d'utiliser dès le début de la rédaction des textes pour avoir une mise en page conforme. Les dossiers doivent être ouverts dans le système CPO au plus tard au début de la consultation des offices. Le CPO offre en outre une assistance technique à l'office responsable.

40 Le CPO organise ce que l'on appelle le « circuit » entre la consultation des offices et la procédure de co-rapport. Les textes à publier sont transmis aux Services linguistiques centraux et à la Section du droit de la Chancellerie fédérale pour un contrôle linguistique et formel de la version finale. Ces corrections sont soumises à l'office responsable qui les vérifie et finalise le texte. Il convient de veiller à ce que les documents soumis au Conseil fédéral ou à un autre organe législatif correspondent aux textes ainsi finalisés.

Bases légales

41
- Art. 195 Cst. (RS 101);
- Loi sur les publications officielles (LPubl, RS 170.512);
- Ordonnance sur les publications officielles (OPubl, RS 170.512.1) ;
- Art. 58 de la loi sur le Parlement (LParl, RS 171.10) et art. 6 à 8 de l'ordonnance de l'Assemblée fédérale sur la Commission de rédaction (RS 171.105) : correction des erreurs constatées après le vote final sur des actes de l'Assemblée fédérale.

Information et communication

Compétence

42 Le chef du département prend, en accord avec la Chancellerie fédérale, les mesures nécessaires pour informer le public sur l'activité de son département ; il désigne les responsables de l'information (art. 40 LOGA). En règle générale, il incombe aux offices de préparer l'information destinée au public.

Politique d'information transparente

43 Une politique d'information transparente est un élément nécessaire à la formation de l'opinion. Elle sert la transparence et la confiance. La communication permet non seulement de transmettre des informations, mais a également un impact significatif sur l'image que le public se forge du gouvernement et de l'administration. Aussi l'information du public doit-elle se faire tout au long du processus législatif, dès la procédure préliminaire et non uniquement en fin de course.

Information active du public

44 Lorsque le projet est d'une certaine envergure, la direction pourvoit à l'information active du public à chaque étape importante - ouverture des travaux préliminaires, institution d'une commission d'experts, remise du rapport de la commission d'experts, ouverture de la consultation, prise de connaissance par le Conseil fédéral des résultats de cette procédure et décision sur la suite des opérations, approbation du message et du projet de loi. L'information active peut emprunter les formes suivantes :

- communiqué de presse, accompagné, au besoin, d'une documentation. En fonction de l'état d'avancement du projet législatif, on y joint les documents eux-mêmes.
- conférence de presse : un objet est présenté oralement sur le fond, par exemple par le président de la commission d'experts, en plus du communiqué de presse ; les participants à la conférence de presse se tiennent à la disposition des journalistes pour répondre à leurs questions, voire pour donner une interview. Dans certains cas – lorsque le projet est particulièrement complexe ou

volumineux – il peut se révéler utile d'avoir avec les journalistes des « dialogues de fond ». L'autorité compétente peut déclarer ces dialogues confidentiels jusqu'à ce que le Conseil fédéral ait arrêté sa décision.

- conférence de presse du Conseil fédéral, organisée par la Chancellerie fédérale à l'issue de la séance du Conseil fédéral. Le chef du département compétent présente le dossier dans ses grandes lignes et en donne une appréciation sous l'angle politique. Peuvent, en outre, prendre part à cette conférence des hauts fonctionnaires et des spécialistes de l'unité administrative compétente, pour répondre aux questions d'ordre technique posées par les journalistes.
- Internet : des pages thématiques sans cesse actualisées concernant les projets législatifs importants permettent au public de s'informer en continu et de trouver à un seul et même endroit toute la documentation pertinente. La consultation d'Internet permet, en outre, de réduire le nombre de questions de citoyens auxquelles l'administration doit répondre.

En outre, la direction de projet informe régulièrement les milieux intéressés par un projet de législation, notamment ceux chargés de son exécution (en particulier les cantons), des événements et avancées susceptibles de les intéresser. *45*

L'information active et la publication de documents sont aussi de bons moyens de réduire le nombre de demandes fondées sur la loi sur la transparence (LTrans; RS 152.3) et d'alléger le travail de l'administration à cet égard. *46*

Information passive du public

La communication comprend également l'information passive, soit celle qui est donnée sur demande informelle (émanant notamment de journalistes) ou sur présentation d'une demande d'accès au sens de la LTrans (LTrans; RS 152.3). En principe, le libre accès du public aux documents officiels est garanti. *47*

Font exception les documents qui ont trait à la formation de l'opinion et de la volonté politique au sein du Conseil fédéral. Ce processus est confidentiel. Au stade de la consultation des offices, un projet d'acte législatif n'est pas accessible au public. Il le sera lorsque le Conseil fédéral aura ordonné l'ouverture de la procédure de consultation, ou alors adopté le message ou l'ordonnance. Le Conseil fédéral peut exceptionnellement décider que ces documents resteront non accessibles après sa décision. Les documents relatifs à la procédure de co-rapport ne sont pas publics (art. 8, al. 1 à 3, LTrans). *48*

On trouvera des informations complémentaires sur la manière de traiter les demandes d'accès au sens de la loi sur la transparence en consultant le site internet du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence à la rubrique (www.edoeb.admin.ch > Principe de la transparence > Accès aux documents officiels). *49*

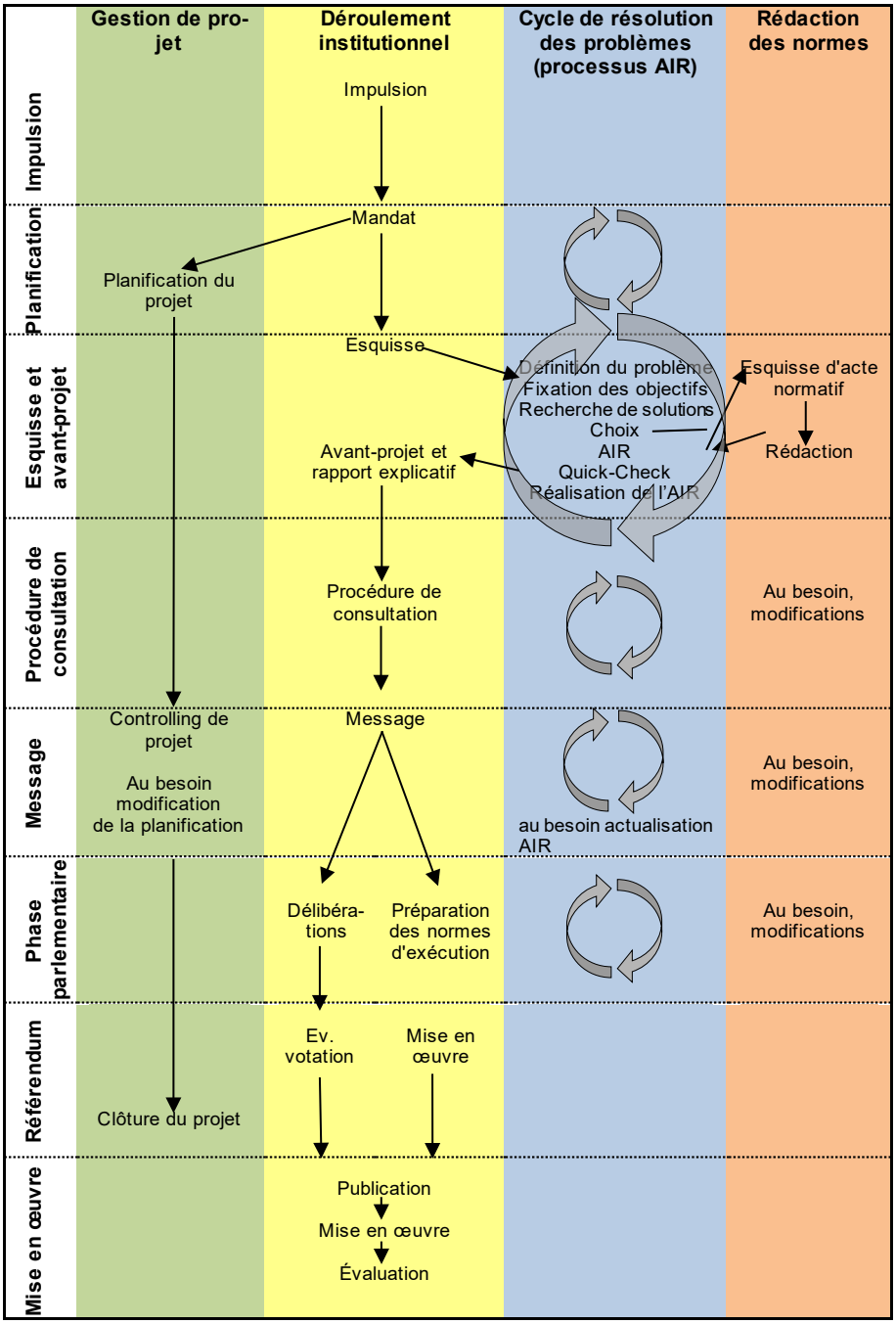
2 Loi

Introduction

50 Ce chapitre décrit le déroulement chronologique de la procédure législative, depuis le déclenchement du projet législatif jusqu'à la phase postparlementaire. Une grande partie des principes applicables et des étapes à franchir sont les mêmes pour d'autres actes que les lois fédérales, notamment pour les ordonnances et les modifications constitutionnelles.

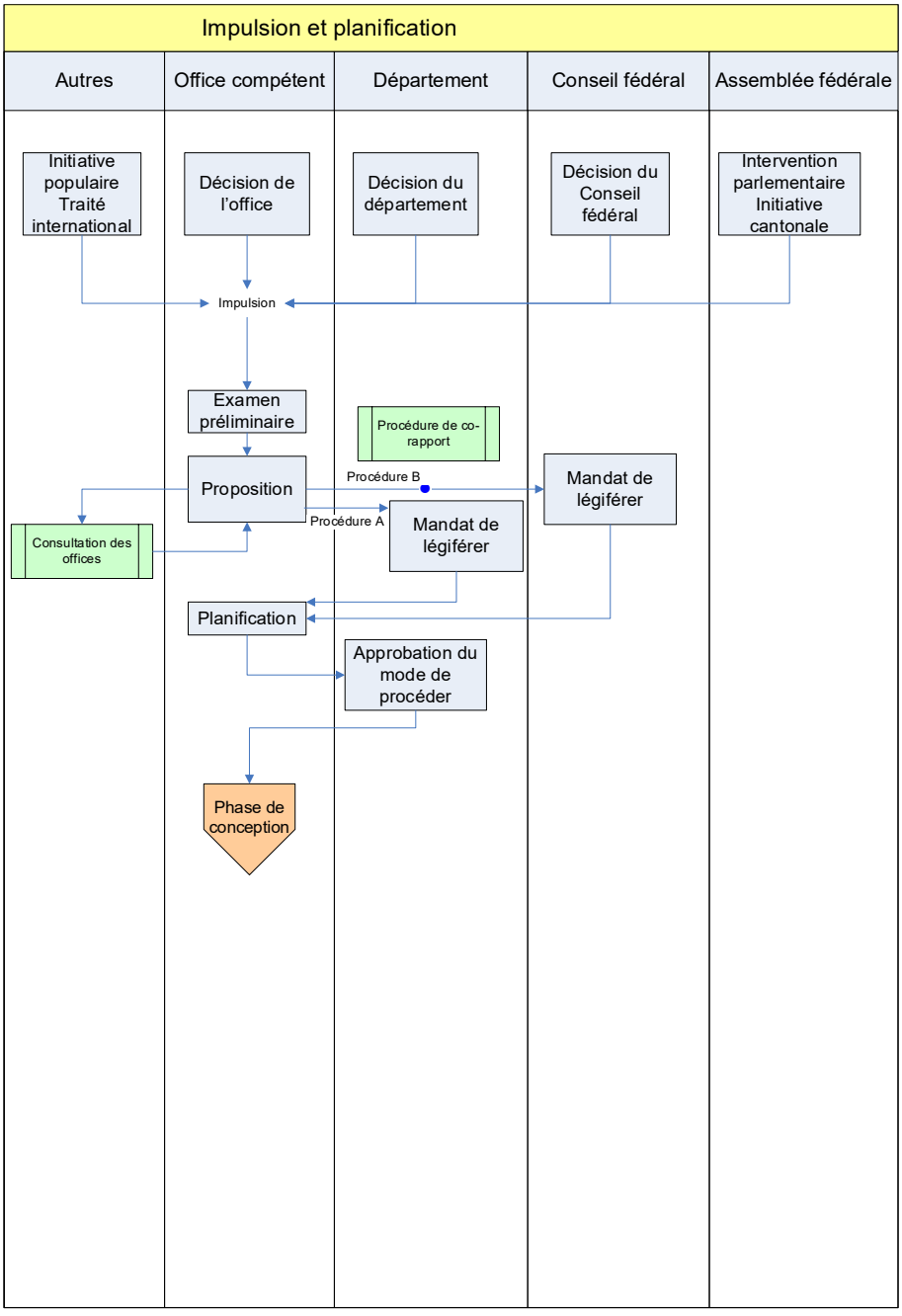
51 Nous commencerons par quelques schémas représentant les étapes successives de la procédure législative. Le premier – très synthétique – distingue les quatre aspects principaux du travail législatif : le déroulement institutionnel, la gestion de projet, le cycle de résolution des problèmes et la rédaction des normes. Les schémas suivants se limitent au déroulement institutionnel dont ils présentent toutes les phases en détail.

Tableau synoptique de la procédure législative

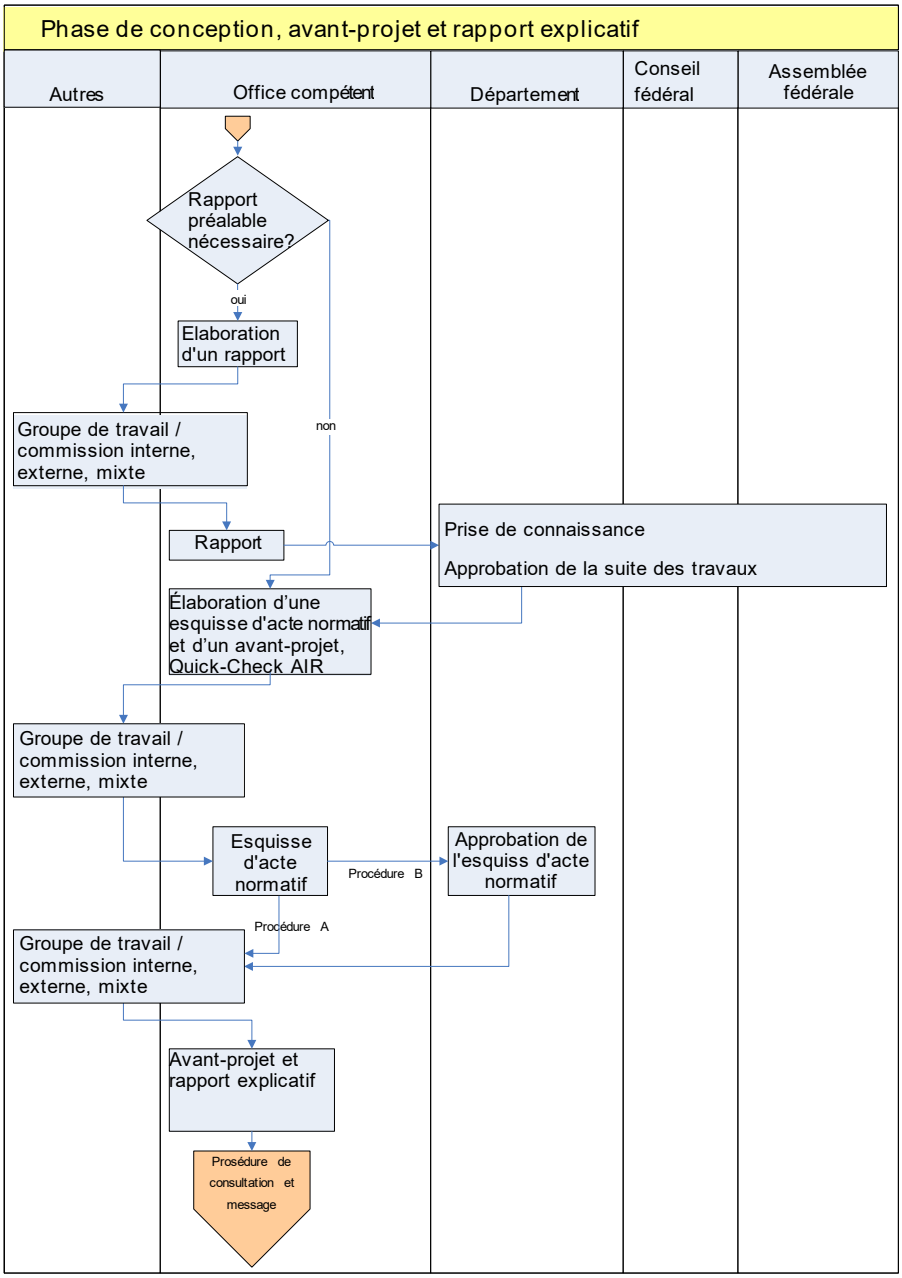


Impulsion et planification

53



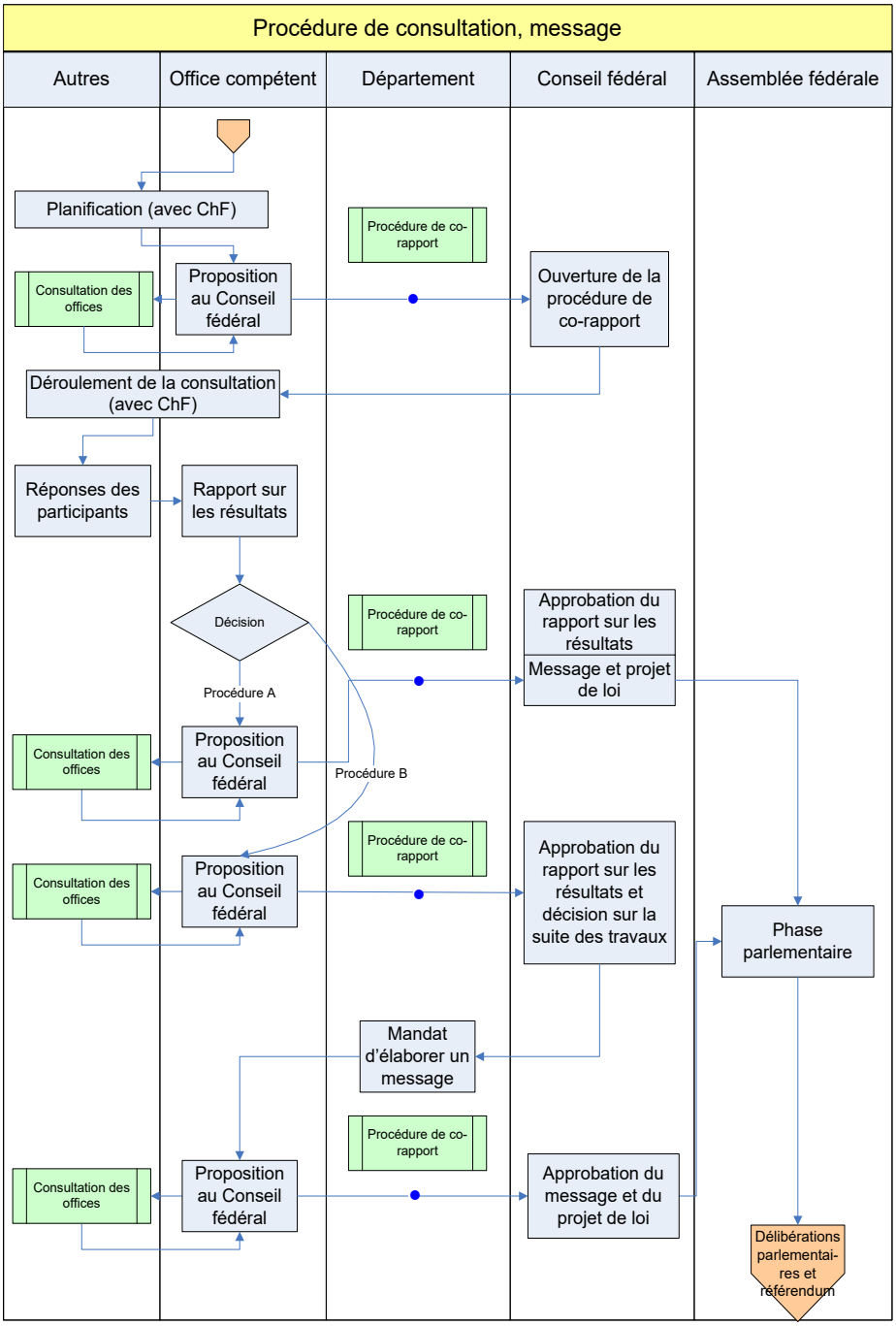
Phase de conception, avant-projet et rapport explicatif



54

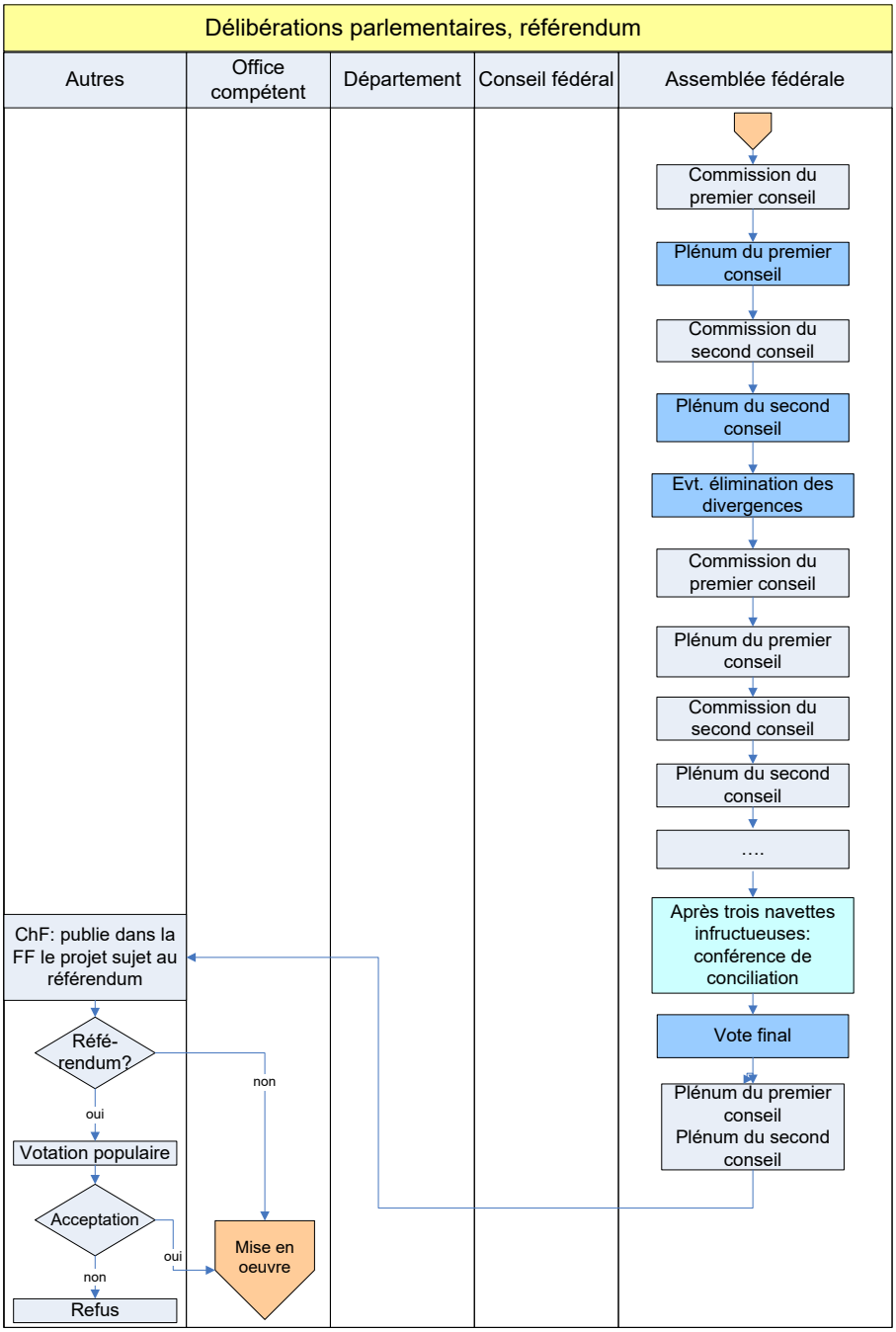
Procédure de consultation, message

55



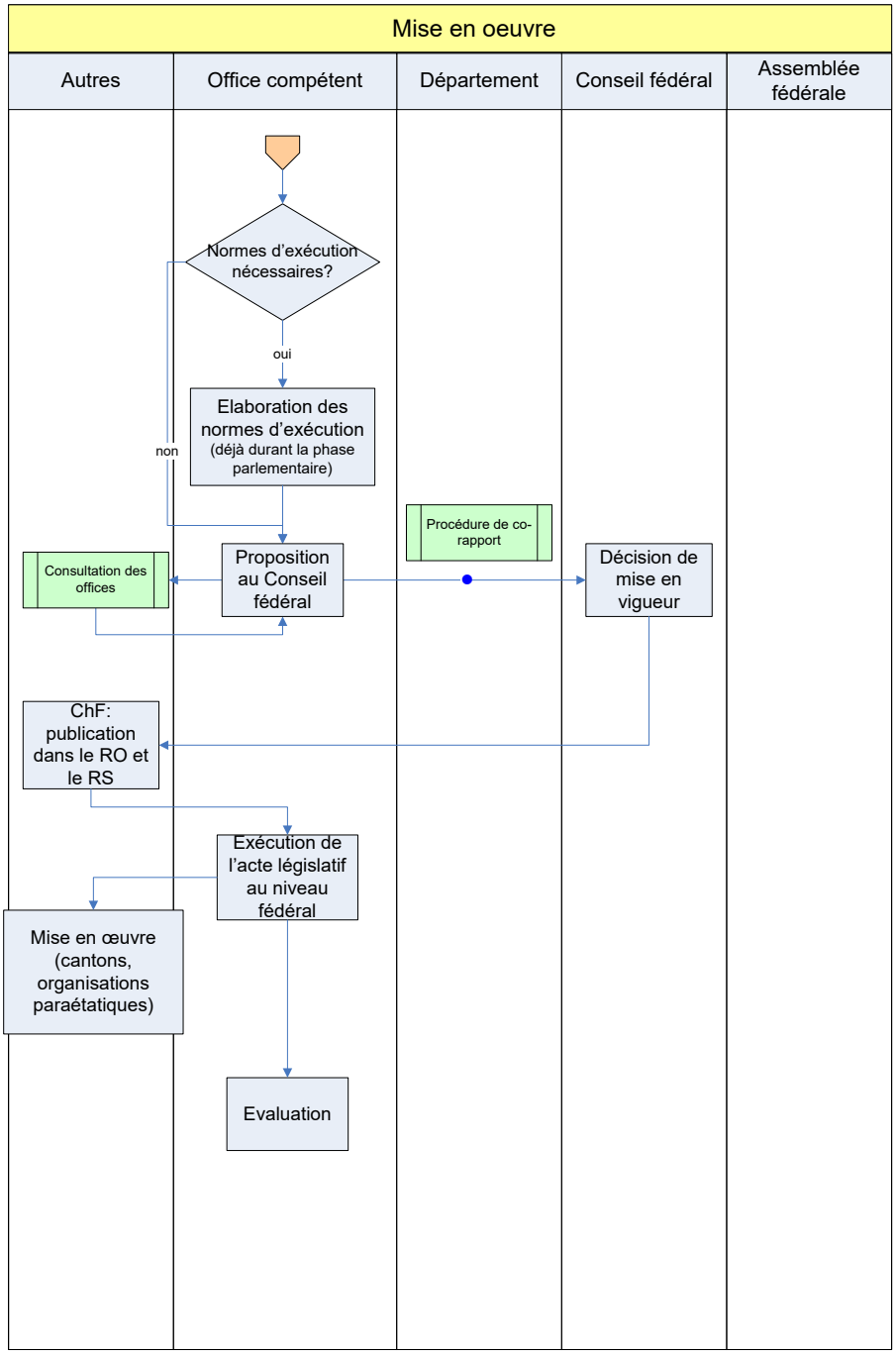
Délibérations parlementaires, référendum

56



Mise en œuvre

57



Impulsion législative et planification

Impulsion et mandat

Aperçu

Origine des impulsions

L'impulsion pour réaliser un projet législatif peut avoir différentes origines, notamment : 58

- évolutions dans la société, l'économie, l'environnement ou les technologies (par exemple l'intelligence artificielle) qui sont soudainement perçues comme des problèmes ou des opportunités par les groupes de personnes qu'elles touchent, notamment parce qu'elles ouvrent de nouvelles perspectives pour les particuliers et les autorités dans l'accomplissement de leurs tâches ;
- difficultés de mise en œuvre du droit existant qui sont constatées par les autorités d'exécution ;
- prises de position critiques par les médias ;
- résultats d'études scientifiques ;
- arrêts du Tribunal fédéral ;
- initiatives populaires ;
- développement du droit de rang supérieur.

Il est de plus en plus fréquent que les développements du droit de rang supérieur – nous pensons ici au droit international – soient à la source d'une modification législative. Les développements du droit de l'Union européenne, notamment, peuvent nécessiter une adaptation de la législation suisse lorsque le droit de l'Union doit être repris à titre de droit conventionnel contraignant, par exemple dans le cadre d'un accord bilatéral entre la Suisse et l'UE. La question de savoir si la Suisse doit réagir de manière autonome à de nouveaux problèmes, ou si elle doit d'abord attendre de voir comment ces problèmes font l'objet de nouvelles réglementations à l'étranger, en particulier dans l'UE, doit être tranchée sur la base de l'ensemble des aspects juridiques et politiques. La tâche exigeante de suivre les développements législatifs à l'étranger est facilitée dans certains cas par l'existence d'analyses générales *(par ex. la politique numérique de l'UE : analyse des conséquences pour la Suisse, communiqué de presse de l'OFCOM du 18 avril 2023)*. 59

Instruments formels des impulsions

Souvent, le débat public naît lorsqu'un ou plusieurs acteurs se saisissent d'une question politique ; ce peut être une association, un parti ou groupement politique, une conférence intercantonale, un média. Il existe alors plusieurs instruments institutionnels pour porter la volonté de réforme jusqu'aux autorités qui la réaliseront : une initiative populaire, une initiative d'un canton, une motion, une initiative parlementaire, le droit d'initiative du Conseil fédéral, etc. 60

61 Ces instruments institutionnels garantissent une ouverture à toutes sortes de sources de changement. Ils permettent de prendre en compte les exigences de ces émanations de la société civile, d'y réagir et de les intégrer dans le processus politique.

62 La prise en compte des impulsions au moyen d'instruments formels vise aussi à assurer la coordination et la cohérence des travaux législatifs, contribuant à éviter aux autorités politiques d'être surchargées par une pléthore de projets normatifs.

63 Les travaux législatifs peuvent être lancés soit par l'Assemblée fédérale, soit par le Conseil fédéral (art. 181 Cst.). Tout membre de l'Assemblée fédérale, tout groupe parlementaire, toute commission parlementaire et tout canton peuvent soumettre une initiative à l'Assemblée fédérale (art. 160 Cst.).

Principe de subsidiarité

64 Quelle que soit l'action requise de l'État, elle doit respecter le principe de subsidiarité (art. 5*a* Cst.). L'État ne doit assumer que les tâches que les particuliers (famille, économie privée, etc.) ne sont pas en mesure de remplir. Quant à la Confédération, elle ne doit accomplir que les tâches qui excèdent les possibilités des cantons ou qui nécessitent une réglementation uniforme au niveau fédéral (art. 43*a, al. 1* Cst.). Au surplus, l'État peut exercer son action non seulement en édictant des normes, mais encore en agissant de manière informelle (en ayant des entretiens avec des acteurs majeurs de la société, en communiquant avec le public et en l'informant, notamment).

Bases légales

65 Art. 5, 5*a*, 43*a*, 138 à 139*a*, 160, 181 et 184 Cst. ;
Art. 107 à 122 LParl.

Étapes

Situation de départ

66 L'office compétent doit répondre à des impulsions l'incitant à légiférer. En l'occurrence, deux cas classiques peuvent se produire :

- Une autorité supérieure lui a donné mandat d'examiner la nécessité d'établir de nouvelles normes législatives ou, directement, de préparer de telles normes ; ou encore, on peut s'attendre à ce qu'un tel mandat soit donné. C'est fréquemment le cas lorsque des travaux législatifs sont déclenchés par une intervention parlementaire ou une initiative populaire.
- L'office compétent constate lui-même un besoin de légiférer sans qu'un mandat exprès lui ait été donné par une autorité supérieure. Il sollicite en ce cas un mandat, afin de déclencher formellement le processus législatif. Un besoin de légiférer peut découler des résultats d'analyses des bases juridiques effectuées dans le cadre de projets informatiques ou dans le cadre du développement des systèmes informatiques en cours d'exploitation : démarche DevOps

(*development and operations*) où la création et l'exploitation d'un système sont assurés par une même équipe.

Analyse de l'impulsion ou du mandat

Quelle que soit la situation de départ, la façon de procéder est, en principe, toujours la même. *67*

1. L'office analyse les problèmes et fait le point de la situation: Dans ses grandes lignes, le processus d'analyse des problèmes est identique au cycle de résolution des problèmes (voir *ch. 104* à *159*). *68*
2. L'office clarifie la situation du point de vue politique : Si le processus de formation de l'opinion en est encore à un stade relativement précoce, l'office peut préparer une note de discussion de manière à provoquer au sein du Conseil fédéral un débat ouvert, qui permettra de connaître les points de vue des différents départements sur les objectifs du projet, son ampleur et les grandes options à prendre lors de son élaboration. Lorsque la note de discussion soulève des points juridiques importants ou contestés ou que l'on soumet des propositions au Conseil fédéral, ce qui n'est pas l'objet d'une note de discussion, il y a lieu d'organiser préalablement une consultation des offices. *69*

   Des discussions au sein des commissions permanentes, des conférences de directeurs cantonaux ou d'autres organes où se forgent des opinions sont autant de possibilités de se faire une idée des orientations politiques à donner au projet. Il en va de même des débats qui ont lieu au Parlement. Dans certains cas, plus particulièrement lors de projets très novateurs, il peut être indiqué d'utiliser d'autres plates-formes pour une communication plus offensive. On peut ainsi avoir recours à des événements publics ou à des auditions informelles, ou encore à des plates-formes de discussion sur internet. Il faut toutefois prendre garde aux exigences en matière de transparence et d'égalité de droit. *70*
3. L'office planifie les travaux : Dès le stade de l'analyse du mandat, il y a lieu d'estimer grossièrement le temps et les ressources humaines que nécessitera l'élaboration du projet (voir. *ch. 87*). On doit également examiner, entre autres points, si le projet ne pourrait pas être intégré dans un autre projet en cours de réalisation. Selon la définition des problèmes et les délais, il faut, éventuellement, proposer l'adoption de mesures d'urgence. *71*

Soumettre une proposition pour obtenir un mandat

À la lumière des résultats de l'analyse du mandat, l'office compétent soumet au mandant (en général, le département ou le Conseil fédéral) une proposition concernant la suite de la procédure. *72*

Cette proposition, qui vise à obtenir un mandat détaillé, peut, par exemple, comprendre les grandes articulations suivantes :

- situation initiale ;
- problèmes et objectifs ;
- amorces de solutions (diverses options) ;
- avantages et inconvénients des différentes options ;
- chances et risques ;
- estimation du temps nécessaire ;
- propositions.

73 En cas de besoin, la suite des travaux peut aussi être concrétisée plus en détail dans la proposition (voir *ch. 80 à 87*).

74 Si les problèmes en cause sont faciles à circonscrire et n'ont que peu de répercussions politiques épineuses, s'il s'agit d'un projet de petite envergure qui ne touche que peu, voire aucunement, les milieux extérieurs à l'administration et si l'on peut s'appuyer sur une base d'information solide (notamment sur des études préliminaires réalisées par le passé), on peut éventuellement déjà accompagner la proposition d'un rapport ou d'une esquisse d'acte normatif.

Résultat

75 L'office compétent dispose maintenant du mandat de légiférer qui a été avalisé par l'autorité supérieure.

Planifier un projet législatif

Généralités

Acteurs

76 L'organisation des projets ressortit, en règle générale, aux offices. Toutefois, elle peut être assumée par le secrétariat général du département, notamment lorsque le projet est de grande envergure ou politiquement délicat. Au besoin, le Conseil fédéral peut mettre sur pied une organisation de projet interdépartementale pour traiter d'importants objets transversaux de durée limitée (art. 56 LOGA). Le Conseil fédéral et les départements peuvent consulter des organisations et des personnes extérieures à l'administration fédérale (art. 57 LOGA). Les projets d'envergure exigent non seulement un engagement soutenu de la part de la direction du projet et de l'équipe chargée du projet, mais encore l'appui résolu du département et de la direction de l'office. Il n'est pas rare qu'initialement l'on sous-estime l'ampleur des ressources à investir pour mener à bien des projets d'envergure, notamment lorsqu'ils sont complexes ; elles peuvent représenter un multiple des ressources nécessitées par un projet simple.

Relations publiques

77 Au début d'un projet, il est recommandé de ne pas éveiller de trop fortes attentes au sein du public et des milieux intéressés. S'agissant des projets d'envergure qui risquent fort de donner lieu à un référendum, il est utile de réfléchir, dès la phase

préparlementaire, à la manière d'informer un public assez large et les milieux intéressés sur la teneur et les incidences pratiques du texte législatif en préparation ainsi qu'à la manière dont les milieux intéressés pourraient être impliqués.

Bases légales et directives déterminantes

- Art. 5, 34, 36, 40, 43, 56 et 57 de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA RS 172.010); 78
- Art. 11 à 23 et 27 de l'ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA RS 172.010.1);
- Directives sur les affaires du Conseil fédéral, Déroulement d'une affaire du Conseil fédéral (accessible uniquement sur l'intranet de l'administration fédérale).

Moyens auxiliaires :

- HERMES (www.hermes.admin.ch) est une méthode standard de gestion de projets développée par l'administration fédérale. Elle peut être employée non seulement dans le domaine informatique mais aussi dans les domaines des prestations et produits 'une organisation. Elle est une méthode ouverte à tous (ressource libre). Un besoin de légiférer, identifié lors de la phase initiale dans le cadre de l'analyse des bases légales, doit être géré à l'aide du présent guide. Le projet informatique et le projet législatif doivent être coordonnés en tant que sous-projets d'un projet global. Il ne suffit pas d'effectuer cette coordination une seule fois sur la base de l'analyse des bases légales, mais il s'agit d'une tâche continue tout au long du projet.

Étapes

Situation de départ

Le mandat d'établir un projet législatif a été donné. Il s'agit maintenant de planifier le projet dans les détails. Pour mener à bien cette tâche, il y a lieu de respecter certaines règles. 79

Prendre en compte l'environnement normatif

La planification d'un projet législatif dépend également de la manière dont se présente l'environnement normatif. Le projet à planifier a-t-il ou non des incidences sur d'autres actes législatifs ou sur d'autres projets législatifs prévus dans le même domaine ou dans des domaines connexes ? Le cas échéant, ne serait-il pas judicieux de surseoir aux travaux jusqu'à ce que soient connus les résultats des autres projets ? Le projet à planifier requiert-il des modifications de normes du droit de rang supérieur ou de rang inférieur ? De quelles solutions, déjà observables par exemple à l'étranger ou dans le secteur privé, peut-on s'inspirer ? Comment se présente la dynamique des développements récents en matière de digitalisation, par exemple dans les domaines technique et économique ? 80

81 On doit veiller tout particulièrement à assurer la coordination matérielle avec les projets législatifs en cours lorsqu'il existe des relations entre ceux-ci et le projet à élaborer, par exemple lorsque l'on modifie des actes législatifs eux-mêmes en cours de révision (voir les directives de la Confédération sur la technique législative, ch. 54).

Réduire la complexité

82 Lorsque le projet législatif est très complexe, le pilotage revêt une importance toute particulière. Afin de le faciliter, il est recommandé de réduire dans toute la mesure du possible la complexité du projet législatif, par exemple en le subdivisant en différentes étapes.

Évaluer le temps nécessaire de manière réaliste

83 En premier lieu, il importe de se faire une idée du déroulement des travaux législatifs (*ch. 52*). Il est recommandé de planifier le projet en fonction des étapes de la procédure législative.

84 Afin d'évaluer plus facilement le temps que requiert l'élaboration d'un projet législatif (de l'impulsion à l'entrée en vigueur), il est bon de savoir ce qui suit :

- La moitié des procédures législatives (qu'il s'agisse de modifications ou de révisions totales) durent 33 mois au plus ; mais la durée moyenne est de quelque 51 mois, soit un peu plus de quatre ans, dont un peu plus des deux tiers sont absorbés par les travaux préparatoires au niveau de l'administration fédérale et du Conseil fédéral, le reste étant consacré aux délibérations parlementaires et à la phase postparlementaire.
- Si la procédure de consultation, formellement parlant, dure trois mois ou un peu plus, sa préparation, sa mise en œuvre ainsi que la synthèse et l'évaluation des réponses reçues prennent notablement plus de temps (souvent plus d'une année). Aussi, si l'on veut établir une planification réaliste, il importe de déterminer assez tôt si une consultation doit avoir lieu ou non. La Chancellerie fédérale peut être consultée en cas de besoin.
- Il convient de prévoir suffisamment de temps si l'élaboration proprement dite de l'avant-projet doit être précédée d'un rapport (au moins un an) (v. *ch. 96*).
- Il faut par ailleurs réserver assez de temps pour l'analyse d'impact de la réglementation (voir ch. 160). Ces travaux devraient être entrepris le plus tôt possible, car leurs résultats seront intégrés aux documents mis en consultation. Le Quick-Check AIR permet d'évaluer précocement la nécessité d'une analyse.
- Au moment de la planification, il convient le cas échéant de prendre des décisions préliminaires concernant la récolte de l'information (v. *ch. 100*; v. aussi le ch. 70 pour les formes possibles de communication avec le public) et la forme des structures à mettre en place pour s'assurer le savoir nécessaire (groupe de travail interne, commission d'études, commission d'experts, etc., v. *ch. 101*). L'une et l'autre tâches peuvent avoir des conséquences sur le besoin en

temps.

- Il faut également planifier suffisamment de temps pour la rédaction parallèle et les traductions (concernant la rédaction parallèle, voir ch. 176). Par ailleurs, il ne faut pas sous-estimer le temps nécessaire à la mise au propre des projets à l'issue de la consultation des offices, notamment lorsqu'ils ont trait à des sujets controversés au sein de l'administration ou concernent un grand nombre d'offices. Cette étape itérative de la procédure est de nature à déclencher de longues discussion, qu'elles aient lieu avec les offices intéressés ou à l'intérieur même de l'office ou du département compétent (approbation des modifications par les autorités supérieures).
- Lorsque les cantons ou les communes sont compétents pour exécuter la loi, il convient de leur octroyer un délai adapté (v. *ch. 292* et *1074*).

L'écart par rapport aux indications ci-dessus relatives au temps nécessaire peut être important: certains projets complexes, exigeants sur les plans politique et technique, durent beaucoup plus longtemps. Au contraire, si le projet est considéré comme politiquement prioritaire, certaines phases de projet peuvent être nettement plus courtes. Les moyens suivants peuvent aider à répondre à une volonté politique d'avancer rapidement dans un processus législatif:

- une équipe de projet suffisamment nombreuse peut être mise à disposition (ch. 85 et 87). Pour ce faire, il convient de fixer des priorités dans l'utilisation du personnel existant et, le cas échéant, de faire appel à des spécialistes supplémentaires ;
- certains processus peuvent être menés en parallèle, pour autant que cela ne compromette pas leur efficacité. Ainsi, le dossier peut être transmis au Secrétariat général pour examen du contenu alors que le « circuit » (ch. 252) est encore en cours ; il ne doit toutefois être soumis au chef de département qu'une fois le circuit terminé. Des mandats de traductions peuvent déjà être donnés parallèlement à d'autres étapes, en respectant les délais fixés dans les directives de la Chancellerie fédérale pour les affaires du Conseil fédéral ("Classeur rouge", rubrique Processus d'affaires > Traductions) ;
- exceptionnellement, les délais des procédures de consultation et d'examen peuvent être raccourcis en cas d'urgence avérée, d'entente avec les services compétents ou concernés. Un raccourcissement du délai ordinaire de consultation des offices (trois semaines) doit être convenu avec les principaux destinataires et doit quand même permettre un traitement sérieux des documents ; il doit en outre rester suffisamment de temps pour l'évaluation de la consultation des offices et la finalisation du projet (art. 4, al. 2, OLOGA). Le temps nécessaire pour le traitement par le secrétariat général du département et pour la procédure de co-rapport doit être clarifié avec le secrétariat général. Pour le raccourcissement du délai (3 mois) pour la procédure de consultation externe, voir le ch. 208.

Pour la procédure extraordinaire de l'Assemblée fédérale, voir le ch. *256*, et pour la déclaration d'urgence des lois fédérales, les ch. *556*, *286*, *306*, *1002*, *1008* et *1043*.
Concernant la publication urgente, voir les ch. *310* et *1004* à *1006*.

La maîtrise des problématiques de la densité normative et du niveau normatif (v. ch. *698* ss, en particulier *701*) aide beaucoup pour permettre la mise à disposition de bases légales en temps utile.

Choisir l'organisation adéquate

85 En règle générale, les projets législatifs exigent le recours à des connaissances et à des aptitudes multiples. Aussi reposent-ils, le plus souvent, sur une collaboration interdisciplinaire. Les travaux législatifs doivent toujours être planifiés et réalisés avec le concours de juristes. Il convient d'y associer également d'une part les spécialistes de la matière à codifier (par exemple dans les domaines de l'économie, de sciences, des technologies y compris des technologies de l'information (TI), de la médicine) et d'autre part les Services linguistiques des offices et des départements.
Le rôle de l'informatique (TI) dans le projet peut se situer à différents niveaux: l'informatique peut être l'objet de la réglementation, ou être utilisée comme outil pour accomplir les tâches à réglementer, ou encore influencer le comportement des destinataires de la réglementation. Cela doit se refléter dans le choix des spécialistes concernés. Il faut en outre tenir compte du fait que des systèmes informatiques sont souvent utilisés pour la mise en œuvre des actes législatifs. C'est pourquoi, dans ces cas, les spécialistes des TI doivent être impliqués à un stade précoce. Une étroite collaboration entre toutes les disciplines concernées est nécessaire dès les premières phases du projet. Elle ne se résume toutefois pas à une seule concertation en début de projet. Elle doit au contraire être mise en œuvre de manière ciblée tout au long du projet, afin de garantir que la réglementation qui en résulte soit pleinement convaincante. Cela est particulièrement important lorsque, surtout dans le contexte informatique, les projets sont gérés de manière "agile" et qu'ils évoluent fortement au fur et à mesure de l'avancement des travaux (v. également le ch. 78 pour la méthode de gestion de projet HERMES).
Enfin, il ne faut pas oublier que, bien souvent, l'exécution des textes législatifs requiert la mise en place de systèmes informatiques. Il convient donc d'impliquer à temps aussi les informaticiens.

86 Il y a également lieu de veiller au multilinguisme au sein de l'équipe chargée du projet. Le fait d'intégrer dans cette équipe des locuteurs des différentes langues officielles (allemande, française et, dans la mesure du possible, italienne) facilite la rédaction parallèle ainsi que la traduction ultérieure et la révision linguistique des textes juridiques et contribue à leur qualité.

Libérer des moyens suffisants (ressources humaines et financières)

87 À la lumière de la planification du déroulement et de la forme d'organisation arrêtée, il y a lieu de se livrer à une estimation des ressources humaines et financières requises par le projet. Nous formulons ci-après quelques remarques concernant les différentes étapes du processus législatif :

- Phase préliminaire : c'est elle qui occasionne le plus grand volume de travail (élaboration de l'avant-projet, y compris le Quick-Check AIR et une éventuelle analyse AIR, procédure de consultation, préparation du message et du projet de loi).
- Phase parlementaire : elle peut occasionner également une charge notable (confection des dossiers guide, rédaction de rapports complémentaires et, au besoin, de propositions de nouvelles normes à titre de variantes, examen des propositions d'amendement déposées en commission et en plénum, avis sur ces propositions).
- Phase précédant la votation (le cas échéant) : il en découle des travaux d'une certaine ampleur (élaboration de textes pour la brochure explicative du Conseil fédéral, préparation d'argumentaires et d'exposés destinés aux conseillers fédéraux).
- Phase postparlementaire : si, parallèlement aux débats parlementaires, il est nécessaire de préparer les textes d'application, la charge en résultant durant les phases parlementaire et postparlementaire peut s'avérer pratiquement aussi lourde voire plus lourde que durant la phase préparlementaire. Lorsque l'on planifie le temps nécessaire à l'élaboration d'une ordonnance, il vaut la peine de prévoir des ressources suffisantes pour la phase ultérieure (par exemple, pour la préparation de documents destinés à faciliter la tâche des autorités d'exécution).

88 Du point de vue financier, les montants à prévoir (en sus des salaires des collaborateurs chargés du projet, qu'il n'est pas nécessaire de budgétiser spécialement) sont destinés à couvrir principalement les coûts des mandataires externes (honoraires d'experts, établissement d'expertises et autres mandats), les débours (par exemple, les indemnités de déplacement), les coûts d'éventuelles réglementations expérimentales (v. ch. 190 et 1046–1048) les frais de traduction (si les délais sont serrés, il est souvent nécessaire de recourir aux services de traducteurs extérieurs). En outre, lorsque les projets sont de très grande envergure, ils occasionnent parfois des frais supplémentaires (bureaux, équipements informatiques, relations publiques, etc.).

Ne pas négliger l'information et la communication

89 Lors de la planification du projet, il importe d'accorder une attention suffisante à l'information et à la communication, plus particulièrement si un concept de communication offensif doit être mis en œuvre (v. ch. 70). Il convient de fournir assez

tôt aux services d'information la documentation nécessaire (v. *ch. 44 ss.*).

Faire approuver la planification du projet

90 La planification du projet doit être approuvée par l'autorité mandante (généralement la direction de l'office, parfois le département, voire le Conseil fédéral) pour qu'elle acquière force obligatoire pour les personnes directement impliquées dans le projet. La meilleure façon de procéder est de faire avaliser un document (par exemple un plan de projet) fournissant des informations sur les points suivants :

- contexte et contenu ;
- affaires connexes ;
- participants au projet ;
- ressources financières ;
- planification des travaux ;

analyses (par exemple AIR) ou expertises planifiées.

Assurer le contrôle de gestion du projet

91 La direction du projet (plus, éventuellement, une unité de l'office ou du département chargée de tâches de contrôle de gestion) vérifie en continu que le projet progresse selon les étapes fixées. Elle adapte la planification aux éventuelles modifications des objectifs, du calendrier, des ressources disponibles, etc. Lorsque les modifications affectant la planification sont d'envergure, il y a lieu d'en informer les autorités supérieures, voire de les consulter.

Résultat

92 L'organisation du projet dispose maintenant d'une planification approuvée. Le contrôle de l'avancement du projet est assuré.

Phase de conception

Préparation des travaux et collecte des informations nécessaires

Généralités

Définition et fonction

93 La phase de conception précède la rédaction de l'avant-projet et du rapport explicatif. Elle consiste à élaborer une base solide sur laquelle s'appuiera l'avant-projet. Cette phase se subdivise en plusieurs étapes (définition des problèmes, fixation des objectifs, choix des solutions). C'est à la lumière de ces éléments que l'on élaborera une esquisse d'acte normatif (voir ch. 161 ss). Cette esquisse et son approbation permettront ensuite un pilotage ultérieur ad hoc du travail de rédaction de l'acte législatif proprement dit. L'interdisciplinarité est de mise dès les premiers travaux ; il est bon que des juristes y soient déjà associés.

Bases légales

Art. 7, 57 et 57*a* à 57*g* Loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA RS 172.010). 94

Art. 8*a* à 8*t* Ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA RS 172.010.1), en cas de constitution d'une commission extraparlementaire.

Étapes

Situation de départ

Le mandat d'élaborer un projet d'acte législatif a été donné. 95

La planification du projet a été établie (v. *ch.76* ss).

Il s'agit maintenant de collecter les éléments d'information nécessaires à l'élaboration de l'avant-projet. À cette fin, il y a lieu de ne pas perdre de vue trois points importants.

S'interroger sur la nécessité d'élaborer un rapport recensant les connaissances de base nécessaires

Bien souvent, il n'y a pas besoin d'élaborer un rapport. Toutefois, il peut être judicieux d'établir un rapport avant le début des travaux législatifs proprement dits, notamment lorsque : 96

- l'office compétent n'est pas en mesure (avec la collaboration d'autres offices fédéraux, des cantons et des milieux intéressés) de réunir les connaissances de base nécessaires ;
- il doit faire face à des problèmes nouveaux et de grande ampleur, que des incertitudes planent sur la situation réelle et sur les objectifs à atteindre et qu'il s'agit éventuellement de créer de nouveaux et complexes instruments d'action de l'État.

Ce rapport peut être élaboré par l'office lui-même, par un groupe de travail interne, par une commission d'étude (v. *ch. 102*), par une commission Confédération-cantons, ou encore par un ou plusieurs experts. 97

En règle générale, le mandat d'élaborer le rapport est donné par le département, éventuellement à la demande de l'office compétent. Il est plus rare qu'il émane de la direction de l'office. 98

Les destinataires et l'utilité d'un tel rapport peuvent être les suivants : 99

- le chef du département : pour prendre des décisions préliminaires ;
- le Conseil fédéral : pour mener une discussion, décider des grandes orientations du projet ou ouvrir une procédure de consultation sur les questions de principe (sans projet normatif) ;
- l'Assemblée fédérale.

Déterminer les sources d'information

100 L'office compétent peut collecter les informations nécessaires selon différentes modalités, qui peuvent être combinées :

- synthèse d'informations disponibles (par exemple : rapports d'experts, rapports du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale, rapports de commissions parlementaires, données statistiques) ;
- collecte d'informations auprès d'autres services de l'administration fédérale (par exemple : Office fédéral de la statistique) ;
- collecte d'informations auprès d'autorités cantonales ou autres (par exemple, à la faveur d'une enquête, en collaboration avec une conférence de directeurs cantonaux) ;
- attribution d'un mandat externe (par exemple : étude comparative entre plusieurs pays par l'Institut suisse de droit comparé, étude de base ou évaluation de la réglementation en vigueur par un institut universitaire ou privé) ;
- tenue d'une audition (par exemple : des cantons, des communes, des organisations, d'associations) ou dans le cas d'autres formes de communication avec le public (v. ch. 70).

Déterminer les structures à mettre en place pour s'assurer le savoir nécessaire

101 Il est parfois possible de collecter au sein du seul office (spécialistes, groupe de travail interne) les informations nécessaires à l'élaboration de l'avant-projet d'acte législatif. Toutefois, en règle générale (notamment lorsque la matière à régler est importante ou peut soulever des controverses du point de vue politique), on fait appel aux connaissances d'experts extérieurs à l'office, voire à l'administration. Lorsque le projet touche des intérêts essentiels des cantons ou des communes, notamment dans sa mise en œuvre, on veille à ce que ces derniers participent de manière appropriée. Si ce n'est pas possible ou pas indiqué, il convient de le justifier.

Groupe de travail ou groupe d'accompagnement	
Convient lorsque	L'option « groupe de travail » convient notamment lorsque les experts se trouvent essentiellement dans l'administration. Le groupe de travail peut aussi être constitué pour délimiter le cadre du mandat et définir la marche à suivre.
Composition, présidence	Il se compose d'un nombre restreint de personnes (sept à dix personnes) – avant tout des membres de l'administration fédérale – placées sous une direction interne à l'administration.
Institution	Le groupe de travail interne est institué en général par l'office.
Commission d'étude	
Convient lorsque	La forme de la commission d'étude convient lorsqu'il s'agit d'effectuer des tâches scientifiques et méthodologiques, comme des études préliminaires ou des rapports. Si cela s'avère nécessaire, les desiderata des milieux politiques peuvent être pris en compte lors d'auditions, éventuellement complétées par un questionnaire.
Composition, présidence	Une commission d'étude est composée d'experts et ne devrait pas compter plus de quinze membres. En règle générale, elle est présidée par une personne issue de l'administration. Il peut s'imposer de confier la présidence à une personne extérieure lorsque celle-ci justifie d'un savoir étendu et d'une expérience pratique et/ou jouit d'une grande indépendance.
Institution	La commission d'étude est instituée par le département.
Commission d'experts	
Convient lorsque	La commission d'experts convient lorsqu'il faut élaborer un projet d'acte législatif ou effectuer des études plus approfondies. Elle a souvent aussi pour fonction de trouver un consensus, notamment sur les points qui peuvent soulever des controverses.
Composition, présidence	La commission d'experts est généralement composée en majorité de spécialistes extérieurs à l'administration, choisis de manière à assurer une représentation aussi équilibrée que possible des groupements d'intérêts, des sexes, des langues, des régions et des tranches d'âge. Plus une commission d'experts compte de membres, plus lourds sont, généralement, la charge administrative et les coûts qu'elle occasionne et plus les débats sont laborieux. Aussi, le nombre de ses membres ne devrait pas dépasser 20. Une commission d'experts peut s'organiser en sous-commissions. Elle est généralement placée sous une direction interne à l'administration. Elle peut être placée sous une direction externe lorsque la personne en cause justifie d'un savoir étendu, jouit d'une grande indépendance et d'une expérience solide et fait autorité.
Institution	La commission d'experts est instituée par le Conseil fédéral ou par le département qui en informe au préalable le Conseil fédéral.
Commission extraparlementaire	
Convient lorsque	La commission extraparlementaire est adéquate lorsqu'il s'agit d'assister en permanence le Conseil fédéral ou un département. Elle a une activité de conseil et est chargée de travaux préparatoires dans des domaines déterminés.
Composition, institution	Elle est constituée conformément aux art. 57*a* à 57*g* LOGA et 8*a* à 8*i* OLOGA. La durée de fonction est de 4 ans, et coïncide avec la législature du Conseil national.

Commission Confédération-cantons	
Convient lorsque	La constitution d'une telle commission est surtout recommandée lorsque des projets d'actes législatifs ont d'importantes incidences pour les cantons.
Composition, présidence	La commission est composée de représentants de la Confédération et des cantons, auxquels s'ajoutent parfois d'autres représentants (par exemple, de l'Association des communes suisses ou de l'Union des villes suisses). La présidence peut être assumée par un représentant de la Confédération ou des cantons, voire par les deux conjointement (co-présidence).
Institution	Cette commission est instituée par le Conseil fédéral ou, parfois, par le département, après entente avec les cantons.
Experts	
Convient lorsque	Le recours à un expert est une solution qui convient lorsque la personne en question détient un savoir qui en fait le ou la spécialiste par excellence et que le thème à traiter prête à controverse sur le plan politique.
Institution	Les experts sont mandatés par l'office compétent.

Résultat

103 La façon de procéder pour élaborer l'avant-projet est fixée. On a défini en particulier comment s'assurer les connaissances nécessaires.
Cette étape franchie, le travail de fond proprement dit peut débuter. Il s'agit tout d'abord de décrire les problèmes, les objectifs, le cadre normatif, les différentes solutions envisageables et celle qu'il faut retenir, avant d'élaborer l'esquisse d'acte normatif, puis l'acte normatif lui-même.

Définir le problème

Généralités

104 La définition du problème permet de déterminer si et, le cas échéant, pourquoi un état de fait doit être soumis à une réglementation ou pourquoi celle qui existe doit être modifiée.

105 S'il s'agit d'une étape importante, c'est surtout parce qu'elle permet ultérieurement de déterminer les besoins exacts d'intervention de l'État et de choisir les moyens d'action appropriés. Elle sert donc de base pour toutes les étapes ultérieures. Elle garantit que la situation initiale a été examinée avec suffisamment de soin, avant que l'on passe à l'instauration de mesures. Elle est la condition *sine qua non* du respect du principe de la subsidiarité (v. *ch. 64)*. Aussi, il est essentiel d'envisager le problème dans sa globalité, de manière minutieuse et pondérée.

106 Le cycle de résolution des problèmes (définition du problème, fixation des objectifs, etc.) est présenté ici de manière linéaire. Toutefois, il s'agit souvent d'un processus itératif. Ainsi, au moment de passer à la définition des objectifs, on peut constater que l'analyse du problème n'est pas suffisamment précise et doit être complétée. Autre exemple : lors de l'évaluation des différentes solutions possibles, il peut s'avérer que la définition des objectifs présente encore des lacunes et que

les objectifs doivent être fixés de manière à la fois plus globale et plus précise.

107 Les étapes du cycle de résolution des problèmes ne permettent pas seulement de trouver méthodiquement une solution adéquate. Elles constituent aussi des éléments importants pour l'élaboration du rapport explicatif. Les textes confectionnés durant ces étapes doivent être, dans toute la mesure du possible, rédigés de manière telle qu'ils puissent être repris intégralement dans ce rapport.

108 L'analyse du problème et l'analyse de la situation existante sont étroitement liées (le problème = la différence entre la situation existante et la situation souhaitée). Il arrive cependant que la nécessité de légiférer ne découle pas de problèmes proprement dits mais soit induite par l'évolution du droit, de l'économie, des technologies, par les nouvelles marges de manœuvre qui s'offrent à l'État ou encore par l'occasion qui s'offre de mettre en œuvre des solutions plus efficaces. Il peut ainsi arriver que de nouvelles possibilités techniques ne puissent être utilisées efficacement qu'en adaptant des actes législatifs (par exemple les véhicules autonomes) ou qu'elles permettent de nouvelles approches législatives (par exemple en permettant aux personnes concernées par certaines données d'avoir un accès direct en ligne pour obtenir directement ces données, de sorte que les demandes d'informations exigeantes administrativement deviennent superflues).

109 Dans certains cas, il peut être judicieux de soumettre l'analyse du problème à l'appréciation d'autres unités de l'administration fédérale (services concernés par la matière à régler) ou d'experts externes, ou d'en faire l'objet d'un débat public (v. ch. 70)

Étapes

Situation de départ

110 Le mandat d'élaborer un avant-projet a été donné. Les sources d'information ont été déterminées et les structures à mettre en place pour s'assurer le savoir nécessaire ont été définies.

L'analyse du problème et de la situation existante implique les étapes suivantes, certaines se déroulant simultanément et d'autres successivement.

Analyse du mandat/de l'impulsion

111 L'impulsion ou le mandat énoncent, en règle générale, un certain nombre de problèmes et exigent des solutions formulées plus ou moins concrètement. Il convient la plupart du temps de vérifier les objectifs qui sous-tendent l'impulsion ou le mandat, de se demander dans quelle mesure ces objectifs sont en adéquation avec le sens général des solutions envisagées et d'approfondir leur contenu.

112 Parfois, la définition des problèmes a un caractère par trop unilatéral et est axée sur des solutions bien déterminées, à l'exclusion d'autres voies, ou elle est formulée en termes très généraux.

Il arrive aussi que l'on invoque des raisons d'agir non mûrement réfléchies et inadéquates.

Détermination des causes et de la dynamique des problèmes

113 Fort de ses compétences techniques et, éventuellement, en faisant appel à des experts, l'office se livre à une analyse du problème et de sa dynamique. Différents critères sont utiles à cette analyse :

- nature : en quoi consiste le problème ?
- causes : à quoi faut-il attribuer le problème ? Dans quelles conditions est-il apparu et quelles en sont les causes ?
- contexte : quelles sont les conditions cadres sur les plans social, politique, environnemental et dans le domaines des nouvelles technologies (TI) etc. ? Quelle est l'opinion de la société civile (grand public, partis politiques, milieux intéressés) ?
- mesures déjà prises : quelles sont les mesures qui ont déjà été prises à l'échelon communal et cantonal, au niveau fédéral et sur le plan international ? Pourquoi les effets qu'elles ont eus sont-ils insuffisants ? A-t-on procédé à des évaluations de ces mesures et, dans l'affirmative, quelles conclusions en a-t-on tiré ?
- dynamique : peut-on observer une évolution du problème (caractéristiques périodiques, régularité) ?
- durée : le problème est-il durable ou temporaire ?
- effets : qui ou qu'est-ce qui est touché par ce problème et dans quelle mesure ?
- recoupements : avec quels autres domaines et activités de l'État le problème se recoupe-t-il ?
- conséquences d'une non-intervention : que se passerait-il en cas de non-intervention ? De quelle manière et dans quelle mesure cela aurait-il des effets dans d'autres domaines?

Présentation des facteurs à l'origine du problème sous la forme d'un graphique

114 Si cela est nécessaire, on peut établir un graphique permettant de visualiser les facteurs à l'origine du problème, leurs interactions et l'importance qu'ils ont (modélisation causale).

Au besoin, développer des scénarios

115 Il arrive fréquemment que l'on développe des scénarios, c'est-à-dire différentes hypothèses sur l'évolution du problème et sur le champ d'intervention. Cette manière de procéder permet de mieux prendre en compte les incertitudes qui planent sur cette évolution et, lors de l'évaluation des différentes solutions possibles, les risques et les chances que peuvent présenter des stratégies bien déterminées.

Résultat

On dispose maintenant d'un document écrit définissant le problème (complété, au besoin, par un graphique). 116

Il servira de base pour la rédaction du chapitre « Contexte » du rapport explicatif puis du message à l'appui du projet de loi.

La définition du problème servira, en outre, de base pour les étapes ultérieures que sont la définition des objectifs et la recherche de solutions.

Le processus législatif peut être interrompu si l'on est en droit de supposer que la société, le secteur économique ou les cantons et les communes sont à même de venir à bout du problème par leurs propres moyens et dans un délai utile. La définition du problème peut également déboucher sur des mesures à caractère non normatif (actes matériels, changement de pratique, etc.) ou des conventions. Il est à noter toutefois que l'activité de l'État doit également reposer sur une base légale adéquate lorsqu'elle prend par exemple la forme d'un acte matériel ou d'un contrat. 117

Fixer les objectifs

Généralités

La fixation des objectifs sert à définir l'état que l'on entend atteindre ou, du moins, qu'il serait souhaitable d'atteindre. 118

Elle remplit quatre fonctions : 119

- indiquer la direction à suivre lors de la recherche de solutions ;
- fournir un critère important pour l'évaluation des différentes solutions possibles ;
- faciliter notablement l'interprétation ultérieure de la loi ;
- servir de référence lors d'une évaluation ultérieure de l'efficacité de l'acte législatif.

Les objectifs définis figurent généralement dans le chapitre « Contexte » du rapport explicatif et du message du Conseil fédéral. Ils pourront être intégrés dans les dispositions de la loi concernant le but de celle-ci. Ces dispositions fournissent aux autorités chargées d'appliquer ou de dire le droit des indications sur la manière d'interpréter les différentes normes de l'acte. 120

Les objectifs doivent être formulés indépendamment de la solution ; en d'autres termes, on évite de partir d'une idée préconçue de celle-ci. Au moment de la recherche des solutions, on augmente ainsi les chances de prendre en compte des idées nouvelles qui auraient sinon été laissées de côté ; toutes les solutions sensées doivent être envisagées. En particulier, des idées préconcues sur certaines options de mise en œuvre techniques ou administratives ne doivent pas conduire à un rétrécissement du champ des solutions. 121

Il s'agit aussi de fixer les critères de contrôle devant permettre d'évaluer les différentes solutions (objectifs quantitatifs et qualitatifs). 122

123 Il n'est pas toujours possible d'établir une séparation stricte entre objectifs et moyens de les atteindre ; tout dépend du niveau d'abstraction avec lequel on les considère.

Étapes

Situation de départ

124 Le mandat d'élaborer un avant-projet a été donné ; les sources d'information ont été déterminées et les structures à mettre en place pour s'assurer le savoir nécessaire ont été définies. On dispose également d'une analyse du problème.

Analyser les objectifs contenus dans le mandat à la lumière du contexte politique

125 Il s'agit de déterminer les objectifs implicites ou explicites qui sont contenus dans le mandat. On inclut dans cette analyse tous les documents pertinents (programme de la législature, interventions parlementaires et réponses du Conseil fédéral, prises de position au sein des conseils législatifs et dans les commissions parlementaires, notamment).

Fixer des objectifs réalistes, susceptibles de donner lieu à un consensus

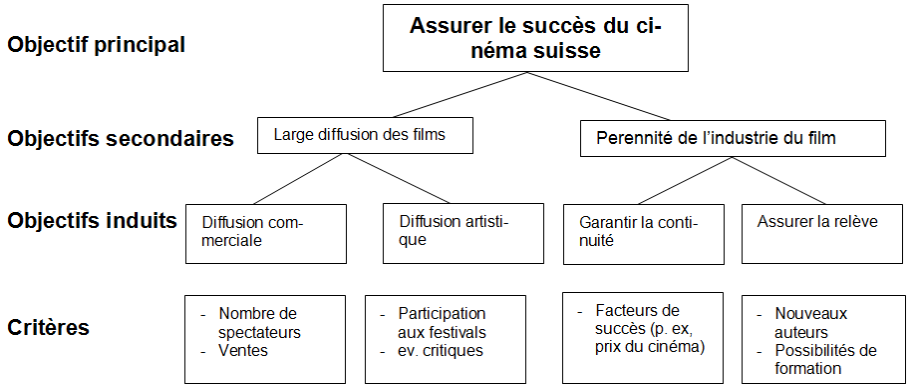
126 Il s'agit de formuler des objectifs réalistes et aussi concrets que possible.

Établir, au besoin, une arborescence des objectifs

127 Il n'est pas rare que l'on doive prendre en compte un ensemble complexe d'objectifs qui soit se combinent harmonieusement, soit sont antagonistes.
En l'occurrence, il importe de ne pas perdre de vue le cadre dans lequel s'inscrit le projet : on fixe les impératifs à respecter lors de la recherche de solutions (par exemple neutralité des coûts, mise en œuvre par les cantons, réduction au minimum des effets collatéraux).

128 Dresser une arborescence graphique permet de visualiser les relations entre les objectifs (par exemple leur hiérarchie).

Exemple : arborescence « Encouragement du cinéma »



Source : Cine-Bulletin 12/2005

Au besoin, concrétiser les objectifs

La définition des objectifs gagne en clarté et en précision si ceux-ci, au lieu d'être libellés en termes vagues, contiennent des indications mesurables qui permettent de vérifier s'ils ont été atteints. 129

Exemple :

- au lieu de : « réduire notablement les gaz à effet de serre », adopter une formulation plus précise telle que : « réduire à zéro les émissions de gaz à effet de serre d'ici à 2050 ».

Résultat

On dispose maintenant d'un document écrit identifiant les objectifs (et complété au besoin par une arborescence graphique). Il pourra être intégré dans le rapport explicatif (chapitre « Contexte », « solutions étudiées et solution retenue »). 130

Définir le cadre normatif

Généralités

Tout acte législatif nouveau ou modifié est appelé à s'insérer dans un cadre normatif existant. Il importe d'en déterminer le contenu suffisamment tôt afin de vérifier les compétences législatives et de garantir la cohérence de la réglementation et la conformité du projet au droit de rang supérieur. 131

Le cadre normatif ne s'analyse pas une fois pour toutes en début de processus, mais fait l'objet d'un réexamen constant à mesure que le projet avance et que les normes sont précisées. Ceci est particulièrement important lorsqu'un projet agile dans un contexte informatique change par rapport aux considérations initiales. Sur la nécessité d'une collaboration interdisciplinaire à long terme, voir le ch. 85. 132

Le cadre normatif (par exemple, l'absence de base constitutionnelle qui permettrait d'adopter telle ou telle approche) joue un rôle important dans la recherche et l'évaluation de solutions. S'il ne peut à lui seul être déterminant pour le choix d'une 133

solution, il permet d'exclure celles qui s'avéreraient inappropriées.

134 Il convient, en particulier, de respecter les lois transversales (comme les normes de procédure générales, la loi sur la protection des données ou la législation en matière de subventions).

135 On doit se préoccuper de coordonner le projet avec les révisions en cours qui concernent la même matière ou les mêmes actes législatifs. Le besoin de coordination peut concerner des aspects matériels ou formels (par exemple renvois à des actes législatifs). Pour les projets qui nécessitent des normes de coordination et la manière dont elles doivent être introduites, voir DTL ch. 54.

Étapes

Situation de départ

136 Le mandat d'élaborer un avant-projet a été donné ; les sources d'information ont été déterminées et les structures à mettre en place pour s'assurer les connaissances nécessaires ont été définies. La définition du cadre normatif peut intervenir après la définition du problème et la fixation des objectifs, mais aussi parallèlement à ces deux étapes.

Compétence législative de la Confédération

137 Lors de l'élaboration d'une loi fédérale, il faut tout d'abord déterminer si la Confédération dispose d'une base constitutionnelle suffisante pour agir dans un certain domaine et prendre une mesure déterminée. Si une telle base constitutionnelle existe, il s'agit ensuite d'en déterminer la portée et, si elle s'avère insuffisante, de la modifier. S'il n'existe pas de base constitutionnelle, on doit envisager de la créer ou au contraire renoncer à une réglementation fédérale.

Le cadre normatif

138 Le cadre normatif à prendre en considération est formé du droit international, du droit de l'UE et du droit fédéral. Il s'agit non seulement des textes en vigueur, mais aussi des projets d'actes législatifs adoptés ou en cours.

- Droit international : la Suisse est liée par tous les traités internationaux qu'elle a conclus avec d'autres États, des organisations internationales et d'autres sujets du droit international. Sur le plan matériel, il convient de vérifier si la matière à régler n'est pas déjà l'objet de normes internationales, en consultant la partie correspondante du RS. Il vaut également la peine de considérer le droit international auquel la Suisse n'est pas soumise, pour éviter de s'écarter sans nécessité de ces normes de peur de créer ensuite des contradictions en cas d'adhésion.
- Droit de l'UE : les traités bilatéraux qui lient la Suisse et l'UE engagent la Suisse au plan international. Ils déterminent les actes de l'UE (l'"acquis") dont le contenu s'applique aussi à la Suisse. Si cette dernière n'a pas conclu d'ac-

cord avec l'UE dans un certain domaine, le droit de l'Union ne doit pas être repris dans le droit suisse, mais il n'en faut pas moins éviter de créer des divergences contraires aux intérêts de la Suisse.
- Droit fédéral : un survol des dispositions du droit fédéral aide à déterminer si des aspects du problème sont déjà réglés et s'il vaut mieux élaborer une nouvelle loi ou modifier une loi existante.

Résultat

Les responsables du projet connaissent maintenant le cadre normatif ; ils en tiendront compte tout au long du processus d'élaboration du projet. 139

Rechercher des solutions

Généralités

La recherche de solutions doit être méthodique si l'on veut éviter que le choix opéré se porte trop hâtivement sur une réglementation inappropriée (que le public appelle de ses vœux, par exemple). Il s'agit de garantir que les différents instruments d'action de l'État soient pris en compte, afin que de nouvelles solutions puissent être étudiées et éventuellement mises en œuvre. Les solutions proposées doivent être consensuelles. 140

Lors de la recherche et de l'évaluation de solutions possibles, il convient de tenir compte des éléments de l'analyse AIR (voir ch. 160) ainsi que des principes énoncés dans la loi fédérale sur l'allégement des coûts de la réglementation pour les entreprises (art. 1 et 2 LACRE) et des vérifications préalables (art. 4 LACRE ; RS 930.31).

Étapes

Situation de départ

Les problèmes et les objectifs ont été identifiés. 141

Inventorier les différentes solutions possibles

Il s'agit de trouver des solutions qui permettent de venir à bout des problèmes ou, autrement dit, d'atteindre les objectifs fixés. Plusieurs types de solutions peuvent être envisagés : recours à des instruments d'action de l'État, formels et informels, action au niveau de la Confédération, des cantons et des communes, collaboration avec les particuliers sous différentes formes, enfin, inaction. 142

La recherche de solutions possibles requiert une connaissance approfondie non seulement des problèmes et des objectifs identifiés mais aussi, le cas échéant, des solutions adoptées dans d'autres États – y compris des États fédérés – face à des problèmes analogues. 143

La recherche de solutions est également un processus créatif (on peut faire appel à des techniques favorisant la créativité, telles que le brainstorming ou le mind mapping), ce qui peut déboucher sur des solutions novatrices. 144

145 La recherche de solutions est facilitée si l'on répond aux questions suivantes :

- Quelle est la logique qui est à la base du problème à résoudre ? De quelle manière l'État peut-il influer sur les acteurs en cause afin d'obtenir une amélioration de la situation ?
- Quelles solutions ont été préconisées au sein de l'opinion publique pour venir à bout du problème ?
- A-t-on adopté à l'échelon des cantons ou au sein d'États comparables des solutions, voire des réglementations concrètes, pour faire face au problème ou à l'état de fait en cause ? Dans l'affirmative, quelles sont-elles (étude de droit comparé) ?
- Existe-il dans d'autres domaines des problèmes similaires ? Comment les a-t-on résolus ?
- Quels sont les instruments d'action possibles (voir *ch. 827 ss*) ?
- Existe-t-il certaines approches et stratégies qui se prêtent particulièrement bien à résoudre les problèmes en cause ? Par exemple : des stratégies relevant de l'économie de marché, c'est-à-dire la création de (nouveaux) marchés qui fonctionnent, des stratégies de droit privé (par exemple, instauration de nouveaux droits subjectifs et moyens de recours), des stratégies d'interdiction et de répression pénale, des stratégies pédagogiques (faire de l'État un modèle, créer des labels, conduire des campagnes d'information, etc.), enfin, des stratégies partenariales (collaboration entre secteur public et secteur privé) ?

Écarter les solutions les moins appropriées

146 Un examen sommaire permet, généralement, d'écarter certaines solutions, notamment :

- parce qu'elles sont disproportionnées (il existe d'autres solutions adaptées qui auraient des répercussions moins lourdes pour les destinataires)
- parce qu'elles apparaissent moins efficaces
- parce que trop onéreuses
- parce qu'elles posent d'épineux problèmes sous l'angle juridique (incompatibilité avec d'autres solutions déjà en vigueur, nécessité de réviser la Constitution, par exemple),
- parce que trop rigides, par exemple parce qu'elles sont trop axées sur une mise en œuvre technique spécifique et ne sont donc pas assez ouvertes sur l'avenir (v. ch. *698 ss*, notamment *701* sur la relation entre le niveau normatif, la densité normative et la flexibilité/neutralité technologique),
- parce qu'elles ont peu de chances d'obtenir un consensus.

Combiner les solutions lorsqu'elles s'y prêtent et développer des variantes

147 Il est possible de faire évoluer comme suit les solutions qui ont été identifiées :

- regrouper celles dont les effets se complètent ou se renforcent mutuellement. Il peut s'agir également de solutions qui doivent être mises en œuvre dans un

ordre logique (par exemple, les solutions les moins incisives au début, suivies des solutions plus rigoureuses pour le cas où les premières seraient trop peu efficaces) ;
- traiter les solutions ou les ensembles de solutions qui s'excluent mutuellement comme des alternatives qu'il convient d'opposer les unes aux autres ;
- regrouper par sous-variantes les solutions qui peuvent être concrétisées sous différentes formes.
- Les concepts réglementaires qui correspondent aux conditions actuelles (par exemple techniques, informatiques) mais ne sont pas suffisamment ouverts sur l'avenir peuvent être conçus pour être plus ouverts tout en préservant le principe de légalité (exigences en matière de précision)..

Résultat

On dispose maintenant d'un inventaire des solutions théoriquement adéquates. 148
Celui-ci constituera un élément du chapitre « Appréciation de la solution retenue » du rapport explicatif puis du message.

Évaluer les solutions et procéder à leur sélection

Généralités

Il s'agit maintenant d'évaluer jusqu'à quel point les solutions théoriquement adé- 149
quates permettent d'atteindre les objectifs identifiés et quels effets on peut en attendre. À la lumière des résultats de cette appréciation, on sélectionne les mesures à prendre ou les règles à adopter.

À ce stade, les solutions qui ont été sélectionnées ne sont pas encore rédigées 150
sous forme de normes législatives. Cette opération n'interviendra que lors de la phase suivante (avant-projet et rapport explicatif, v. *ch.170 ss*).

Il est recommandé de prendre connaissance dès ce stade des directives du Con- 151
seil fédéral concernant l'examen préalable des risques et l'analyse d'impact relative à la protection des données personnelles en cas de traitement de données personnelles par l'administration fédérale.

Étapes

Situation de départ

Les objectifs à atteindre ont été identifiés. Il en va de même des solutions qui 152
semblent théoriquement propres à remédier aux problèmes.

Détermination des critères d'appréciation

À la lumière des objectifs qui ont été identifiés (v. *ch.118*), il s'agit de définir les 153
critères qui seront déterminants dans l'évaluation des différentes solutions. Il y a lieu de veiller à ce que cette évaluation prenne en compte, dans toute la mesure du possible, tous les facteurs pertinents, y compris ceux qui ont une portée géné-

rale (notamment l'efficacité, l'efficience, l'aptitude à la mise en œuvre, l'acceptabilité politique) ainsi que les conditions-cadre (notamment la nécessité, la proportionnalité, les incidences sur les droits fondamentaux (art. 35 Cst.), les conséquences du projet (voir *ch. 178 ss.*), les coûts, les incidences sur l'effectif du personnel, la charge administrative, la subsidiarité, etc.). Si l'objet de la réglementation évolue relativement rapidement (par exemple dans le domaine informatique), il faut accorder une attention particulière à ce que la réglementation soit ouverte sur l'avenir, dans les limites du principe de légalité (exigence de précision v. ch. *698 ss.*, notamment *701*). Il importe également de prendre en considération les impératifs de l'économie (notamment des PME, auxquelles il convient d'imposer des charges administratives et des restrictions à la liberté d'entreprendre aussi restreintes que possible), de la société (renforcement de l'intégration sociale, améliorations de la santé et de la sécurité publiques, renforcement de la solidarité intra- et intergénérationnelle, etc.) et de l'écologie (réduction des nuisances) ainsi que d'autres aspects, tels que l'égalité entre femmes et hommes et la protection des données. Cette prise en compte permet également d'identifier les effets collatéraux (qu'ils soient positifs ou négatifs) des différentes solutions.

Appréciation des solutions (évaluation prospective)

154 Pour procéder à une sélection parmi les différentes solutions, on dispose de diverses techniques, les unes plus formalisées que les autres. Toutes présentent des points forts et des points faibles. Aussi gagne-t-on à les combiner.

155 Les techniques moins formalisées reposent sur une connaissance précise du mode de fonctionnement des solutions envisageables. Ce mode de fonctionnement est analysé systématiquement et donne lieu à une description par écrit (pouvant être complétée par un schéma). La comparaison systématique des modes de fonctionnement des différentes solutions envisageables permet également de mettre en lumière les avantages et les inconvénients de chacune d'elles. L'évaluation n'obéit pas entièrement à une démarche systématique. Elle porte aussi sur les expériences réalisées sur le champ d'intervention, sur les instruments prévus, sur les autorités chargées de l'exécution, sur les destinataires de la norme, etc. (qu'il s'agisse d'expériences personnelles ou d'expériences consignées dans des rapports d'activité, des rapports ou des synthèses d'évaluation, par exemple).

156 Les techniques formalisées comportent une évaluation systématique, souvent même une quantification des coûts et de l'utilité des différentes solutions envisageables.

157 L'appréciation ne doit pas reposer sur une conception abstraite de l'adéquation et du mode de fonctionnement des solutions ; elle doit plutôt être guidée par des informations aussi réalistes que possible, fondées sur des données probantes et permettant de se faire une idée de la viabilité des scénarios envisagés. Il est d'ailleurs souvent nécessaire d'aller « sur le terrain » afin de recueillir les informations nécessaires à l'analyse d'impact de la réglementation. Par exemple, les interviews

avec des représentants des milieux de l'entreprises, des milieux académiques ou des associations, ou des sondages auprès des autorités cantonales donnent souvent des résultats intéressants et permettent d'améliorer la qualité de l'évaluation prospective. Des enseignements peuvent également être tirés d'une communication publique intensive (v. ch. 70) pour évaluer les effets possibles.

Affiner certaines solutions

158 À la lumière des résultats de la première évaluation, il est possible d'affiner et d'amender les solutions qui semblent les plus prometteuses ou de revoir les combinaisons de solutions pour les améliorer. Si nécessaire, on peut également créer des sous-variantes. Dans cette étape, en particulier pour les projets complexes, il est recommandé de réviser l'analyse d'impact (évaluation prospective) effectuée lors de l'étape précédente, afin de préciser ou de quantifier les conséquences qui ont été identifiées auparavant.

Résultat

159 La ou les solutions sur lesquelles portera l'esquisse d'acte normatif ont été choisies. Il est possible de tirer de l'appréciation des solutions des éléments qui seront utiles pour la rédaction des chapitres « Appréciation de la solution retenue » et « conséquences » du rapport explicatif puis du message.

Planifier et réaliser une analyse d'impact de la réglementation (AIR)

Définition

160 L'AIR est l'instrument qui permet d'étudier et de présenter les conséquences économiques des projets de la Confédération.

Fonction

L'AIR a pour objectif d'examiner de manière systématique la nécessité d'une réglementation, les autres possibilités d'action, les effets attendus et la faisabilité du projet. Le processus AIR accompagne la procédure législative et doit être engagé le plus tôt possible. Le Quick-Check (formulaire) doit être appliqué précocement à tous les projets de loi, dans l'idéal parallèlement au cycle de résolution des problèmes. Il fournit une estimation approximative des principaux éléments de l'AIR et permet de déterminer la nécessité d'une analyse plus approfondie ; il sera joint au premier co-rapport (par exemple avec une note de discussion visant à clarifier l'orientation du projet) au plus tard à l'ouverture de la procédure de consultation. Des analyses supplémentaires peuvent se révéler nécessaires en fonction de l'importance du projet. Les résultats de ces analyses sont présentés dans la proposition du Conseil fédéral, dans le rapport explicatif destiné à la consultation et dans le message.

Moyens auxiliaires

Manuel AIR

Checklist AIR

Élaborer une esquisse d'acte normatif

Généralités

Définition

161 L'esquisse d'acte normatif définit dans les grandes lignes le contenu de l'acte, présente, dans la mesure du possible, des variantes de la solution choisie et contient des explications portant sur les points principaux réglés par l'acte. En revanche, elle ne comporte pas encore de texte normatif rédigé.

Fonction

162 L'élaboration de l'esquisse d'acte normatif est une phase importante qui s'intercale entre la définition des contenus normatifs essentiels et la rédaction proprement dite des normes. Cet instrument a deux fonctions :

- du point de vue de la méthode, il constitue une base structurée pour la rédaction du texte normatif ;
- du point de vue du pilotage, il permet à la direction de l'office de définir les grandes lignes à suivre sur le plan matériel et formel et de prendre les décisions de principe qui s'imposent.

163 En règle générale, l'élaboration de l'esquisse d'acte normatif incombe à l'entité chargée du projet législatif (office, groupe de travail, commission d'experts).

164 Lorsqu'un rapport a été élaboré par un groupe de travail ou une commission d'experts, il contient en principe des éléments qui pourront être réutilisés lors de l'élaboration de l'esquisse de l'acte normatif.

165 Lorsque les modifications à apporter à la législation existante sont mineures, que l'autorité supérieure n'a pas véritablement à définir de grandes lignes à suivre sous l'angle de la technique législative ou que le contenu de l'acte est largement prédéterminé (par exemple, par le droit de rang supérieur ou par des injonctions du Parlement), il est possible de simplifier ou d'abandonner l'esquisse d'acte normatif.

Moyens auxiliaires

- Directive sur la présentation d'esquisses d'acte normatif pour les projets législatifs de l'Office fédéral de la justice

Étapes

Situation de départ

166 Les problèmes ont été identifiés, les objectifs à atteindre sur le plan juridique définis et les contenus essentiels de la réglementation à édicter fixés. La planification du projet est achevée.

Élaboration de l'esquisse d'acte normatif

167 L'esquisse d'acte normatif traite notamment les points suivants :

- Niveau normatif et place dans la systématique (v. ch 698 ss): l'esquisse d'acte normatif définit, à titre de proposition, le niveau auquel il y a lieu de légiférer (ici : au niveau de la loi) et les bases juridiques sur lesquelles l'acte législatif se

fondera. En outre, elle détermine jusqu'à quel point le législateur peut éventuellement charger une autorité inférieure (par exemple, une des unités administratives subordonnées au Conseil fédéral) de certaines tâches par des normes de délégation. Elle définit également dans quel acte existant il y a lieu d'intégrer la nouvelle réglementation ou s'il est nécessaire d'adopter un nouvel acte ou de modifier des dispositions qui existent déjà. En l'occurrence, il s'agit donc avant tout d'élucider comment intégrer les nouvelles normes dans la législation existante.

- Présentation du cadre normatif et forme de l'acte : quels actes normatifs en vigueur doivent être pris en compte et éventuellement adaptés ou abrogés ? L'acte à élaborer doit-il prendre la forme d'une nouvelle loi, d'une révision totale ou partielle d'un acte existant, d'un acte modificateur unique regroupant plusieurs modifications de lois (*Mantelerlass*) ?
- Grands traits de la structure de l'acte : brève motivation de la structure ; chapitres, sections, etc. ; présentation des dispositions générales (objet, but, champ d'application, définitions, etc.) ; principaux articles du corps principal de l'acte dans un ordre cohérent ; mention des dispositions finales (exécution, abrogation et modification d'autres actes, dispositions transitoires, entrée en vigueur, etc.). Les articles ne sont pas rédigés ; on en énumère les titres, avec si nécessaire quelques mots en décrivant le contenu.
- Densité normative : quelle est la densité normative nécessaire, compte tenu du principe de précision de la base légale (principe de légalité), en fonction également du niveau normatif (v. ch. 698 ss, en particulier 701) ? Il faut également laisser aux cantons une marge de manœuvre pour mettre en œuvre le droit fédéral (art. 46, al. 3, Cst.) et prendre garde au partage des tâches entre les autorités qui édictent et celles qui disent le droit (adéquation fonctionnelle).
- Présentation synthétique du contenu normatif : champ d'application personnel et matériel de l'acte, droits et obligations, institution d'organes étatiques, avec leurs tâches et attributions, règles de procédure, etc. Il suffit de les présenter en quelques mots.
- Commentaire des propositions : motivation des contenus normatifs proposés, du niveau législatif choisi, du degré de détail de la réglementation et des variantes.
- Conséquences de la réglementation en ce qui concerne les ressources humaines et financières et en matière informatique, pour tous les acteurs concernés (en particulier le secteur privé et les autorités fédérales, cantonales et communales) et répercussions du projet sur l'économie, la société et l'environnement.
- Variantes à discuter : description et appréciation d'autres options matérielles (autre contenu, notamment concernant le champ d'application et l'efficacité) et formelles (choix entre nouvelle loi, révision totale, révision partielle).

Approbation de l'esquisse d'acte normatif

168 L'autorité compétente (par exemple direction de l'office, chef de département) approuve l'esquisse d'acte normatif.

Résultat

169 On dispose maintenant d'une esquisse d'acte normatif qui a été approuvée.

Avant-projet et rapport explicatif

Rédiger l'avant-projet

Généralités

Définition et fonction

170 L'avant-projet revêt la forme d'un texte législatif. Il est accompagné d'un rapport explicatif. Les deux documents sont soumis à l'appréciation des destinataires de la procédure de consultation qui suivra.

Moyens auxiliaires :

- Pour l'élaboration de l'avant-projet et du rapport explicatif, on se référera aux moyens auxiliaires utilisés pour les projets de lois et de messages (v. *ch.244*).

Assistance

171 La rédaction de l'avant-projet exige le concours de spécialistes de différentes disciplines. Sur le plan juridique, l'assistance leur est fournie par des membres du service juridique de l'office ou du département et, subsidiairement, par des juristes de l'Office fédéral de la justice ou de la Chancellerie fédérale.

172 La rédaction de l'avant-projet et celle du rapport explicatif sont présentées ici comme des étapes successives. Mais il va de soi qu'elles sont souvent menées simultanément.

Étapes

Situation de départ

173 L'esquisse d'acte normatif existe et a été approuvée. Elle constitue la base sur laquelle s'appuiera la rédaction du texte normatif.

Structuration

174 La matière normative doit, dans la mesure du possible, être structurée selon des critères logiques (v. *ch. 594 ss.*).

Formulation

175 Les normes peuvent soit être directement élaborées en deux, voire trois langues officielles (rédaction parallèle) soit, tout d'abord, en une seule langue. Dans ce cas, elles sont ensuite traduites dans les autres langues officielles. La confrontation des versions linguistiques permet de mettre en évidence et de clarifier les ambiguïtés et les imprécisions.

Traduction

La traduction dans les deux autres langues officielles doit être contrôlée par des juristes et par des spécialistes de la matière traitée, à moins qu'ils ne s'en soient chargés eux-mêmes. Les spécialistes de la matière traitée n'étant pas toujours rompus à la traduction, il peut être utile qu'ils fassent contrôler leur texte sous l'angle stylistique par un linguiste. 176

Résultat

On dispose maintenant d'un avant-projet rédigé élaboré selon les règles (v. *ch. 244)* 177

Évaluer les effets probables de l'avant-projet

Généralités

Situation de départ

Les effets probables de la législation sont les changements qu'elle est supposée induire pour les autorités d'exécution (par exemple, incidences sur les finances et les ressources humaines, prestations à fournir) et pour les destinataires des normes et l'impact qu'elle aura sur l'économie, la société et l'environnement. 178

L'évaluation prospective des effets de la législation sert à vérifier l'adéquation de l'avant-projet, à y apporter des améliorations (au cas où l'on aurait constaté des lacunes) et à rédiger le rapport explicatif (v. *ch.193*). 179

À moins que la non-réglementation soit exclue pour des raisons d'ordre juridique, les conséquences d'une éventuelle décision de renoncer à légiférer doivent également être présentées. Le rapport doit cependant se concentrer sur les conséquences du projet. Les explications qui suivent sont donc centrées sur cet aspect. 180

Bases légales et moyens auxiliaires

- Art. 141 de la loi sur le Parlement (LParl ; RS 171.10) ; 181
- Art. 4 et 5 de la loi fédérale sur l'allégement des coûts de la réglementation pour les entreprises (LACRE ; RS 930.31) ;
- Aide-mémoire relatif aux messages du Conseil fédéral : voir les explications de la let. A (Schéma général), ch. 3 (Conséquences) ;
- Directives du Conseil fédéral concernant l'analyse d'impact de la réglementation applicable aux projets législatifs de la Confédération (Directives AIR ; FF 2024 664) ;
- Outils de travail du Bureau de l'égalité concernant l'analyse d'impact sur l'égalité entre femmes et hommes des projets législatifs.
- Documents de l'OFJ pour l'évaluation préliminaire des risques et pour l'analyse d'impact sur la protection des données.

Ces textes valent, en particulier, pour les messages, les documents mis en consultation et les propositions au Conseil fédéral relatives à des ordonnances.

Assistance

182 Le SECO (Direction de la politique économique, Analyse et politique de la réglementation, www.seco.admin.ch/air) conseille les services de l'administration dans la préparation et l'exécution des analyses d'impact de la réglementation.de la réglementation.

Étapes

Situation de départ

183 On dispose d'un avant-projet rédigé.

Évaluation des effets (évaluation prospective détaillée)

184 Les effets du projet d'acte législatif doivent être évalués et présentés dans un rapport explicatif, conformément à l'Aide-mémoire sur la présentation des messages du Conseil fédéral. De plus, les Directives du Conseil fédéral concernant l'analyse d'impact de la réglementation applicable aux projets législatifs de la Confédération et le Manuel AIR doivent être utilisés pour estimer les conséquences économiques. Plus concrètement, il faut par exemple évaluer :

- comment l'acte législatif sera mis en œuvre et quel niveau étatique est concerné (Confédération, cantons, communes) ;
- quels acteurs seront directement ou indirectement concernés et en quoi leur comportement sera modifié ; les coûts de la réglementation pour les entreprises doivent également être évalués, conformément à l'art. 5 LACRE ;
- quels seront les effets – positifs et négatifs – sur l'économie, la société, l'environnement, ou l'égalité entre femmes et hommes, par exemple ;
- quels seront les coûts, qui comprennent non seulement les incidences financières sur les budgets de la Confédération, des cantons et des communes, mais encore les coûts économiques (par exemple, les frais occasionnés par le dépôt de demandes, les investissements nécessaires dans des solutions technologiques ou encore les frais de formation, lorsque celle-ci est nécessaire pour appliquer correctement des prescriptions exigeantes ou des outils technologiques).

Réduire les incertitudes quant aux effets collatéraux

185 Il importe de veiller à ce que l'évaluation des effets ne soit pas seulement axée sur une situation idéale imaginée par l'office compétent. En d'autres termes, il y a lieu de prendre aussi en compte le point de vue et les intérêts spécifiques des autorités d'exécution, des destinataires des normes et des autres acteurs concernés. Cette façon de procéder permet de juger de la manière dont ils réagiront et des changements de comportement indésirables provoqués par la norme, susceptibles, selon les circonstances, de compromettre l'impact de l'acte législatif.

Il peut, parfois, se révéler utile de tester la viabilité de projets d'actes législatifs avec les acteurs concernés, à la faveur de simulations ou de tests pratiques appliqués à des situations ou à des cas réalistes. 186

Souvent, pour que des mesures déploient les effets escomptés, il faut que certaines conditions générales soient réunies. Soumettre une mesure à différents scénarios dans le cadre d'une simulation théorique ou modélisée permet de cerner plus facilement les risques que comporte la solution choisie.

À ce stade, il convient d'examiner (derechef) si l'utilité de l'acte législatif (autrement dit la mesure dans laquelle il permet d'atteindre les objectifs fixés et les effets secondaires positifs qu'il exercera sur d'autres objectifs) est plus importante que les coûts. Dans cette analyse, il y a lieu de prendre en compte les aspects matériels et immatériels, quantifiables et non quantifiables, chiffrables et non chiffrables en francs. Si le rapport coût-utilité de la réglementation envisagée est n'est pas favorable, on peut être amené à renoncer au projet législatif lui-même. 187

Amender l'avant-projet à la lumière des résultats de l'évaluation des effets

S'il est prévisible que les effets de l'acte législatif présenteront des lacunes, par exemple parce que la réglementation manque d'efficacité ou d'efficience, il convient de remanier l'avant-projet. Si le résultat de l'évaluation des effets laisse présager que les mesures prévues ne permettront pas d'atteindre les objectifs fixés, il faut soit choisir des mesures plus incisives, soit fixer des objectifs moins hauts, cette dernière solution obligeant à modifier l'article consacré au but de l'acte législatif et le commentaire de l'avant-projet. 188

Tenir compte des inévitables incertitudes qui planent sur les effets de l'acte législatif

Si, en dépit de l'évaluation des effets, il subsiste de grandes incertitudes quant à l'impact réel des normes envisagées (par exemple parce qu'elles prévoient de nouveaux moyens d'action ou de nouvelles solutions techniques), on peut profiter de la procédure de consultation (v. *ch.198*) pour obtenir les connaissances qui font défaut: L'office compétent peut inviter les autorités d'exécution, les destinataires des normes et les milieux concernés à lui fournir des indications sur les effets dans la lettre d'information ou sous la forme d'un questionnaire. 189

Afin de combler les connaissances manquantes, les solutions suivantes sont envisageables : 190

- limiter le champ d'application de l'acte législatif, pendant une période d'essai, à une région ou à une catégorie de personnes déterminée, si l'on est en droit d'attendre des résultats utiles d'un tel projet pilote et que la Constitution le permet. Si le projet pilote se révèle positif, on étendra ensuite le champ d'application des mesures à l'ensemble du territoire ou de la catégorie de population visée ;
- élaborer un acte législatif à caractère expérimental, c'est-à-dire un acte ayant

une durée de validité limitée et comprenant une clause d'évaluation ; l'acte sera abandonné s'il n'a pas donné satisfaction ; dans le cas contraire, il sera transformé en une réglementation durable ; dans certaines circonstances, des réglementations expérimentales peuvent être prévues à un niveau normatif inférieur ; voir à ce sujet les chiffres *1046* à *1048*;

- inscrire, dans l'acte ayant une durée de validité illimitée, une clause d'évaluation ou une obligation d'établir des rapports. On trouvera des informations sur les clauses d'évaluation en consultant la page Web de l'Office fédéral de la justice intitulée Documents relatifs à l'évaluation de l'efficacité ;
- si l'incertitude ne concerne pas des points importants que le législateur doit impérativement réglementer (cf. art. 164, al. 1 Cst. et v. ch. *698s*.), mais plutôt des questions de détail ou de mise en œuvre ou des aspects pour lesquels les destinataires peuvent demeurer autonomes, il se justifie de conserver cette autonomie et de laisser ces questions ouvertes dans la réglementation. Il convient alors de clarifier si les points laissés ouverts doivent être réglémentés au niveau de l'ordonnance afin de répondre à l'exigence de précision de la législation, ou si au contraire le législateur peut et doit s'abstenir de réglementer . Si des dispositions sont nécessaires au niveau de l'ordonnance, il convient de déterminer si elles nécessitent ou non une norme de délégation dans la loi (v. ch. *703* ss). Le rapport explicatif ou plus tard le message du Conseil fédéral devraient présenter les réflexions sur ces points.

Résultat

191 On dispose maintenant d'un document écrit (éventuellement accompagné d'éléments d'information détaillés) qui donne une image réaliste et transparente des effets présumés (positifs et négatifs) de l'avant-projet et qui indique les bases sur lesquelles repose l'évaluation de ces effets.

192 Ce document servira de base pour la rédaction des chapitres « Appréciation de la solution retenue » et « Conséquences » du rapport explicatif, puis du message.

Rédiger le rapport explicatif qui accompagne l'avant-projet

Généralités

Définition et fonction

193 Le rapport explicatif contient une présentation de l'objet, un commentaire de l'avant-projet et en présente les conséquences et les liens avec le programme de la législature ainsi que les principaux aspects juridiques. Il sert à informer les destinataires de la consultation de la teneur et de la portée de l'avant-projet.

Bases légales et directives déterminantes

Les directives applicables à l'élaboration des messages et au projet de loi (v. *ch. 244)* valent aussi, dans une large mesure, pour l'élaboration du rapport explicatif qui accompagne l'avant-projet (et, par analogie, pour la rédaction des explications qui figurent dans les propositions adressées au Conseil fédéral ou au département). Le rapport explicatif doit être conçu de telle sorte que l'on puisse en reprendre des extraits aussi larges que possible dans le message du Conseil fédéral. 194

Étapes

Situation de départ

L'avant-projet est prêt. 195

Les étapes précédentes (notamment, la définition du problème, la recherche de solutions, l'évaluation des solutions et l'évaluation prospective des effets) ont permis de produire des textes qui peuvent être intégrés dans le rapport explicatif.

Finalisation du rapport explicatif

Les différents textes existants doivent être fondus en un seul document ; on veillera à combler les lacunes (en ajoutant, notamment, le commentaire des dispositions de l'avant-projet). 196

Résultat

L'avant-projet et le rapport explicatif sont prêts. 197

Procédure de consultation

Généralités

Fonction

La procédure de consultation vise à associer les cantons, les partis politiques, les associations faîtières des communes, des villes et des régions de montagne œuvrant à l'échelle nationale, les associations faîtières de l'économie et les milieux intéressés au processus de décision des autorités fédérales. 198

Elle permet de déterminer si des projets de la Confédération sont pertinents quant au fond, s'ils sont exécutables et s'ils ont des chances d'être acceptés. Au surplus, elle est un moyen de faire appel aux connaissances de spécialistes et d'informer les milieux concernés des mesures prévues. 199

Les résultats de la consultation offrent une base de décision au Conseil fédéral. 200

Bases légales et moyens auxiliaires

- Art. 147 Cst. (RS 101) ; 201
- Loi sur la consultation (LCo ; RS 172.061) ;
- Ordonnance sur la consultation (OCo ; RS 172.061.1) ;

- Page «Procédure de consultation » de la Chancellerie fédérale (accessible uniquement sur l'intranet de l'administration fédérale).

Rôle de la Chancellerie fédérale

202 La Section du droit de la Chancellerie fédérale est le service responsable des consultations. Elle répond aux questions des offices et tient une liste des organismes qui doivent toujours être consultés.

203 La Chancellerie fédérale publie tous les dossiers de consultation de l'administration fédérale sur son site Internet.

204 C'est à elle qu'il incombe de vérifier que la procédure se déroule dans les règles et que les dossiers sont complets. Il faut donc lui envoyer ces derniers avant l'ouverture de la consultation. La Chancellerie fédérale doit aussi être consultée lorsque l'on entend renoncer à mener une consultation (art. 3*a* LCo).

Étapes et options

Examiner la nécessité d'ouvrir une procédure de consultation

205 Les actes suivants doivent obligatoirement être soumis à une consultation (art. 3, al. 1, LCo) :

- les modifications de la Constitution ;
- les lois et modifications de loi au sens de l'art. 164, al. 1, let. a à g, Cst ;
- les traités internationaux qui sont soumis ou sujets au référendum au sens des art. 140, al. 1, let. b et 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst., ou qui touchent des intérêts essentiels des cantons ; voir Foire aux questions relative au droit de la consultation révisé, ch. 7, à consulter sur intranet.bk.admin.ch > Coordination au sein de la Confédération > Procédure de consultation (accessible uniquement sur l'intranet de l'administration fédérale) ;
- les ordonnances et autres projets qui ont une grande portée politique, financière, économique, écologique, sociale ou culturelle ;
- les autres ordonnances et projets qui touchent particulièrement les cantons ou dont l'exécution sera confiée en grande partie à des organes extérieurs à l'administration fédérale.

206 Néanmoins, il peut y avoir des raisons objectives de renoncer à une procédure de consultation (*voir ch. 205*) si :

- le projet porte sur l'organisation ou les procédures des autorités fédérales, ou bien sur une limitation de leurs compétences ;
- aucune information nouvelle n'est à attendre de la consultation (par exemple parce que l'on connaît déjà la position des milieux intéressés).

207 À l'inverse, il peut s'avérer utile de mener une consultation sur un projet qui ne remplit pas les conditions de l'art. 3, al. 1, LCo (*voir ch. 205*).

Planifier la procédure de consultation

La consultation doit s'étendre sur au moins trois mois. Ce délai est prolongé de manière à tenir compte des vacances et des jours fériés, mais aussi du contenu et de l'importance du projet (voir art. 7, al. 3, LCo). Si le projet ne souffre aucun retard, on peut exceptionnellement raccourcir le délai (art. 7, al. 4 LCo), en justifiant par écrit cette mesure à l'adresse de l'autorité qui ouvre la consultation, de la Chancellerie fédérale et des destinataires de la consultation (art. 4, al. 1, 4*a* et 9, al. 1, OCo). *208*

Il y a lieu de planifier suffisamment tôt et de manière réaliste le temps nécessaire : les consultations représentent une charge de travail non négligeable pour l'administration fédérale (en règle générale, la documentation nécessaire est assez volumineuse et elle doit être établie dans les trois langues, d'où la nécessité de prévoir des délais suffisants pour la traduction) et ses destinataires. *209*

Définir le cercle des destinataires

A priori, tout un chacun peut s'exprimer et présenter un avis au cours d'une consultation, même sans avoir été sollicité. *210*

Il est impératif de consulter : *211*

- les gouvernements cantonaux ;
- les partis politiques représentés à l'Assemblée fédérale ;
- les associations faîtières des communes, des villes et des régions de montagne qui œuvrent au niveau national ;
- les associations faîtières de l'économie qui œuvrent au niveau national ;
- les autres milieux et, éventuellement, d'autres institutions ou organismes concernés par le projet : des commissions extraparlementaires et des organisations n'appartenant pas à l'administration fédérale (par exemple les entités de la Confédération devenues autonomes telles que RUAG, Skyguide, les CFF, la Poste, Swisscom). Si un projet concerne la procédure devant le Tribunal fédéral ou devant une autre autorité judiciaire de la Confédération, le Tribunal fédéral et, si elle est concernée, l'autre autorité judiciaire sont invités à exprimer leur avis (art. 11, al, 1, OCo). Si un projet concerne le statut, l'organisation ou l'administration du Tribunal fédéral ou d'une autre autorité judiciaire de la Confédération, ceux-ci sont invités à se prononcer avant l'ouverture de la procédure de consultation dans le cadre d'une audition. Ils sont de nouveau invités à se prononcer lors de la procédure de consultation (voir art. 11, al. 2 OCo).

La Chancellerie fédérale tient une liste des organisations qui sont systématiquement consultées. *212*

Les unités de l'administration centrale ou décentralisée sont invitées à s'exprimer lors de la consultation des offices et de la procédure de co-rapport. *213*

Ouvrir la procédure de consultation

214 L'« ouverture » de la procédure de consultation est en fait l'autorisation donnée à l'unité administrative compétente de mener la procédure de consultation.

215 La procédure de consultation est ouverte (art. 5 LCo) :

- par le Conseil fédéral, pour les projets qui sont obligatoirement soumis à une consultation (art. 3, al. 1, LCo, *voir ch. 205*) ;
- par le département compétent ou par la Chancellerie fédérale, pour les projets qui ne sont pas obligatoirement soumis à une consultation (art. 3, al. 2, LCo) ;
- par un service administratif, si c'est à lui qu'appartient le pouvoir de légiférer dans le domaine concerné ;
- par la commission parlementaire compétente, si le projet émane du Parlement.

216 Il convient d'abord d'inviter dans une consultation des offices non seulement ceux qui sont concernés sous l'angle matériel, mais encore ceux qui assument des tâches transversales (v. *ch. 18 ss.*). À ce stade, l'avant-projet est disponible en allemand et en français.

217 La procédure de co-rapport est ensuite introduite. Les documents suivants sont transmis au Conseil fédéral ou au département (art. 7 OCo) :

- la proposition d'ouvrir la procédure de consultation (avec le dispositif de la décision) ;
- le projet mis en consultation et le rapport explicatif (en français et en allemand) ;
- dans le cas d'un acte modificateur, une vue d'ensemble des modifications prévues par rapport au droit en vigueur (tableau synoptique) ;
- si disponible : rapport d'analyse d'impact de la réglementation (en français ou en allemand) ;
- éventuellement le questionnaire (en français et en allemand) ;
- la lettre d'information à l'attention des destinataires (dans les trois langues) ;
- la liste des destinataires de la consultation ;
- le communiqué de presse (en français et en allemand).

Tous les documents destinés à la consultation doivent être disponibles dans les trois langues officielles au plus tard le jour de la décision du Conseil fédéral. Dans le cas d'un traité international, le projet mis en consultation et le rapport explicatif peuvent, s'il y a urgence, être rédigés dans une ou deux langues officielles uniquement (art. 7, al. 3, OCo).

Forme du dossier

218 Les destinataires (*voir ch. 210 ss*) reçoivent une *lettre d'information*, adressée aux cantons, aux tribunaux (au cas où ils sont invités à participer), et aux autres participants à la consultation. La lettre d'information aux cantons est adressée à la chancellerie d'État ou au gouvernement cantonal, à l'exclusion de tout autre service de l'administration cantonale. Le canton veille à la coordination au sein de ses

organes (rapport du groupe de travail commun Confédération-cantons du 13 février 2012 intitulé « La mise en œuvre du droit fédéral par les cantons », recommandation 5, p. 36).

Sont joints à cette lettre l'avant-projet de *loi* et un *rapport explicatif*. Conformément à l'art. 6*a* LCo, le rapport doit suivre pour l'essentiel le plan des messages (aide-mémoire sur la présentation des messages du Conseil fédéral ; voir ch. *244*). *219*

Le dossier peut également comporter un *questionnaire* : dans la lettre, il est possible de mentionner les points essentiels sur lesquels il est particulièrement souhaitable que les destinataires se prononcent, en particulier des aspects spécifiques de la mise en œuvre de la loi et de ses effets (*ch. 178 ss*; voir rapport du groupe de travail commun Confédération-cantons du 13 février 2012 intitulé « La mise en œuvre du droit fédéral par les cantons », recommandation 5, p. 36). Les avis ainsi recueillis pourront être repris dans le message (notamment dans le chapitre « Mise en œuvre »). Les destinataires peuvent également être expressément invités à proposer d'autres options ou des solutions appliquées au niveau cantonal, les questions posées devant être formulées de manière neutre et ouverte. *220*

En règle règle générale, il suffit de mentionner les questions habituelles, auxquelles les participants à la consultation répondront sous forme de texte libre. *221*

À l'occasion, il peut y avoir un sens à prévoir dans le questionnaire des champs pour les réponses, soit sous forme de texte libre, soit sous forme de cases à cocher. Un tel document, bien pensé et bien accepté par les destinataires, peut aider à faire par la suite plus facilement la synthèse des avis exprimés. *222*

Si l'on prévoit des cases à cocher, il est le plus souvent utile de laisser une possibilité d'ajouter un commentaire. Il est particulièrement intéressant de recueillir les objections et les idées qui n'avaient pas été anticipées. Il est aussi plus utile de ne pas restreindre la longueur des commentaires, si bien que sur le plan technique, un document Word est plus adapté qu'un PDF ou un formulaire en ligne. *223*

Tous les participants ont le droit de faire part de leur opinion sous la forme qu'ils jugent bonne. Il ne faut donc pas éveiller l'impression que les participants à la procédure de consultation sont tenus d'utiliser le formulaire et seulement le formulaire, qui vise plutôt à faciliter le travail des uns et des autres. *224*

Mener la consultation

L'office fédéral compétent envoie les lettres d'information aux destinataires de la consultation. Celles-ci contiennent uniquement un lien vers la version électronique des annexes à la procédure de consultation. *225*

La Chancellerie fédérale veille à ce que l'ouverture de la procédure de consultation soit annoncée dans la Feuille fédérale. Elle s'assure que le dossier envoyé en consultation est accessible sous forme électronique. *226*

La procédure a lieu par écrit. Conformément à l'art. 7, al. 2, LCo, l'autorité compétente pour le déroulement de la procédure de consultation peut en outre inviter les *227*

milieux intéressés à des séances de travail. Celles-ci font l'objet d'un procès-verbal. Les procès-verbaux de ces séances et les avis des organismes ayant répondu à la consultation sont publiés.

228 Les commissions parlementaires peuvent faire appel aux services de l'administration fédérale pour mener une consultation sur un objet de leur ressort (art. 6 LCo).

Évaluer les réponses et établir un rapport sur les résultats de la consultation

229 L'office compétent établit un recueil des réponses reçues, les synthétise (généralement sous forme de tableau; modèle) et, sur cette base, élabore le rapport sur les résultats de la consultation (voir proposition de structure du rapport). Celui-ci présente sous une forme résumée et de manière claire la teneur des avis recueillis, sans porter d'appréciation sur ceux-ci. Ordinairement, le rapport comprend une première partie qui reflète la tendance générale des avis exprimés, puis d'autres chapitres suivant la structure de l'avant-projet ou l'ordre des articles. Le rapport est établi en trois langues et transmis à la Chancellerie fédérale, qui le publiera sur son site Internet dès que le Conseil fédéral aura pris connaissance des résultats (www.admin.ch > Droit fédéral > Procédures de consultation > Procédures de consultation terminées).

Information du public

Documents accessibles au public

230 Le public a accès :

- au dossier envoyé en consultation ;
- une fois la consultation achevée : aux avis exprimés et aux procès-verbaux en cas de séance avec des organismes consultés ;
- une fois que l'organe qui a ouvert la consultation a pris acte du résultat : au rapport sur les résultats de la consultation.

Pour des raisons de protection des données personnelles, il convient de mentionner la publication des documents dans la lettre d'accompagnement. Les données personnelles qui ne sont pas absolument nécessaires pour identifier l'auteur de la prise de position doivent être anonymisées.

Information au moment de l'ouverture de la consultation

231 L'office compétent rédige un communiqué de presse en accord avec le service d'information du département et la Chancellerie fédérale. Si le projet est très important, une conférence de presse est organisée, menée par le département au lieu de l'office.

232 La Chancellerie fédérale publie le dossier sur sa page Web « Procédures de consultation en cours ». L'office doit donc lui transmettre les fichiers informatiques.

Information après l'établissement du rapport sur les résultats de la consultation

Une fois que l'organe (Conseil fédéral, département, commission parlementaire) a pris acte du rapport sur les résultats de la consultation, l'office informe les destinataires de la consultation, en accord avec le service d'information du département et de la Chancellerie fédérale, en indiquant où consulter le rapport. Il rédige le communiqué de presse et le soumet au service d'information. Des documents sur papier ne sont envoyés qu'exceptionnellement. 233

Tirer les conclusions des résultats de la consultation

En même temps qu'il élabore le rapport sur les résultats ou après qu'il l'a élaboré, l'office compétent tire les conclusions des avis exprimés. 234

Ce faisant, il pondère les résultats et les arguments exprimés, par exemple, en fonction de l'importance des incidences de l'avant-projet, de la représentativité ou du poids politique de ceux qui se sont exprimés et compte tenu de l'adéquation matérielle, des possibilités de mise en œuvre et de l'acceptabilité politique des normes proposées. Les avis exprimés par les cantons doivent être tout particulièrement pris en compte lorsqu'il s'agit de questions touchant à la mise en œuvre de dispositions du droit fédéral (voir guide de traitement des consultations de la Conférence des gouvernements cantonaux).

Soumettre une proposition au Conseil fédéral

Consultation ouverte par le Conseil fédéral

L'office compétent consigne ses conclusions non pas dans le rapport sur les résultats de la consultation mais dans une proposition destinée au Conseil fédéral. Deux possibilités s'offrent à lui : soumettre simultanément au Conseil fédéral le rapport sur les résultats de la consultation et le message ou une proposition sur la suite des travaux. Dans la plupart des cas, un message sera soumis au Conseil fédéral avec les résultats de la consultation. 235

236

Lorsque ces conditions sont réunies...	... il est recommandé de procéder comme suit :
Le projet de loi et le message peuvent être élaborés dans un délai raisonnable. La tendance générale des réponses est claire.	Adresser au Conseil fédéral une proposition à laquelle seront joints le message et le projet de loi. Selon les résultats de la consultation, l'avant-projet est transformé en projet, sans changement ou moyennant des modifications. Il en va de même du rapport explicatif pour l'élaboration du message (v. *ch. 241*). La proposition est accompagnée des documents suivants : • proposition de prendre acte du rapport sur les résultats de la consultation et d'approuver le message et le projet de loi ; • annexes : rapport sur les résultats de la consultation, message, projet de loi, projet de communiqué de presse (dans les trois langues).
Les avis exprimés lors de la consultation sont très partagés ; Il y a divergences de vues au sein de l'administration fédérale ; Il règne une grande incertitude quant à la voie à suivre.	Le Conseil fédéral doit décider de la suite à donner aux travaux. Lui adresser une proposition portant sur les points suivants : • prise de connaissance du rapport sur les résultats de la consultation ; • conclusions à tirer de ce rapport (par exemple, changer certaines orientations, donner un mandat d'examen de points à approfondir) ; • décision de principe (élaborer un message et le projet de loi ou y renoncer, choisir une autre forme de concrétisation, etc.) ; • calendrier des travaux. On soumet au Conseil fédéral les documents suivants : • proposition ; • annexe : rapport sur les résultats de la consultation, communiqué de presse.

237 Le service compétent ouvre la consultation des offices et déclenche ensuite la procédure de co-rapport (v. *ch. 18 ss*).

Consultation ouverte par une autre entité

238 Si la procédure de consultation a été ouverte par un département ou par la Chancellerie fédérale, la marche à suivre est exactement la même.

239 S'il s'agit par contre de l'Assemblée fédérale, le service qui a évalué les résultats de la consultation les présente à la commission parlementaire compétente.

Résultat

240 L'organe compétent :

- a formellement pris acte du rapport sur les résultats de la consultation ;
- a décidé de la suite des travaux (Conseil fédéral : a approuvé le message et le projet de loi ou, s'ils ne lui ont pas encore été soumis, a arrêté la direction à suivre) ;
- a informé le public, voir *ch. 231 ss*.

Si le Conseil fédéral a approuvé simultanément le message et le projet de loi, le dossier est transmis à l'Assemblée fédérale pour qu'elle en délibère.

Message et projet de loi

Généralités

Définition

Le message est le rapport explicatif qui accompagne le projet d'acte législatif que le Conseil fédéral soumet à l'Assemblée fédérale. Les messages accompagnent les projets de modifications constitutionnelles et d'arrêtés fédéraux, de lois et d'ordonnances de l'Assemblée fédérale, de modifications de lois et de modifications d'ordonnances de l'Assemblée fédérale, ainsi que les traités internationaux transmis pour approbation au Parlement. *241*

Exemple de message relatif à une ordonnance de l'Assemblée fédérale :

- Message concernant Via sicura, le programme d'action de la Confédération visant à renforcer la sécurité routière (FF 2010 7703, 7774).

Fonction

Dans le message, le Conseil fédéral explique au Parlement les objectifs politiques poursuivis et les solutions élaborées, et il motive sa proposition. Le message et le projet d'acte législatif constituent les documents sur la base desquels l'Assemblée fédérale délibérera et arrêtera ses décisions. En cas de référendum, le message servira à informer les partisans et les adversaires du projet sur les objectifs et les contenus de celui-ci. Lorsqu'un acte législatif entre en vigueur, le message est une source précieuse d'information pour l'interprétation des normes (autorités chargées de l'exécution, tribunaux). *242*

Aussi doit-il être rédigé dans une langue de la meilleure qualité possible et structuré selon une systématique claire. En outre, il doit être concis et répondre aux questions d'ordre politique et juridique. Les commentaires des dispositions doivent contenir des précisions facilitant la compréhension et l'interprétation. *243*

Bases légales et directives déterminantes

Art. 141 LParl (RS 171.10). Cette disposition fixe les exigences essentielles auxquelles doivent satisfaire les messages quant à leur contenu. Les art. 4 et 5 de la loi sur l'allégement des coûts de la réglementation pour les entreprises (LACRE ; RS 930.31) doivent également être pris en compte. Les directives et les lignes directrices énumérées ci-dessous définissent les exigences formelles relatives aux messages et aux projets de loi : *244*

- Aide-mémoire sur la présentation des messages du Conseil fédéral : voir en particulier les différents schémas de message (schéma général, initiative populaire, objet financier, accord de droit international public, cas particuliers) ;
- Directives de la Confédération sur la technique législative ;
- Analyse d'impact de la réglementation ;
- Examen préalable des risques et analyse d'impact relative à la protection des données personnelles ;

- Procédure CPO ; respecter en particulier les modèles de documents pour les actes normatifs et pour les messages ;
- Instructions sur la présentation des textes officiels en français ;
- Guide linguistique des lois et des ordonnances de la Confédération ;
- Guide pour un usage inclusif du français;
- Aides à la traduction et à la rédaction.

Assistance

245 Les services devant toujours être consultés dans le cadre de la procédure de consultation des offices (v. *ch. 19*) assurent l'assistance pour la préparation des messages. Les responsables du dossier au sein du CPO accompagnent la personne chargée de faire publier un document déterminé à chaque étape du processus et jusqu'à l'octroi du « bon à tirer » en vue de la publication dans la Feuille fédérale ou le Recueil officiel du droit fédéral (v. *ch. 38 ss*).

Information du public

246 Après que le Conseil fédéral a approuvé le projet, il s'agit d'informer le public. Pour les objets de portée mineure, l'information a lieu par écrit : le département compétent rédige un communiqué de presse. Les objets ayant une portée majeure sont, en revanche, présentés lors d'une conférence de presse qui est conduite par le porte-parole du Conseil fédéral et à laquelle participe généralement le chef du département compétent accompagné au besoin par un membre de la direction et un ou des spécialistes de l'office concerné.

Étapes

Situation de départ

247 On dispose du rapport sur les résultats de la procédure de consultation et la suite à donner aux travaux en vue de l'élaboration du message et du projet de loi est clairement définie Il s'agit maintenant de remanier le rapport explicatif et l'avant-projet d'acte législatif pour en faire un message et un projet de loi.

Élaboration du message et du projet d'acte législatif

248 À l'issue de la procédure de consultation et de l'évaluation des avis exprimés, l'avant-projet et le rapport explicatif sont remaniés – compte tenu des résultats de la procédure de consultation et, éventuellement, en collaboration avec les services concernés, les cantons ou certains milieux intéressés – et transformés ainsi en projet de loi accompagné d'un message. Lorsque les projets sont complexes et nécessitent d'importantes modifications, leur remaniement occasionne une charge de travail non négligeable (il s'agit de revoir la teneur et la systématique de l'acte législatif, d'adapter les commentaires des dispositions en conséquence et d'actualiser si nécessaire l'analyse d'impact de la réglementation). Lors du remaniement,

il y a notamment lieu de veiller à ce que :

- le message et le projet d'acte législatif satisfassent à toutes les exigences tant du point de vue matériel que sous l'angle formel (v. *ch. 244*) ;
- pour la consultation des offices, le projet de loi soit disponible en français et en allemand, de façon à permettre son contrôle en parallèle (corédaction) par la commission interne de rédaction (CIR) ; le message n'est, lui, disponible que dans une seule langue officielle ;
- la coordination avec les autres projets en cours d'élaboration ou d'examen parlementaire soit assurée. Il peut être nécessaire d'en tenir compte dans les dispositions finales (« … entre en vigueur seulement lorsque … »). L' Office fédérale de la justice peut fournir une aide à la rédaction des dispositions transitoires compliquées.

Ouvrir la consultation des offices et la procédure de co-rapport sur le message et le projet d'acte législatif

Le message et le projet d'acte législatif sont envoyés en consultation des offices. Celle-ci ne sert pas seulement à éliminer autant que possible les divergences avant que le Conseil fédéral statue, mais encore à compléter certains points que l'on a laissé échapper. *249*

Dans le cadre de la consultation des offices, il y a lieu de soumettre le message et le projet d'acte législatif non seulement aux offices qui sont concernés sous l'angle matériel, mais encore aux services qui doivent être systématiquement consultés et/ou qui assument des tâches transversales (offices transversaux, v. *ch. 18 ss*). *250*

Au plus tard lors de la consultation des offices, le message et le projet d'acte législatif devraient être intégrés dans le système CPO (v. *ch. 18 ss*). *251*

Le service compétent est chargé de veiller à ce que les textes soumis à la consultation des offices soient – après leur remaniement et avant qu'ils soient signés par le chef de département – soumis à un contrôle de qualité par la Chancellerie fédérale (« circuit »). *252*

Après signature de la proposition par le chef de département, la procédure de co-rapport peut être ouverte (v. *ch. 29 ss*). Il y a lieu de soumettre au Conseil fédéral les documents suivants : *253*

- la proposition d'approuver le message et le projet d'acte législatif, en allemand ou en français ;
- le dispositif de décision, en allemand ou en français ;
- les annexes : message et projet d'acte législatif en allemand et en français (la version italienne est mise au point par les services linguistiques des départements et de la Chancellerie fédérale) et projet de communiqué de presse.

Transmettre le dossier à l'Assemblée fédérale

254 Après la décision du Conseil fédéral, le message et le projet d'acte législatif sont transmis à l'Assemblée fédérale. La Chancellerie fédérale est responsable de la transmission au Parlement et de la publication des textes dans la Feuille fédérale.

Cas particuliers

Modifications après la décision du Conseil fédéral

255 Si le Conseil fédéral, après avoir transmis le message au Parlement, peut ou doit y apporter des modifications – par exemple parce que de nouveaux développements se sont fait jour ou que les Chambres fédérales lui ont renvoyé l'objet – il dispose de plusieurs possibilités, fondées sur son droit d'initiative et son droit de proposition (art. 160, al. 2, et 181 Cst.) :

- **Nouveau projet de loi, nouveau message** (avec une proposition de classer le premier objet). Fort de son droit d'initiative, le Conseil fédéral soumet un nouveau message ; cette solution est adaptée si le projet d'acte est tout à fait nouveau et n'a pas de lien matériel avec le premier message. Le Conseil fédéral dispose d'une certaine marge de manœuvre politique à cet égard. Par exemple, le message additionnel du 13 octobre 2010 sur la réforme du gouvernement (01.080 ; FF 2010 7119), par lequel le Parlement s'est vu soumettre des projets entièrement nouveaux, aurait aussi pu prendre la forme d'un nouveau message.
- **Nouveau projet de loi, message additionnel** (avec une proposition de classer le premier objet). Fort de son droit d'initiative, le Conseil fédéral présente un message additionnel accompagnant un nouveau projet de loi si ce dernier a un lien direct avec le message initial. C'est souvent le cas lorsque le Parlement a voté le renvoi du premier objet.

Exemples :

- Message complémentaire sur la réforme des chemins de fer 2, 05.028, FF 2007 2681, 2011 857 ;
- Message complémentaire du 27 octobre 2010 relatif à la modification de la loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (« LMSI II réduite »), 07.057, FF 2010 7147.

- **Proposition de modification, message additionnel**. Fort de son droit de proposition, le Conseil fédéral soumet au Parlement des modifications du premier projet de loi, accompagnées d'un message additionnel qui sera publié à la FF. Cette voie est adéquate si les amendements proposés sont d'une telle importance qu'il s'impose de les commenter formellement, afin de permettre d'en reconstituer les motivations et de disposer de documents complets et transparents sur les travaux préparatoires.

Exemples :

- Message additionnel du 21 septembre 2018 sur la révision partielle du code des obligations (Protection en cas de signalement d'irrégularités par le travailleur), 13.094, FF 2018 6163;
- Message additionnel du 4 mars 2016 concernant la modification de la loi fédérale sur les étrangers (Intégration), 13.030, FF 2016 2665.

- **Proposition de modification, sans message**. Les modifications mineures qui requièrent néanmoins une décision du Conseil fédéral peuvent être soumises aux Chambres fédérales au cours de la procédure parlementaire sous forme de propositions, sans qu'un message doive être publié.

Procédure extraordinaire

Le Conseil fédéral peut proposer à l'Assemblée fédérale d'ouvrir une procédure extraordinaire pour traiter un message ou un rapport dont l'adoption ne saurait être retardée. Dans cette procédure, les deux Chambres traitent l'objet au cours de la même session. En d'autres termes, l'objet est attribué aux commissions au cours d'une session, puis tant le premier que le deuxième conseil l'examinent lors de la session suivante. La procédure extraordinaire est prévue à l'art. 85, al. 2, LParl. *256*

Le département compétent fait au Conseil fédéral la proposition de requérir la procédure extraordinaire (pour les détails, voir le classeur rouge de la Chancellerie fédérale, disponible seulement sur intranet de l'administration fédérale). *257*

Exemples :

- Message du 12 août 2020 concernant la loi fédérale sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 (loi COVID-19), 20.058, FF 2020 6363; traité par les Chambres fédérales durant la session d'automne 2020 ;
- Message du 29 avril 2020 concernant une modification urgente de la loi sur l'aviation pour cause de pandémie de COVID-19, 20.039, FF 2020 3563; traité par les Chambres fédérales durant la session extraordinaire de mai 2020.

Phase parlementaire

Généralités

Définition et fonction

La phase parlementaire se déroule au sein des commissions parlementaires et des deux conseils de l'Assemblée fédérale. Les délibérations devant les Chambres fédérales est une étape cruciale et particulièrement visible de la procédure législative. *258*

L'administration accompagne les travaux du Parlement par le soutien qu'elle assure au chef du département ou au chancelier. Par ailleurs, elle est à la disposition *259*

des commissions thématiques de l'Assemblée fédérale pour élaborer, à leur demande, des modifications du projet d'acte législatif et le commentaire de celles-ci.

Bases légales et moyens auxiliaires

260 • Art. 148 à 173, en particulier art. 156 et 160, al. 2 Cst. (RS 101) ;
• Art. 44, al. 2, 47, al. 1, 68, 74, 83, 85, 89 à 95, 149, 150, 159 et 160 de la loi sur le Parlement (RS 171.10) ;
• Art. 6 à 8 et 18, al. 2, de l'ordonnance sur l'administration du Parlement (RS 171.115) ;
• Art. 4 de l'ordonnance de l'Assemblée fédérale sur la Commission de rédaction (RS 171.105) ;
• Curia vista (banque de données des Services du Parlement).

Déroulement de la phase parlementaire

261 Les présidents du Conseil national et du Conseil des États déterminent ensemble le conseil qui est prioritaire pour l'examen du projet. La procédure parlementaire se déroule ensuite en quatre étapes.

Examen par le premier conseil

262 La commission du premier conseil chargée de l'examen préalable traite le projet de loi et soumet une proposition à la Chambre dont elle émane. Celle-ci décide en premier lieu si elle entre en matière (art. 74, al. 1, LParl). Si elle vote l'entrée en matière, elle procède à l'examen par article et se prononce sur les propositions d'amendement. Elle passe ensuite au vote sur l'ensemble. Le projet d'acte législatif est alors transmis à la commission du second conseil. Toutefois, si le premier conseil est entré en matière, il peut aussi renvoyer le projet au Conseil fédéral ou à sa commission (art. 75, al. 1, LParl).

263 Si le premier conseil décide de ne pas entrer en matière, le projet d'acte législatif est transmis au second conseil. Si celui-ci, à son tour, n'entre pas en matière, le projet est définitivement abandonné. Notons que s'il entre en matière et que le premier conseil persiste dans son refus, le projet est aussi abandonné.

Examen par le second conseil

264 Le second conseil procède comme le premier (examen préalable en commission, puis débat d'entrée en matière et discussion par article en plénum).

265 S'il décide de ne pas entrer en matière, le projet retourne au premier conseil. Dans le cas contraire, le second conseil peut aussi le renvoyer au Conseil fédéral ou à sa commission.

Élimination des divergences

Si des divergences subsistent entre les deux Chambres à l'issue des délibérations, la procédure d'élimination des divergences s'ouvre. Les décisions divergentes d'un des conseils sont transmises à l'autre pour délibération, jusqu'à ce qu'un accord s'établisse entre eux (art. 89 LParl). La commission compétente, puis la Chambre en plénum examinent les divergences exclusivement. 266

S'il subsiste des divergences après trois allers-retours, une conférence de conciliation, composée de treize membres des commissions compétentes de chaque Chambre, est réunie (art. 91 ss LParl). Elle émet une proposition de conciliation, qui doit être approuvée par les deux conseils législatifs, sans quoi le projet est définitivement classé (art. 93, al. 2, LParl). 267

Vote final dans les deux conseils

Le projet d'acte est soumis au vote final de chacune des Chambres fédérales une fois qu'elles en ont achevé l'examen et que la Commission de rédaction du Parlement en a finalisé le texte. Les deux Chambres votent le même jour (en règle générale le dernier jour de la session). 268

Le projet d'acte a abouti valablement lorsque les deux conseils l'ont approuvé. Si l'un des deux le rejette, il est définitivement abandonné. 269

Étapes

Situation de départ

Le message et le projet d'acte législatif ont été transmis à l'Assemblée fédérale. 270

Commission chargée de l'examen préalable

Les séances des commissions parlementaires impliquent l'accomplissement par les collaborateurs de l'office responsable d'un certain nombre de tâches : 271

- préparer, à l'attention du chef du département, le dossier guide qui contient l'exposé d'entrée en matière et, en règle générale, des notes de discussion et un argumentaire relatifs aux dispositions de l'acte législatif (chaque département détermine le contenu du dossier guide) ;
- s'informer auprès du secrétariat de la commission des propositions d'amendement déposées et préparer l'argumentaire nécessaire au chef du département ;
- si un mandat a été donné par la commission parlementaire, fournir à temps à son secrétariat les documents nécessaires dans les versions allemande et française (avis de droit, notes de service, propositions de formulation, etc.) ;
- si nécessaire, assurer la coordination matérielle avec d'autres projets traités par l'Assemblée fédérale et attirer l'attention sur les adaptations à faire ;

assister le chef du département ou son représentant pendant les séances.

Confidentialité et information du public

272 Les représentants de l'administration respectent la confidentialité des délibérations, des procès-verbaux et des rapports des commissions.
L'information du public relève de la responsabilité des commissions parlementaires.

Appel à des représentants d'autres offices fédéraux

273 L'office fédéral responsable du projet pourvoit, après entente avec les Services du Parlement, à ce que les spécialistes d'autres offices fédéraux concernés, en particulier de l'Office fédéral de la justice, assistent aux séances des commissions lorsqu'elles sont amenées à traiter de problèmes juridiques essentiels et complexes.

Plénum

274 Les collaborateurs responsables assistent aux délibérations, afin d'apporter un soutien au chef de département et au membre compétent de la direction de l'office, et de répondre à leurs questions.

Participation du Conseil fédéral et de l'administration aux délibérations parlementaires

Planification de l'objet

275 La procédure à suivre pendant les délibérations parlementaires est déterminée par les seuls organes du Parlement (notamment, par les Bureaux des conseils, la Conférence de coordination et la présidence de la commission, le secrétariat central, le secrétariat de la commission). Il est, cependant, loisible à l'office fédéral compétent, après entente avec le chef du département ou sur mandat de celui-ci, de faire part de ses réflexions sur la planification de l'objet (par exemple, nécessité de le traiter rapidement ou de le coordonner avec un autre projet dont les Chambres fédérales sont amenées à débattre) au secrétariat de la commission parlementaire compétente. Si cette démarche reste sans effet ou que le projet revêt une portée toute particulière, le chef du département peut adresser à la présidence de la commission ou au Bureau du conseil concerné une lettre pour lui faire part de ses préoccupations. S'il souhaite qu'un objet soit examiné par les deux conseils durant la même session (ce qui est exceptionnel), le Conseil fédéral doit adresser suffisamment tôt sa proposition à la Conférence de coordination de l'Assemblée fédérale.

Droit de proposition

276 Le Conseil fédéral a le droit de faire des propositions relatives à un objet en délibération (art. 160, al. 2, Cst.), droit qu'il peut exercer en s'adressant par écrit à la commission chargée d'examiner l'objet ou en intervenant devant le plénum. Le

chef du département compétent exerce ce droit au nom du collège gouvernemental. Il dispose d'une certaine latitude dans les limites imparties par les décisions préliminaires du collège. Lorsque, sur un point important, le Conseil fédéral n'a pas pris de décisions préliminaires ou que les décisions préliminaires qu'il a prises ne permettent pas de se faire une idée claire de sa position, le chef du département compétent doit lui soumettre ce point avant d'adresser sa proposition au Parlement.

277 Les représentants des offices fédéraux n'ont pas le droit de faire des propositions au sens de l'art. 160, al. 2 Cst. Dans le cadre des délibérations de la commission parlementaire compétente, ils ont toutefois la faculté de s'exprimer sur les propositions déposées par les parlementaires ou de soumettre à celle-ci par écrit (toujours en allemand et en français) des propositions de formulation de normes, que les membres de la commission peuvent reprendre en tant que propositions dans les délibérations de celle-ci.

278 Si, au cours des délibérations parlementaires, il apparaît nécessaire – à la lumière d'études complémentaires, par exemple – d'apporter au projet du Conseil fédéral des modifications qui ne sont pas purement rédactionnelles ni d'une portée technique limitée, on veillera à associer le Conseil fédéral à la préparation de ces modifications avant de les soumettre à l'approbation du Parlement. Cette association pourra revêtir plusieurs formes, par exemple :

- message additionnel à l'Assemblée fédérale (*ch. 255*),
- autorisation donnée au département compétent de préparer et de fournir au Parlement des propositions ad hoc,
- note de discussion au Conseil fédéral, lorsqu'il est prévu de soumettre les propositions en cause aux conseils législatifs par le canal informel d'un parlementaire.

Lorsqu'un projet de loi fait l'objet d'amendements au cours de la procédure parlementaire, il convient d'examiner s'ils impliquent d'importantes modifications de l'impact de la loi, voire de nouveaux effets. Dans l'affirmative, le chef du département ou l'administration attire l'attention de la commission chargée de l'examen préalable sur la nécessité de procéder à des clarifications approfondies ; la commission discute de la nature et de l'ampleur des travaux à entreprendre et émet un mandat en ce sens. Le Conseil fédéral ou le département responsable peuvent également, de leur propre chef, soumettre à tout moment à la commission un rapport sur l'impact du projet. Cette compétence s'impose d'autant plus que lors de la phase suivante, la responsabilité du projet retourne au Conseil fédéral en cas de votation populaire. La mise à jour de l'estimation des coûts de la réglementation doit être communiquée au SECO, responsable du monitoring des charges qui pèsent sur les entreprises (voir art. 5, al. 4, LACRE et art. 5, al. 2^{quater} Org DEFR).

Droits d'information du Parlement

279 Le Parlement dispose à l'égard de l'administration fédérale de droits à l'information dont l'étendue est fonction des personnes ou des organes qui les exercent (membres des conseils législatifs, commissions thématiques, commissions de surveillance, délégations et commissions d'enquête parlementaires). Le droit à l'information des membres du Parlement et des commissions parlementaires est réglé aux art. 150 ss de la loi sur le Parlement (LParl; RS 171.10).

Commission de rédaction du Parlement

280 Les représentants de l'office fédéral responsable du projet participent aux séances des sous-commissions de la Commission de rédaction du Parlement. Ils contribuent à vérifier les textes, à en arrêter la version définitive et à s'assurer de la concordance des trois versions et de leur conformité aux règles de la rédaction et de la technique législatives.

Résultat

281 La loi est adoptée par l'Assemblée fédérale.

Phase postparlementaire

Référendum

Définition et fonction

282 Le référendum permet de soumettre un texte normatif à la votation populaire. Le référendum législatif est facultatif: il a lieu si 50 000 citoyens et citoyennes ayant le droit de vote ou huit cantons le demandent dans les 100 jours à compter de la publication officielle de l'acte (art. 141 Cst.).

Situation de départ

283 La demande de référendum a abouti.

Organisation

284 L'organisation de la procédure relève de la Chancellerie fédérale. L'unité compétente assume néanmoins quelques tâches en relation avec la votation :

- Elle participe, dans le cadre du groupe de travail constitué par la Chancellerie fédérale, à la rédaction de la brochure explicative du Conseil fédéral ; elle en élabore la première ébauche, qui sera ensuite discutée et consolidée par la Chancellerie fédérale. La brochure donne des informations aussi objectives que possible sur le contenu du projet et mentionne les avis minoritaires les plus importants. Le comité référendaire est invité relativement tôt à livrer un bref avis, qui, d'une part, est utilisé dans la discussion et, d'autre part, est intégré dans la brochure, souvent sans modifications.
- Elle assiste le chef du département ou d'autres membres du Conseil fédéral

dans la campagne précédant la votation, par exemple, en rédigeant ses allocutions et un argumentaire (réponses aux critiques prévisibles, etc.).
- Elle fournit parfois à l'intention du public (partis politiques, médias, particuliers) un argumentaire sur le projet.

Information du public

Durant la phase qui précède la votation, les membres du Conseil fédéral expliquent la position de celui-ci sur l'objet du scrutin. À l'issue de la votation populaire, le chef du département compétent s'exprime sur les résultats du vote et répond aux questions des journalistes. 285

Les lois fédérales déclarées urgentes dont la validité n'excède pas une année ne sont pas sujettes au référendum, si bien que ces tâches d'information n'ont pas lieu d'être. 286

Édicter les dispositions d'exécution, créer les structures nécessaires

Généralités

Fonction

La préparation des dispositions d'exécution et la mise en place de l'organisation nécessaire à la mise en œuvre permettront l'entrée en vigueur d'un acte législatif et sa concrétisation. 287

Préparation

En règle générale, les lois fédérales ne sont pas mises en œuvre par la Confédération mais par d'autres instances, en principe les cantons et les communes. Ces derniers doivent souvent concrétiser le droit fédéral dans leurs propres actes législatifs et mettre en place les mesures organisationnelles nécessaires. Le message accompagnant le projet de loi contient de premières indications sur les modalités prévues de la mise en œuvre (art. 141, al. 2, let. d, LParl). 288

Il convient à cet égard de tenir compte des procédures cantonales (par exemple, du référendum législatif), qui engendrent un besoin important en temps. 289

Pour garantir que les lois fédérales entrent en vigueur le plus vite possible, l'office compétent soutient les instances d'exécution (non seulement les cantons, mais parfois aussi les conférences intercantonales des directeurs), par exemple de la façon suivante : 290

- en les informant régulièrement sur l'état des travaux législatifs ;
- en élaborant dès que possible les esquisses d'actes normatifs des ordonnances et les projets d'ordonnances et en les transmettant dès que possible comme information préalable aux autorités d'exécution ;
- en les informant suffisamment tôt, après les avoir si nécessaire consultées, sur la date d'entrée en vigueur ;
- en élaborant des actes législatifs cantonaux d'exécution modèles (en collabo-

ration avec des cantons ou avec des conférences intercantonales des directeurs).

Étapes

Situation de départ

Les dispositions légales sont adoptées, ou du moins il existe un consensus politique sur l'essentiel de leur contenu.

Planification

291 Afin de garantir que les lois fédérales puissent entrer en vigueur et soient mises en œuvre dans un délai relativement bref après le vote final par les conseils législatifs ou après la votation populaire (en cas de référendum), il y a lieu d'entreprendre tôt la préparation de la mise en œuvre, c'est-à-dire, le plus souvent, durant la phase parlementaire. Occasionnellement, on élabore les projets d'ordonnance en même temps que le projet de loi et le message. C'est au plus tard à ce moment-là qu'on élabore les esquisses d'actes normatifs nécessaires.

292 Lors de la planification, il convient de se poser les questions suivantes :

- des dispositions d'exécution au plan fédéral sont-elles nécessaires ? Quel sera leur contenu ? Combien de temps faut-il pour les élaborer ?
- d'autres travaux, préparatoires ou de mise en œuvre, sont-ils nécessaires au plan fédéral ? Combien de temps faut-il pour les exécuter ?
- des dispositions cantonales d'exécution sont-elles nécessaires ? À quel niveau les introduire (constitution, loi, règlement) ? Quel est le temps nécessaire à leur mise en vigueur ?
- quelles dispositions fédérales (au niveau de la loi ou de l'ordonnance) sont nécessaires pour permettre aux cantons d'élaborer leurs règles d'exécution ?
- d'autres travaux, préparatoires ou de mise en œuvre, sont-ils nécessaires au plan cantonal ? Combien de temps faut-il pour les exécuter ?

293 Sur la base de la planification de la mise en œuvre, la Confédération détermine la date d'entrée en vigueur. En règle générale, le délai nécessaire est au minimum de :

- deux ans à partir de l'adoption d'une loi fédérale et un an à partir de l'adoption des dispositions d'exécution, lorsque les cantons doivent édicter ou modifier une loi ;
- un an à partir de l'adoption d'une loi fédérale et six mois à partir de l'adoption dès l'adoption des dispositions d'exécution, lorsque les cantons doivent simplement édicter ou modifier des ordonnances.

Élaborer les dispositions d'exécution et, au besoin, créer les instruments d'aide à l'exécution

294 Il est fréquent que les dispositions de loi doivent être concrétisées par des normes du degré inférieur (ordonnance édictée par le Conseil fédéral ou un département). Parfois, il se révèle également judicieux d'adresser une circulaire aux cantons.

295 Dans le cadre de la préparation des dispositions d'exécution, il y a lieu d'examiner qui doit être consulté (commission parlementaire compétente, cantons, autres milieux intéressés). Il convient de prévoir un délai suffisant pour la consultation (par exemple, accorder aux participants un délai minimum de trois mois pour faire parvenir leur réponse, v. *ch. 208*).

296 Lorsque la mise en œuvre est complexe, il peut être opportun, voire nécessaire, de créer des instruments d'aide à l'exécution (directives, guides, listes de contrôle, modèles d'actes normatifs) afin de permettre aux autorités d'exécution (notamment aux organes cantonaux, communaux ou paraétatiques) d'appliquer sans difficultés les nouvelles dispositions. Ces instruments n'ont aucune portée normative. Aussi ne doivent-ils contenir aucune instruction obligeant les particuliers à agir ou, au contraire, à s'abstenir d'agir.

297 Si nécessaire, un travail conceptuel important doit être effectué au préalable. Celui-ci portera, notamment, sur le séquençage des activités d'exécution (par exemple, calendrier de mise en œuvre), établira un ordre des priorités pour les projets ou fixera la répartition des subventions fédérales entre les cantons. Ce travail pourra également servir de base à l'élaboration de plans d'exécution (tels que plans d'assainissement).

Préparer les structures nécessaires à l'exécution

298 Le plus souvent, la mise en application du nouveau droit n'exige pas la création d'organes spécifiques d'exécution et de surveillance. Il s'agit, le plus souvent, de préparer des organes existants à remplir de nouvelles tâches (en mettant en place la structure administrative et organisationnelle requise et en aménageant les locaux nécessaires, en mettant au point les processus de travail, en formant le personnel, en préparant les manuels et les recueils de données).

Information

299 Selon les cas, il y a lieu d'informer suffisamment tôt et de manière détaillée les milieux intéressés (par exemple, les cantons, les communes et les villes, les personnes et organisations particulièrement concernées) de la date à laquelle le nouveau droit entrera probablement en vigueur et des tâches supplémentaires qui leur incomberont. Dans nombre de cas, il est recommandé d'assortir la mise en vigueur de prestations supplémentaires telles que l'organisation de colloques (destinés, par exemple, aux organes d'exécution et aux représentants des milieux concernés), la publication de notices et autres documents sur Internet.

Résultat

300 Toutes les mesures préparatoires ayant été prises sur les plans juridique, administratif, organisationnel et infrastructurel, l'acte législatif et ses dispositions d'exécution peuvent être mis en vigueur.

Mettre en vigueur les actes législatifs et les publier

Généralités

Fonctions

301 La publication, dans le Recueil officiel du droit fédéral, des actes législatifs, des traités internationaux, des décisions relevant du droit international et des conventions conclues entre la Confédération et les cantons vise à porter ces textes à la connaissance du public. Ainsi, ils peuvent déployer leurs effets juridiques.

Bases légales

302 Art. 195 Cst. (RS 101) ;
Loi sur les publications officielles (RS 170.512) ;
Ordonnance sur les publications officielles (RS 170.512.1) ;
Art. 58 de la loi sur le Parlement (RS 171.10) et art. 6 à 8 de l'ordonnance de l'Assemblée fédérale sur la Commission de rédaction (RS 171.105; correction des erreurs décelées dans les actes législatifs adoptés par le Parlement).

Assistance

303 La section du droit de la Chancellerie fédérale est le service compétent pour toute question touchant la législation sur les publications officielles et le Centre des publications officielles (CPO) de la Chancellerie fédérale l'unité compétente pour tous les aspects techniques de la publication. Ces deux services doivent être consultés dès que la mise en vigueur d'un acte législatif est prévisible.

Étapes et options

Situation de départ

304 L'acte normatif a été approuvé par l'organe compétent (le corps électoral, l'Assemblée fédérale, le Conseil fédéral ou le chef du département concerné).
Le texte a été intégré dans le système CPO.

Une décision d'entrée en vigueur est-elle nécessaire ?

305 La loi fixe la date d'entrée en vigueur, ou elle délègue la décision de fixer cette date à un organe, en règle générale le Conseil fédéral. Dans ce dernier cas, il faut soumettre à cet organe une proposition l'invitant à fixer cette date.

Date d'entrée en vigueur

Degré normatif	La date d'entrée en vigueur est fixée en même temps que l'acte est approuvé	La compétence de fixer la date d'entrée en vigueur est déléguée
Constitution	Les modifications de la Constitution entrent en vigueur le jour de leur acceptation par le peuple et les cantons.	Dans certains cas, l'arrêté concernant la nouvelle disposition constitutionnelle comporte une norme déléguant à l'Assemblée fédérale ou au Conseil fédéral la compétence de fixer la date d'entrée en vigueur. Exemple : arrêté fédéral relatif à la réforme de la justice du 8 octobre 1999.
Lois fédérales et ordonnances de l'Assemblée fédérale	Elles entrent en vigueur à la date fixée dans l'acte législatif.	Le plus souvent, elles contiennent une norme de délégation chargeant le Conseil fédéral de fixer la date d'entrée en vigueur.
Lois fédérales déclarées urgentes	Elles entrent en vigueur le jour même de leur adoption par le Parlement ou, usuellement, les jours suivants. Il n'est pas admis que leur entrée en vigueur soit ajournée de plusieurs mois.	---
Ordonnances du Conseil fédéral	Elles entrent en vigueur à la date fixée par celui-ci.	À titre exceptionnel, notamment lorsqu'une ordonnance doit entrer en vigueur par étapes, la mise en vigueur peut être déléguée au président de la Confédération (art. 26, al. 4, LOGA).

306

Proposition concernant la mise en vigueur

307 Si la date d'entrée en vigueur n'est pas fixée dans l'acte même, il convient de faire une proposition à l'organe compétent, soumise à une consultation des offices et à une procédure de co-rapport (v. *ch. 18 ss. et 28 ss*).

Date d'entrée en vigueur

308 La date d'entrée en vigueur doit être fixée compte tenu des impératifs suivants :

- Nécessité d'attendre l'expiration du délai référendaire ou le résultat de la votation populaire (y compris la validation du résultat), dans l'hypothèse où un référendum aurait abouti.
- Nécessité de mettre l'acte en vigueur le plus rapidement possible.
- En règle générale, la loi fédérale et l'ordonnance d'exécution sont mises en vigueur à la même date.

- Délai suffisant avant l'entrée en vigueur lorsque le nouvel acte législatif oblige les organes d'exécution (généralement les cantons et les communes) à procéder à des adaptations (par exemple, des modifications de leur législation d'exécution, des réorganisations, l'aménagement de nouvelles installations) (v. *ch. 292*) ; éventuellement, on prendra l'avis des organes d'exécution quant à la date de l'entrée en vigueur. En tout état de cause, il y a lieu de les informer assez tôt de cette date.
- Il y a lieu d'harmoniser la date d'entrée en vigueur avec celle des actes législatifs connexes.
- Les actes législatifs de la Confédération doivent être publiés dans le Recueil officiel du droit fédéral cinq jours au moins avant leur entrée en vigueur. Dans la mesure du possible, il convient de prévoir au moins un délai de quatre semaines entre la décision de l'organe compétent pour fixer la date de l'entrée en vigueur et l'entrée en vigueur proprement dite. Ainsi, il s'écoulera pratiquement huit semaines entre la signature de la proposition par le chef du département et la date de l'entrée en vigueur.
- Sur l'entrée en vigueur échelonnée, v. *ch. 1013 ss*. et les DTL, *ch. 175 ss*.

Publication

Publication ordinaire

309 La publication au RO et au RS relève de la Chancellerie fédérale.

Publication urgente

310 Lorsque l'acte doit entrer en vigueur immédiatement ou le jour suivant son adoption ou encore lorsque, pour d'autres raisons, il n'a pas pu être publié assez tôt dans le Recueil officiel du droit fédéral et que l'autorité qui l'a adopté en a ordonné la publication immédiate, on procède à une publication urgente. La publication a lieu tout d'abord d'une autre manière (l'acte est adressé par courriel aux Chancelleries d'État, aux services désignés par les cantons où il peut être consulté selon l'art. 18 de la loi sur les publications officielles et à d'autres destinataires éventuels). Il est ensuite publié dès que possible dans le Recueil officiel du droit fédéral.

Publication sous la forme d'un renvoi

311 En lieu et place d'une publication intégrale dans le RO et le RS, un acte législatif peut, en raison de son caractère particulier, y être mentionné uniquement par son titre et par l'adjonction d'une référence ou du nom de l'organisme auprès duquel il peut être obtenu :

- lorsqu'il ne touche qu'un nombre restreint de personnes ;
- lorsqu'il a un caractère technique et ne s'adresse qu'à des spécialistes ou
- lorsqu'il doit être publié dans un autre format.

Dérogations au principe de la publication obligatoire 312

Les actes et les traités internationaux qui doivent être tenus secrets dans l'intérêt de la défense nationale ne sont pas publiés dans le Recueil officiel du droit fédéral.

Résultat

L'acte législatif a été publié dans le RO et le RS. Il déploie des effets juridiques. 313

Clore le projet législatif

Le projet législatif doit être clos au plus tard à la date d'entrée en vigueur de l'acte. 314

Cette étape implique notamment les opérations suivantes :

- dissoudre les groupes de travail et les équipes chargés du projet et attribuer de nouvelles tâches à ceux qui en ont fait partie ;
- préparer les documents en vue de leur archivage, boucler les comptes, clore les rubriques spéciales des crédits affectés au projet.

Selon les cas, il peut être judicieux de rédiger un rapport relatant les enseignements qui ont été tirés des travaux.

Mettre en œuvre l'acte législatif

La phase de mise en œuvre débute à l'entrée en vigueur de l'acte (pour plus de détails, v. *ch. 1049 ss*). 315

Évaluer rétrospectivement l'acte législatif

Pour plus de détails sur le contenu et la procédure de l'évaluation, v. *ch. 1135 ss*. 316

3 Initiative parlementaire

Introduction

Définition

317 L'initiative parlementaire permet à un membre de l'Assemblée fédérale, à un groupe ou à une commission de proposer qu'une commission élabore un projet d'acte de l'Assemblée fédérale.

Fonction

318 L'initiative parlementaire permet aux chambres du Parlementd'élaborer elles-mêmes des modifications de la constitution, de lois ou d'ordonnances de l'Assemblée fédérale.

Bases légales

319 Art. 160, al. 1, Cst. (RS 101) ;
Art. 107 à 117 LParl (RS 171.10);
Art. 25 à 29 du règlement du Conseil national (RS 171.13) ;
Art. 21 à 25 du règlement du Conseil des États (RS 171.14) ;
Art, 6, al. 2, Loi sur la consultation (LCo, RS 172.061).

Information du public

320 Les Services du Parlement assurent l'information du public sur les projets d'actes élaborés dans le cadre d'une initiative parlementaire.

Participation de l'administration fédérale

321 Il appartient à l'Assemblée fédérale de mener la procédure s'agissant du traitement d'initiatives parlementaires. La gestion du projet est assurée par le secrétariat de la commission compétente. Les commissions compétentes peuvent inviter le département compétent ou la Chancellerie fédérale à mettre à leur disposition des collaborateurs qui leur fournissent les renseignements juridiques ou matériels dont elles ont besoin (art. 112, al. 1, LParl). Le recours à du personnel de l'administration est fréquent tant lors de l'examen préalable que lors de l'élaboration du projet d'acte législatif et de son commentaire.

322 Dès que l'administration a désigné la personne qui prêterait son concours, celle-ci traite directement avec le secrétariat de la commission pour la suite des opérations. Celui-ci se tient à la disposition des collaborateurs pour toutes questions relatives à la manière de procéder.

323 Le fait que des collaborateurs de l'administration fédérale prêtent leur concours ne préjuge en rien de la position qu'adoptera le Conseil fédéral. Pour éviter de donner l'impression que l'office s'identifie pleinement aux propositions soumises sur mandat de la commission, il est en principe recommandé de s'abstenir de se faire représenter aux séances par les membres de la direction.

On attend du collaborateur désigné par l'administration fédérale pour prêter son concours à la commission qu'il fasse valoir le point de vue technique et juridique non seulement de l'unité à laquelle il appartient, mais encore des autres services qui sont aussi concernés par la problématique à laquelle a trait l'initiative. Si nécessaire, il doit se mettre en rapport avec ces services. Lorsque les problèmes à résoudre sont complexes, le collaborateur en question peut, après entente avec le secrétariat de la commission, se faire accompagner aux séances de celle-ci par des représentants des services concernés. 324

Les collaborateurs de l'administration fédérale qui prêtent leur concours à la commission doivent fournir à celle-ci les renseignements juridiques et matériels lui permettant de porter une appréciation sur les exigences posées par l'initiative et sur leur portée. Concrètement, cela implique que ces collaborateurs attirent l'attention de la commission : 325

- sur les points de convergence ou de divergence que l'initiative parlementaire présente par rapport à des décisions antérieures du Conseil fédéral, aux stratégies adoptées par le département et l'office, aux projets législatifs en cours, etc. ;
- sur la portée juridique de l'initiative (notamment, sur le niveau auquel il convient de légiférer et l'ampleur de la réglementation à mettre en place), sur les éventuels problèmes juridiques qu'elle pose (par exemple, du point de vue de la protection des droits fondamentaux ou du droit international public) et sur les solutions qui s'offrent ;
- sur les compétences dont disposent (ou ne disposent pas) la Confédération et les cantons et sur les éventuelles démarches entreprises aux niveaux fédéral, cantonal ou intercantonal pour résoudre le problème.

En revanche, les collaborateurs n'ont pas à porter d'appréciations d'ordre politique. Celles-ci sont réservées au Conseil fédéral (v. *ch. 348*). 326

En principe, il n'est pas nécessaire que les collaborateurs de l'administration fédérale assistent aux délibérations en plénum des conseils. 327

Procédure

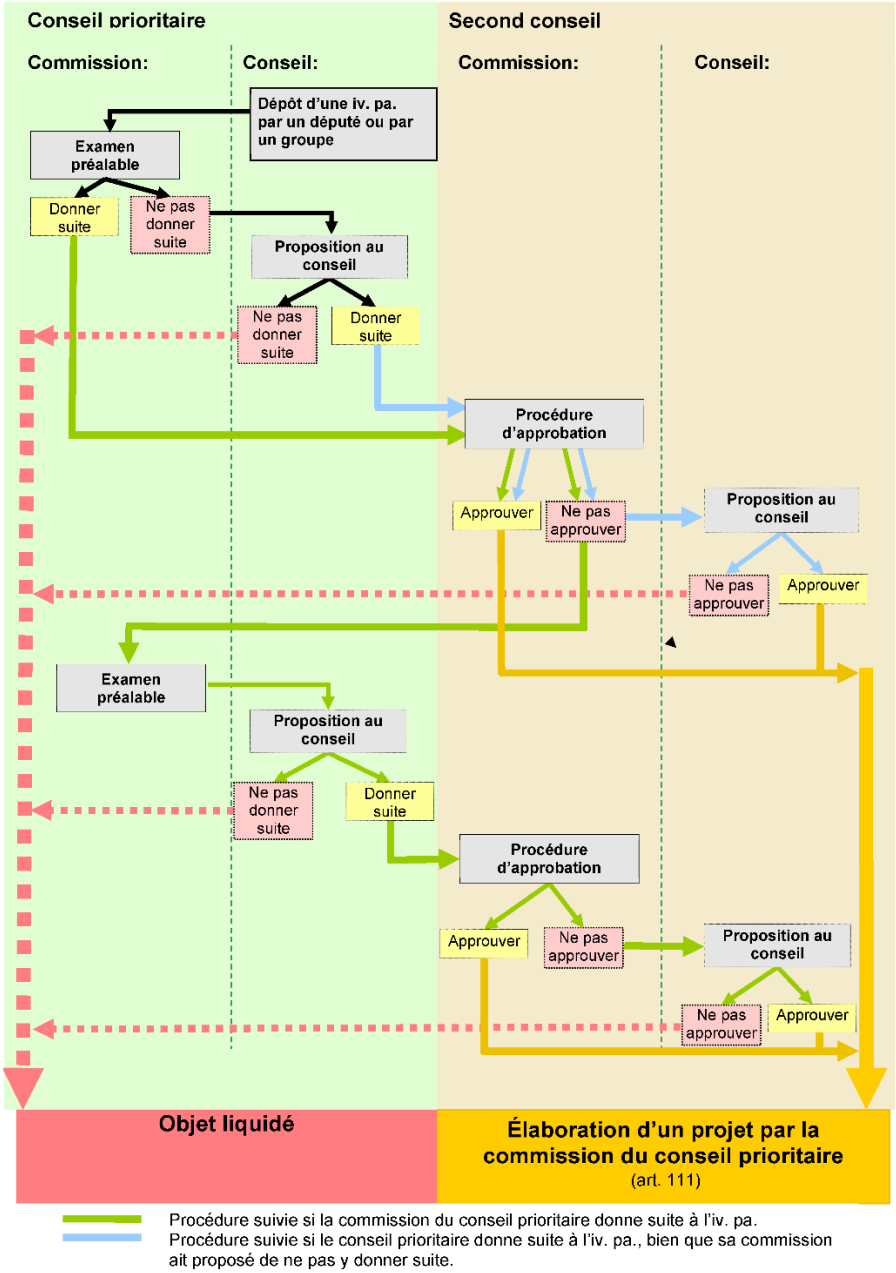
Traitement en deux phases

Toute initiative parlementaire est soumise à un examen préalable, à l'issue duquel il est donné suite ou non (art. 109 LParl). Dans le premier cas de figure, on passe à l'élaboration de l'acte législatif. 328

Examen préalable

Il s'agit d'examiner s'il y a nécessité de légiférer et si la forme de l'initiative parlementaire est appropriée (art. 110 LParl). 329

330 La procédure d'examen préalable suit le schéma suivant :



Élaboration de l'avant-projet d'acte législatif et du rapport explicatif

Aperçu

331 S'il a été décidé de donner suite à une initiative, la commission du conseil où elle a été déposée se voit chargée d'élaborer un projet d'acte législatif et un rapport explicatif dans un délai de deux ans (art. 111 LParl). Ce délai peut être prolongé (art. 113 LParl).

332 La commission peut également proposer au conseil dont elle dépend de classer l'initiative, lorsque les objectifs qu'elle vise sont déjà atteints par un autre projet d'acte législatif ou que, pour d'autres motifs, le mandat reçu du conseil ne peut être maintenu (art. 113 LParl).

333 Les collaborateurs appelés à prêter leur concours participent aux séances de la commission ou de la sous-commission chargée d'élaborer l'avant-projet. À ce stade, la (sous-)commission ou son secrétariat peut, notamment, leur attribuer les tâches suivantes :

- proposer des solutions ou formuler un avant-projet d'acte législatif permettant d'atteindre les objectifs et de concrétiser les mesures définies par la commission ou la sous-commission ;
- établir le commentaire juridique et matériel de l'avant-projet.

334 L'avant-projet d'acte de l'Assemblée fédérale et le rapport explicatif répondent aux mêmes exigences que dans le cas d'un message du Conseil fédéral (art. 111 al. 3 et 4 LParl).

Tâches de l'administration

335 La (sous-)commission ou son secrétariat ne peut se contenter de donner à l'administration le mandat de préparer un projet abouti de rapport. Pour cela, elle devrait s'adresser au Conseil fédéral par voie de motion. Dans le cadre de l'initiative parlementaire, c'est à la commission qu'il appartient de formuler ses choix politiques de manière détaillée et aussi concrète que possible. Il n'appartient pas à l'administration de fournir le commentaire politique de l'avant-projet. Il doit être rédigé par le secrétariat agissant sur mandat de la commission.

336 Tous les documents destinés aux organes parlementaires doivent toujours leur être fournis en allemand et en français. Le service qui a établi un document est également chargé de sa traduction. , Il en va de même si, à la demande du secrétariat de la commission, l'administration a rédigé certaines parties du rapport de la commission. Celle-ci doivent les fournir dans les deux langues,

337 Les travaux législatifs concernant des domaines complexes peuvent occasionner une forte charge de travail pour les collaborateurs de l'administration, qui auront souvent besoin du concours d'autres collaborateurs de leur office (notamment des services linguistiques). Si les mandats ne peuvent être accomplis avec les ressources disponibles, il convient de prendre contact en premier lieu avec le secré-

tariat de la commission. Si nécessaire,le chef de département adressera au président de la commission une lettre lui demandant de délier l'office de certains mandats ou de lui accorder un délai supplémentaire.

338 Les collaborateurs requis sont tenus d'apporter une contribution constructive, même s'ils ont des réserves quant à l'orientation prise par le projet.

Coordination

339 Les collaborateurs de l'administration fédérale qui prêtent leur concours aux travaux de la commission assurent la collaboration avec les autres offices fédéraux concernés par le projet d'acte législatif.

340 Une fois que les organes parlementaires compétents ont pris la décision d'élaborer un projet d'acte législatif accompagné d'un rapport explicatif, l'office fédéral qui a participé aux travaux jusque-là informe les autres offices qui pourraient être concernés, les secrétariats généraux des départements et la Chancellerie fédérale des travaux législatifs, en les invitant à faire part de leurs observations ou à désigner un interlocuteur.

341 Examen du projet sous les angles juridique, linguistique et financier : avant d'envoyer le projet en consultation de même que s'il a subi d'importantes modifications à la suite de la consultation, il y a lieu de prendre l'avis des organes ayant des tâches transversales (notamment la Chancellerie fédérale et la Commission interne de rédaction, l'Office fédéral de la justice, l'Administration fédérale des finances).

Consultation

342 À l'instar des projets émanant du Conseil fédéral ou des départements, les projets d'actes législatifs élaborés au titre d'initiatives parlementaires doivent satisfaire aux exigences fixées par la loi sur la consultation.

343 Les commissions parlementaires peuvent impliquer les services de l'administration fédéral pour la préparation de la consultation externe et pour la synthèse des résultatsEn règle générale, Ceux-ci se voient attribuer des tâches d'une certaine ampleur, comme il ressort du tableau ci-dessous (voir aussi art. 6, al. 2 LCo):

Qui ?	Quoi ?
Planifier la procédure de consultation (v. *ch.208*)	
Le secrétariat de la commission	informe la Chancellerie fédérale de l'ouverture prochaine de la procédure de consultation.
La Chancellerie fédérale	informe le public de la procédure de consultation prévue.
Préparer et expédier les documents nécessaires à la consultation (v. *ch. 225)*	
Le président ou le secrétariat de la commission	charge les collaborateurs appelés à prêter leur concours de mener la procédure de consultation (en général, le mandat est donné de manière informelle, par exemple, oralement ou par courriel).
L'office compétent, de concert avec le secrétariat de la commission	définit le cercle des destinataires de la consultation ou de l'audition, prépare les documents nécessaires et les expédie avec une lettre signée par le président ou la présidente de la commission. Remarque ; il n'y a pas de consultation des offices sur l'ouverture de la procédure de consultation ni sur le rapport concernant les résultats de la consultation.
Évaluer les réponses et établir un rapport sur les résultats de la consultation (v. module A, *ch. 229)*	
L'office compétent	évalue les réponses reçues et transmet au secrétariat de la commission compétente le rapport sur les résultats de la consultation accompagné du recueil des réponses reçues accompagné d'une lettre. Remarque : l'office compétent se fonde sur les résultats de la consultation. Il ne porte pas d'appréciation sur lesdits résultats ni sur la suite des opérations.
Le secrétariat de la commission	publie le rapport sur les résultats de la consultation (sur les sites internet du Parlement et de la Chancellerie fédérale), après que la commission en a pris connaissance. Remarque : il n'est pas recommandé de publier le rapport sur le site Internet de l'office compétent, car il s'agit d'un projet qui relève du Parlement. À la rigueur, l'office peut mettre en lien sur son site internet la page Web de la Chancellerie fédérale où figure le rapport.

344

Projet et rapport définitifs de la commission

La commission, après avoir pris connaissance du rapport sur les résultats de la consultation, examine si, à la lumière de ces résultats, il y a lieu de remanier le projet. 345

Le rapport et le projet définitifs de la commission sont soumis au conseil dont elle dépend. La commission donne également au Conseil fédéral la possibilité de se prononcer dans un délai convenable (en général, 6 à 8 semaines). Il n'est pas impératif que le Conseil fédéral établisse un avis formel ; toutefois, en règle générale, il saisira l'occasion qui lui est donnée de faire connaître son point de vue et ses éventuelles propositions. 346

347 Afin de permettre une rédaction qualitativement satisfaisante de l'avis du Conseil fédéral, en dépit des délais serrés, on fera en sorte que les collaborateurs de l'administration fédérale auxquels il a été fait appel pour la préparation du projet commencent l'élaboration de l'avis du Conseil fédéral sans attendre que le projet et le rapport de commission aient été approuvés.

Avis du Conseil fédéral

348

Qui ?	Quoi ?
Le secrétariat de la commission	transmet au Conseil fédéral le projet et le rapport définitifs de la commission accompagnés d'une lettre signée par le président ou la présidente de celle-ci. Il pourvoit à la publication des documents dans la Feuille fédérale.
La Chancellerie fédérale	communique les documents au département compétent.
L'office compétent	établit un projet d'avis du Conseil fédéral dans lequel il consigne, le cas échéant, les propositions du Conseil fédéral. Il soumet le projet d'avis à la consultation des offices (v. *ch .18*). Remarque : afin que l'on puisse identifier clairement les modifications du projet d'acte législatif qui ont été formellement proposées par le Conseil fédéral, ces modifications seront mentionnées dans l'avis sous le titre *Propositions,* in fine. Les propositions elles-mêmes seront motivées plus haut dans la partie principale de l'avis. Quant à la présentation formelle des modifications proposées elle obéit aux règles applicables à l'établissement des dépliants dans le cadre de la procédure parlementaire. À ce sujet, il est recommandé à l'office de se concerter avec le secrétariat de la commission qui ajoutera une colonne « propositions du Conseil fédéral » sur le dépliant.
L'office compétent	évalue les résultats de la consultation des offices, finalise le projet d'avis à la lumière de ces résultats et le transmet au chef du département pour signature.
Le chef du département	signe la proposition au Conseil fédéral.
Le Conseil fédéral	approuve l'avis.
La Chancellerie fédérale	transmet l'avis au conseil compétent et pourvoit à sa publication dans la Feuille fédérale.
La commission	débat des éventuelles propositions d'amendement formulées par le Conseil fédéral. Elle peut soit s'y rallier (nouvelles propositions de la commission) soit proposer au conseil de les rejeter.

Phases parlementaire et postparlementaire

349 L'examen du projet par le conseil prioritaire se déroule selon la procédure normale pour tout projet d'acte (entrée en matière, examen par article, vote sur l'ensemble). Si le projet échoue au conseil prioritaire (soit parce qu'il n'est pas entré en matière, soit parce qu'il a rejeté le projet lors du vote sur l'ensemble), il n'est pas transmis au second conseil et l'initiative parlementaire est réputée liquidée, et ce bien que le second conseil ait été associé à l'examen préalable (art. 114, al. 1bis, LParl).

Le projet du Conseil prioritaire est présenté à la commission du second conseil par un membre de la commission du conseil prioritaire (art. 114, al. 2, LParl.). L'examen du projet par le second conseil ainsi que l'élimination des divergences se déroulent selon la procédure parlementaire habituelle.

La phase postparlementaire est identique à celles décrite pour une loi, *ch.282.*

4 Ordonnance

Introduction

350 Le présent chapitre présente le processus d'élaboration des ordonnances fédérales, essentiellement celles du Conseil fédéral et des départements. Bien qu'il soit davantage orienté sur les ordonnances du Conseil fédéral et des départements, les légistes des autres autorités peuvent aussi en tirer profit.

351 Une grande partie des principes et étapes énoncés dans le chapitre consacré à la loi s'appliquant aussi à l'ordonnance, de nombreux renvois y sont faits (*ch. 50 ss*).

Impulsion législative et planification

Impulsion et mandat

Facteurs déclencheurs

352 L'impulsion à l'origine d'une ordonnance peut provenir de différentes sources :

- Une obligation légale: Lorsque la loi l'oblige à adopter ou à modifier une ordonnance, l'autorité compétente n'a pas de marge d'appréciation sur la nécessité de légiférer.
- Le mandat d'une autorité supérieure: L'autorité compétente demande à l'office soit de préparer une ordonnance, soit d'examiner l'opportunité de la préparer. Cette situation peut être la conséquence directe ou indirecte d'une procédure institutionnalisée (par exemple, une motion, un postulat ou une initiative populaire). Elle découle souvent de l'adoption ou de la révision du droit supérieur (Constitution, loi, ordonnance d'une autorité de rang supérieur) ou de la jurisprudence d'une autorité judiciaire de rang supérieur (par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme ou les tribunaux de la Confédération).
- L'initiative de l'office: Il n'est pas rare que l'office compétent prenne l'initiative de préparer la révision d'une ordonnance sans qu'une autre autorité lui en ait donné le mandat explicite. À l'interne, les unités administratives ont d'ailleurs l'obligation d'examiner leurs tâches et leurs prestations (art. 5 LOGA et 27, al. 1 OLOGA) et en conséquence de faire le nécessaire pour modifier les ordonnances inadaptées. Le mandat est alors défini par l'office lui-même, qui déclenche formellement le processus.

Étapes

Quels points peut-on éclaircir à ce stade du processus ?

353
- définir le cadre normatif (v. *ch. 131* ss).
- opter pour une révision partielle ou une révision totale (v. DTL. ch 276).

Obtenir un mandat formel ?

Le mandat définit les grandes lignes de l'ordonnance ou de sa révision. En pratique, il est souvent donné soit implicitement (par exemple, dans la planification générale du Conseil fédéral, du département ou de l'office) soit a posteriori (par exemple, lors de l'approbation de l'esquisse d'acte normatif). 354

Si des questions de fond doivent être discutées avant la préparation d'une ordonnance du Conseil fédéral, l'office prépare une proposition et un dispositif de décision (v. Recueil des modèles, exclusivement accessible sur l'intranet de l'administration fédérale), avant d'ouvrir la consultation des offices et la procédure de corapport (v. *ch. 18 ss*. et *28 ss*). 355

Bases légales et moyens auxiliaires

- Art. 147, 163, al. 1, 164, al. 1 et 2, 182, al. 1, 184, al. 3, et 185, al. 3, Cst. (RS 101); 356
- Art. 22, al. 2 et 3, et 151, LParl (RS 171.10);
- Art. 5, 7, 36 et 48 LOGA (RS 172.010);
- Art. 11, 12 et 27 OLOGA (RS 172.010.1);
- Art. 3 et 3a ainsi que 10 LCo (RS 172.061);
- Classeur rouge (seulement sur l'intranet de l'administration fédérale).

Planification

Généralités

La planification est une étape incontournable pour tout projet d'ordonnance. C'est un outil de gestion qui a pour but d'anticiper les besoins en temps et en personnel. Sauf les précisions qui suivent, les explications données sur la planification dans le chapitre consacré à la loi sont applicables (v. *ch. 76 ss*). 357

Étapes

Évaluer de manière réaliste le temps et les ressources nécessaires

La planification en temps et ressources nécessaires en personnel est influencée par différents éléments. 358

Evaluer l'environnement normatif

En d'autres termes, il faut se demander si le projet à planifier a des incidences sur d'autres actes législatifs en vigueur (de même rang, de rang supérieur ou de rang inférieur) ou sur d'autres projets en cours (v. *ch. 131 ss).* 359

Choisir l'organisation de projet

Dans la plupart des cas, une organisation spécifique n'est pas nécessaire. Une telle organisation n'est mise en place que si l'ordonnance est particulièrement complexe et a une grande portée (v. *ch. 85 ss*). La décision ressortit en règle générale à l'office. 360

361 Lorsqu'une organisation de projet a été instaurée en vue de la procédure d'adoption de la loi au sens formel (voir ch. 101ss), l'office décide s'il est utile de la reconduire en vue de la procédure d'adoption de l'ordonnance ou s'il est préférable de constituer une nouvelle structure, parfois plus modeste. Si cela est judicieux, il recourt aux collaborateurs spécialisés qui ont participé à l'adoption ou à la modification de la loi, de façon à valoriser les compétences et les connaissances déjà acquises. Il peut aussi s'avérer bénéfique de trouver des spécialistes pour traiter les points à approfondir dans l'ordonnance.

Établir le document de planification

362 En fonction de la complexité du projet, le document de planification (par exemple un plan de projet) fournit des renseignements sur :

- la nécessité d'édicter ou de modifier une ordonnance ;
- le but poursuivi par la réglementation ;
- le calendrier, avec des indications pour chaque étape ;
- la date prévisible d'entrée en vigueur de la loi et de l'ordonnance ; cette question est très importante ; il s'agit en particulier de tenir compte des éléments suivants :
  - les informations déjà données dans le message concernant l'entrée en vigueur prévue de la loi formelle,
  - le temps nécessaire pour que les cantons adaptent leur législation et leurs structures,
  - la coordination avec l'entrée en vigueur d'autres actes normatifs,
  - les délais de publication ;
- les ressources nécessaires (ressources humaines et financières) ; on n'oubliera pas les ressources nécessaires à la traduction, en particulier en temps.

le processus ultérieur, les prochaines étapes, etc.

Faire avaliser la planification

363 La planification doit être approuvée (voir ch. 90).

Phase de conception

Introduction

364 La phase de conception a pour but de définir le contenu normatif fondamental du projet d'ordonnance. Elle nécessite que la base d'information sur laquelle s'appuiera le projet soit suffisamment établie et, si besoin est, consolidée, pour permettre la rédaction de l'esquisse d'acte normatif. Elle précède la rédaction du projet d'ordonnance. Les informations du *ch. 93 ss* sont applicables *mutatis mutandis*.

Se procurer les informations nécessaires

Les informations nécessaires sont de nature factuelle ou juridique. 365
Parfois, elles sont disponibles, par exemple parce qu'elles ont été récoltées au stade de l'élaboration de la loi. Le problème à régler, les buts à atteindre et les mesures à prendre, de même que le cercle des personnes concernées, sont alors connus. Comme pour les lois, un Quick-Check AIR doit être réalisé pour les ordonnances, afin de déterminer si des analyses supplémentaires sont nécessaires (voir ch. 160). L'environnement normatif doit être clarifié,en particulier s'il n'a pas été étudié lors de l'élaboration de la loi. Même lorsqu'il s'agit de modifier une ordonnance dont la base légale n'a pas été changée, il ne faut pas oublier de vérifier la pertinence et l'actualité des bases légales citées dans le préambule.

Étudier les bases légales

Pour évaluer sa marge de manœuvre, l'office analysera de manière approfondie 366
les bases légales de l'ordonnance.
Il étudiera en particulier la question de savoir si la loi contient une délégation de compétence législative permettant l'adoption de normes primaires ou s'il s'agit de n'adopter que des normes secondaires (v. *ch. 703 ss*).

Déterminer l'autorité compétente

Même si cela semble souvent aller de soi, il convient de s'interroger sur l'autorité 367
compétente pour adopter la réglementation à édicter par voie d'ordonnance.

Ordonnance du Conseil fédéral

En règle générale, une loi est mise en œuvre par une ordonnance du Conseil fé- 368
déral, autorité directoriale et exécutive suprême de l'administration. Celui-ci est habilité à édicter des règles secondaires (art. 182 Cst.). Seules les règles primaires nécessitent une base légale spécifique (art. 164, al. 2, Cst., *ch. 703 ss*).
Quelques dispositions doivent, en vertu de la loi, être prévues au niveau de l'ordon- 369
nance du Conseil fédéral :

- les dispositions d'organisation, ce qui permet de sauvegarder l'autonomie organisationnelle du Conseil fédéral (art. 43, al. 2, LOGA) ;
- l'attribution du pouvoir de décision (Conseil fédéral, département, groupement ou office) dans des affaires particulières ou des domaines déterminés, le but étant d'attribuer les compétences de décision au niveau adéquat (art. 47, al. 1 et 2, LOGA) ; en règle générale, il est attribué aux offices et groupements d'offices qui disposent des connaissances spécifiques dans le domaine en question.

Ordonnance d'un département, d'un groupement ou d'un office

370 Le Conseil fédéral peut, sans base légale spécifique, sous-déléguer à un département certaines compétences législatives. Pour arrêter sa décision, il prend en considération la portée de la norme envisagée (art. 48, al. 1, LOGA). Le Conseil fédéral devrait user avec retenue de la sous-délégation, qui a généralement pour incidence de restreindre le droit de cogestion des autres départements. S'agissant d'une ordonnance d'un département, il n'y a en effet qu'une consultation des offices mais pas de procédure de co-rapport.

371 Le Conseil fédéral ne peut déléguer sa compétence de légiférer aux groupements et aux offices que si un acte du niveau de la loi formelle le permet (art. 48, al. 2, LOGA). Le choix du degré normatif est guidé par la portée de la norme.

372 On doit tenir compte notamment des facteurs suivants : importance de la matière, cercle des destinataires de la norme, conséquences de la norme sur ceux-ci (telles que l'intensité d'une éventuelle atteinte à leurs droits fondamentaux), technicité de la matière. Le besoin de réviser la norme ne devrait pas, en revanche, être à lui seul un critère déterminant, car la procédure devant le Conseil fédéral n'est que modérément plus longue que celle concernant l'ordonnance d'un département.

373 Si des autorités de niveaux différents (par exemple, le Conseil fédéral et un département) sont compétentes pour préparer simultanément des ordonnances, l'office assure la coordination des différents contenus normatifs autant que du travail.

Une ou plusieurs ordonnances ?

374 Le pouvoir exécutif a une marge de manœuvre pour décider si les dispositions d'exécution d'une loi doivent être fixées dans une seule ordonnance ou si elles doivent être réparties dans différentes ordonnances de même rang.

Opter entre une révision partielle et une révision totale

375 Voir directives de la Confédération sur la technique législative (DTL), ch. 276.

Élaborer et faire approuver une esquisse d'acte normatif

376 Outre les exigences exposées aux *ch. 161 ss*, l'esquisse d'acte normatif doit :

- citer les bases légales de l'ordonnance ou, si elles sont en cours d'élaboration, indiquer à quel stade elles se trouvent ;
- citer les normes de délégation.

377 L'approbation de l'esquisse d'acte normatif ressortit en principe à la direction de l'office. Lorsque l'édiction ou la modification de l'ordonnance implique d'importants travaux de mise en œuvre par les cantons, l'office compétent peut envisager de leur communiquer, à eux ou à la conférence intercantonale compétente, en tout ou en partie, l'esquisse d'acte normatif en tant qu'information préalable.

Projet d'ordonnance et rapport explicatif

Pour les ordonnances de l'administration fédérale, on parle souvent d'« avant-projet d'ordonnance » avant la consultation externe et de « projet d'ordonnance», après la consultation externe. Les étapes relatives à la rédaction d'un projet de loi doivent aussi être suivies pour l'essentiel (v. *ch. 50 ss*). 378

Rédiger le projet d'ordonnance

L'esquisse d'acte normatif peut désormais être transformée en acte législatif. 379
Divers moyens auxiliaires (*ch 244*) sont à disposition.
Les modèles sont disponibles sur la page internet Procédure CPO (accessible uniquement sur l'intranet de l'administration fédérale).

Assurer une densité normative adéquate

La densité normative d'une ordonnance est influencée par deux besoins contradictoires, d'une part, garantir une application uniforme du droit fédéral et, d'autre part, respecter la marge de manœuvre des autorités d'exécution. Il arrive aussi qu'au niveau de l'ordonnance des concepts juridiques indéterminés doivent être concrétisés. Lorsque les cantons sont concernés, on veillera à leur laisser suffisamment de marge d'appréciation pour qu'ils puissent tenir compte de leurs singularités. 380

D'une manière générale, la densité normative d'une ordonnance est plus forte que celle de la loi. L'ordonnance est en effet souvent davantage détaillée et technique. 381

Si plusieurs personnes se partagent le travail de rédaction d'une ou de plusieurs ordonnances, la question de la densité normative doit être décidée collectivement avant le début de la rédaction. 382

Informer sur la date probable d'entrée en vigueur de l'ordonnance

Les autorités de mise en œuvre et les destinataires de l'ordonnance devraient être informés suffisamment tôt de la date présumée d'entrée en vigueur de l'ordonnance et éventuellement de la loi. 383

Évaluation des effets

La proposition au Conseil fédéral et, le cas échéant, le dossier de la consultation doivent exposer – de manière plus ou moins détaillée selon la matière à régler – les conséquences de l'acte pour la Confédération et les cantons (notamment le financement et les ressources en personnel), de même que ses conséquences économiques, environnementales et sociales. Conformément aux directives du Conseil fédéral sur l'analyse d'impact de la réglementation, cinq points doivent être passés en revue et traités dans le rapport explicatif (voir ch. 160). Les effets d'une ordonnance pouvant déborder le cadre de sa base légale, ils doivent être examinés séparément, en particulier sous l'angle des art. 4 et 5 de la loi fédérale 384

sur l'allégement des coûts de la réglementation pour les entreprises.

Rédiger le rapport explicatif

385 Depuis la révision de l'ordonnance sur les publications officielles (OPubl; RS 170.512.1), les rapports explicatifs d'ordonnances faisant l'objet d'une consultation doivent être publiés sur la plate-forme prévue à cet effet (art. 26, let. a, OPubl). Le projet d'ordonnance et le rapport explicatif permettent d'informer les offices concernés et, le cas échéant, les destinataires de la consultation ou le Parlement.

386 Le rapport explicatif commente le projet d'ordonnance. Il en présente les principaux aspects juridiques et la conformité au droit international. Il contient en outre des explications sur les conséquences du projet et sur les principales données quantitatives utilisées (art. 8 de l'ordonnance sur la consultation). En l'absence de consultation, l'ordonnance est commentée directement dans la proposition au département ou au Conseil fédéral.

387 Le commentaire peut servir ultérieurement d'instrument d'interprétation de l'ordonnance. Il est souvent publié sur le site Web de l'office (v. p.ex. le rapport explicatif relatif à l'ordonnance sur la transparence du financement de la vie politique ou celui concernant l'ordonnance sur la vérification de l'analyse de l'égalité des salaires).

388 Il est recommandé de s'inspirer des directives applicables à l'élaboration des messages (Aide-mémoire relatif aux messages du Conseil fédéral) pour élaborer le rapport explicatif qui accompagne le projet d'ordonnance (et, par analogie, pour rédiger les explications qui figurent dans la proposition adressée au département ou au Conseil fédéral).

389 Le rapport explicatif est le seul document officiel qui commente le projet d'ordonnance. Comme le message qui accompagne la loi contient déjà de nombreux renseignements de fond (art. 141, al. 2, let. d et f, LParl), le rapport explicatif est davantage orienté sur le commentaire des dispositions de l'ordonnance.

390 Le rapport explicatif (ou éventuellement la proposition à l'autorité compétente sur l'ouverture de la consultation) doit donner des informations sur les effets présumés du projet d'ordonnance :

Faire contrôler la traduction

391 La traduction en français ou en allemand doit être contrôlée par des juristes et par des spécialistes de la matière traitée, à moins qu'ils ne s'en soient chargés eux-mêmes.

Peut-on directement passer à la phase de décision ou doit-on encore faire une consultation ou consulter le Parlement ?

S'il n'y a pas besoin de procéder à une consultation ni de consulter le Parlement, il convient d'ouvrir directement la consultation des offices (v. *ch. 399*). 392

S'il faut procéder à une consultation ou consulter le Parlement, voir *ch. 198* et *395 ss*. En cas de doute, voir *ch. 205 ss.*

Procédure de consultation et consultation du Parlement

Faut-il procéder à une consultation ?

Une ordonnance doit être soumise à une procédure de consultation si (art. 3, al. 1, let. d et e, LCo, RS 172.061) : 393

- elle a une grande portée politique, financière, économique, écologique, sociale ou culturelle ;
- elle touche particulièrement les cantons ou certains d'entre eux ;
- son exécution sera confiée en grande partie à des organes extérieurs à l'administration fédérale.

Une consultation peut également être organisée pour les projets qui ne remplissent aucune de ces conditions (art. 3, al. 2, LCo). 394

Faut-il consulter le Parlement

Faut-il consulter le Parlement

Avec l'entrée en vigueur de la révision de la loi sur le Parlement (LParl; RS 171.10) en décembre 2023, les projets d'ordonnances et les modifications d'ordonnances visés aux art. 22, al. 3, 2ème phrase et 151, al. 2bis, LParl doivent systématiquement être soumis aux commissions compétentes pour consultation. Si le projet contient des informations classées confidentielles ou secrètes, le Conseil fédéral informe la Délégation des finances et la Délégation des Commissions de gestion au lieu de consulter les commissions compétentes. 395

La Chancellerie fédérale informe le Secrétariat central de l'ouverture de la consultation externe concernant les projets d'ordonnances. Ce dernier transmet l'information aux secrétariats des commissions. La commission parlementaire compétente invite la cheffe ou le chef de département à la séance, afin de pouvoir lui donner une recommandation. La commission parlementaire peut également se prononcer par écrit ou informer le département qu'elle renonce à prendre position. 396

Planifier la consultation du Parlement après la consultation externe

En règle générale, les commissions souhaitent être consultées à propos des projets d'ordonnances une fois la consultation externe terminée, si possible en ayant connaissance des résultats de la consultation. Toutefois, comme il est difficile de poser a priori les critères de coordination de ces deux consultations, l'office règle cette question de concert avec le secrétariat des commissions parlementaires et 397

le service juridique de la Chancellerie fédérale, de façon à pouvoir tenir compte de divers facteurs administratifs (comme l'agenda de la commission ou le nombre de consultations annoncées) ou politiques (comme l'importance politique du projet).

398 L'office compétent, respectivement, le Secrétariat général, informe en continu la Chancellerie fédérale (CPO) des consultations planifiées (v. *ch. 208*).

Ouvrir la consultation des offices

399 Pour garantir la consolidation du projet, il s'impose de le soumettre à une consultation des offices, bien que la décision sur l'ouverture de la consultation relève de la compétence du département.

400 La consultation des offices permet de réaliser un premier contrôle de la qualité du projet, en particulier de vérifier la forme, la structure et les effets de l'ordonnance.

401 Le projet d'ordonnance et le rapport explicatif sont dans ce cadre transmis aux offices consultés en français ou en allemand (v. *ch. 18* ss et Directives sur les affaires du Conseil fédéral > Déroulement des affaires > Consultation des offices [exclusivement accessible sur l'intranet de l'administration fédérale]). Lorsque le projet d'ordonnance est volumineux il est recommandé de le soumettre en consultation dans les deux langues.

Décider d'ouvrir une procédure de consultation

402 La consultation est ouverte (art. 5 LCo) :

- par le Conseil fédéral pour les projets visés au *ch. 393* ;
- par le département compétent ou par la Chancellerie fédérale pour les projets qui ne sont pas obligatoirement soumis à une consultation ;
- par l'*unité* compétente *de l'administration fédérale*, pour autant qu'elle ait la compétence d'édicter des règles de droit ;

par la commission parlementaire compétente, si le projet émane de l'Assemblée fédérale.

403 L'office soumet au département (le cas échéant pour transmission au Conseil fédéral) la proposition d'ouvrir une consultation, accompagnée des annexes suivantes :

- le dispositif de décision ;
- le projet d'ordonnance ;
- le rapport explicatif ;
- en cas de modification d'une ordonnance, une vue d'ensemble des modifications prévues par rapport au droit en vigueur (art. 7, al. 1, let. b, OCo) ;
- éventuellement un Quick-Check AIR ;
- la lettre d'information aux organismes consultés ;
- la liste des destinataires.

Informer le public

Pour l'information aux médias, v. *ch. 42*. 404

Établir un rapport sur les résultats de la consultation

L'office établit le rapport sur les résultats de la consultation. Il en donne un résumé sans porter d'appréciation (art. 20, al. 1, OCo). Une importance toute particulière est accordée aux prises de position des cantons pour tout ce qui a trait aux mesures qu'ils doivent mettre en œuvre, qui sont présentées dans un chapitre à part (art. 20, al. 2, OCo). Ce rapport est publié dans les trois langues officielles. 405

Tirer les conséquences du résultat de la consultation

L'office compétent tire les conséquences de la consultation et, le cas échéant, de la consultation du Parlement. Si nécessaire, il adapte le projet d'ordonnance et le rapport explicatif. S'il s'agit d'une ordonnance qui a des effets importants sur l'économie et qu'elle est substantiellement modifiée, il convient de mettre à jour l'analyse d'impact de la réglementation et les données concernant les conséquences économiques, en particulier les coûts de la réglementation pour les entreprises (art. 5, al. 4, LACRE). 406

C'est à ce stade qu'il convient de faire une proposition précise sur la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance et éventuellement de la loi. Deux cas peuvent se présenter : 407

- Dans le premier cas, la loi et l'ordonnance entrent simultanément en vigueur. Le Conseil fédéral fixe la date d'entrée en vigueur dans le dispositif de la décision. À titre exceptionnel, notamment lorsqu'une ordonnance du Conseil fédéral doit entrer en vigueur par étapes, la mise en vigueur peut être déléguée au président ou à la présidente de la Confédération (art. 26, al. 2, LOGA).
- Dans le second cas, l'entrée en vigueur de l'ordonnance se fait indépendamment de la loi.

Soumettre le rapport sur les résultats de la consultation

Le rapport renseigne sur les résultats de la consultation et en donne un résumé sans porter d'appréciation. Il est soumis à l'autorité compétente avec une proposition sur la suite des travaux (art. 18 ss OCo). 408

Approbation

Consultation des offices

La consultation des offices ne sert pas seulement à éliminer autant que possible les divergences, mais encore à compléter certains points et à corriger les erreurs de fond qui pourraient encore subsister. Même si l'ordonnance est de la compétence du département, il s'impose d'ouvrir une consultation des offices, à moins 409

qu'aucune modification n'ait été apportée à l'ordonnance depuis la première consultation des offices.

410 Sont consultés non seulement les offices concernés sous l'angle matériel, mais également ceux qui doivent être systématiquement consultés et/ou qui assument des tâches transversales (v. *ch. 19*).

411 Le dossier contient les documents suivants :

- l'ordonnance nouvelle ou modifiée ;
- le commentaire des différentes dispositions (évt. intégré dans la proposition à l'autorité compétente) et
- le dispositif de la décision (par exemple, « L'ordonnance [...] est approuvée et entre en vigueur le [...]», v. le Recueil des modèles [exclusivement accessible sur l'intranet de l'administration fédérale]).

412 L'office compétent est chargé de veiller à ce que les documents soumis à la consultation des offices soient – après leur remaniement et avant qu'ils soient signés par le chef de département – soumis à un contrôle de qualité (y compris le contrôle des DTL) par la Chancellerie fédérale (E-circuit)().

Procédure de co-rapport

413 Si le Conseil fédéral est compétent pour adopter l'ordonnance, la consultation des offices est suivie d'une procédure de co-rapport. Les ordonnances du niveau départemental ne sont pas soumises à cette procédure.

Décision formelle

414 L'autorité compétente (le Conseil fédéral et/ou le département) :

- prend acte du rapport sur les résultats de la consultation ;
- adopte l'ordonnance et arrête la date d'entrée en vigueur.

Information active et passive

415 L'ordonnance et les autres documents ne deviennent publics qu'après l'adoption de l'ordonnance. Le Conseil fédéral peut toutefois décider que ces documents doivent rester inaccessibles (art. 8, al. 3, LTrans, RS 152.3).

416 L'office compétent informe les participants à la consultation de la publication du rapport sur les résultats de cette dernière en mentionnant l'adresse Web à laquelle il peut être téléchargé (v. *ch. 233*).

417 Les ordonnances du Conseil fédéral font en principe l'objet d'un communiqué de presse. Les départements organisent librement l'information sur leurs ordonnances.

418 *Pour faciliter l'application de l'ordonnance, il est judicieux de publier le rapport explicatif sur Internet.* Il est important que les explications reflètent la situation au moment de la décision du Conseil fédéral. Si le projet a été modifié au cours de la procédure de co-rapport ou par le Conseil fédéral, les explications doivent être

adaptées en conséquence. En cas de mise à jour, l'estimation des coûts de la réglementation pour les entreprises doit être communiquée au SECO, responsable du monitoring (voir art. 5, al. 4, LACRE et art. 5, al. 2quater, Org DEFR).

Mise en œuvre

Voir *ch. 1049 ss.* *419*

Évaluation rétrospective

La loi et l'ordonnance formant un tout, l'impact de l'ordonnance ne peut ni ne doit être dissocié de celui de la loi. En règle générale, c'est au stade de l'adoption et de la mise en œuvre de la loi que les bases de l'analyse d'impact de la réglementation sont posées. L'évaluation rétrospective de l'ordonnance ne s'effectuera donc que si la loi elle-même doit être évaluée et de concert avec cette évaluation. *420*

Si l'adoption ou la modification d'une ordonnance déploie de nouveaux effets importants, il peut s'avérer utile de focaliser une évaluation sur ces aspects (v. *ch. 1157 ss*). *421*

5 Révision de la Constitution

Déclenchement et formes de la révision constitutionnelle

Déclenchement

422 La révision, totale ou partielle, de la Constitution peut être déclenchée par l'Assemblée fédérale, par un canton ou par le Conseil fédéral (art. 160, al. 1, et 181 Cst.). Elle peut par ailleurs provenir d'une initiative populaire (art. 138 et 139 Cst.), ce qui est souvent le cas dans la pratique.

Révision totale ou révision partielle

423 La Constitution fait une distinction entre révision totale et révision partielle (art. 193 et 194 Cst.). Ces deux formes de révision obéissent en effet à des règles différentes. Le présent guide n'approfondit pas la révision totale, très rare, puisqu'elle n'a été réalisée qu'à deux reprises, en 1874 et en 1999. Les révisions partielles, elles, sont fréquentes : fin 2024, la Constitution du 18 avril 1999 avait été modifiée plus de 100 fois. Ainsi, plus de quatre dispositions constitutionnelles ont été modifiées ou ajoutées en moyenne annuelle. Ces révisions ont été dirigées et coordonnées par les unités de l'administration fédérale compétentes dans le domaine concerné (Office fédéral des assurances sociales, Administration fédérale des contributions, Office fédéral de la justice, Office fédéral de la santé publique, Office fédéral des routes, Office fédéral de l'agriculture, Chancellerie fédérale, etc.).

Particularités de la révision constitutionnelle

Aperçu

424 Les travaux préparatoires d'un projet de modification constitutionnelle sont similaires à ceux d'une révision de loi et les dispositions relatives à la procédure législative s'appliquent pour l'essentiel (art. 192, al. 2, Cst.). On peut donc se reporter au chapitre 2 consacré aux lois (v. *ch. 50 ss*).

425 La procédure de révision constitutionnelle présente cependant quelques particularités, qui sont réglées dans la Constitution (art. 139, 139*b*, 156, al. 3, et 192 à 195 Cst.), dans la loi et l'ordonnance sur les droits politiques (art. 58 et 68 à 76 LDP, RS 161.1 ; art. 23 à 26 ODP, RS 161.11) et dans la loi sur le Parlement (art. 96 à 106 LParl, RS 171.10). Ces particularités concernent notamment :

- le dépôt, la forme, l'aboutissement, la validité et le retrait d'une initiative populaire ;
- la votation sur les initiatives populaires et les contre-projets directs ;
- l'adoption d'une révision partielle ;
- les délais que doivent respecter le Conseil fédéral et le Parlement ;
- l'entrée en vigueur.

Outre le texte de la modification constitutionnelle et le message du Conseil fédéral, les éléments suivants sont particulièrement importants pour l'élaboration du projet : 426

- la brochure des explications du Conseil fédéral, rédigée en vue de la votation populaire ;
- la réglementation de l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions ;
- la législation de mise en œuvre ;
- les ordonnances indépendantes que le Conseil fédéral doit édicter en vertu des dispositions transitoires de l'initiative populaire acceptée (exemples : art. 197, ch. 9 [Résidences secondaires], ch. 10, ch. 11 [Gestion de l'immigration] Cst.).

Explications du Conseil fédéral

La brochure des explications du Conseil fédéral est élaborée par la Chancellerie fédérale, en collaboration avec l'office en charge du dossier et, pour les arguments en faveur de l'initiative, avec le concours du comité d'initiative. Concernant l'organisation de ces travaux, se référer au ch. 284. 427

Référendum et entrée en vigueur

Les modifications constitutionnelles revêtent la forme d'un arrêté fédéral (art. 23 LParl) et sont soumises au vote du peuple et des cantons (référendum obligatoire, art. 140 Cst.). 428

En règle générale, elles entrent en vigueur dès leur acceptation en votation populaire (art. 195 Cst.), bien que le projet puisse prévoir une autre date (art. 15, al. 3, LDP). L'arrêté fédéral sur une imposition particulière des grands groupes d'entreprises (mise en œuvre du projet conjoint OCDE/G20), accepté par le peuple et les cantons le 18 juin 2023, en est un exemple : il prévoyait que les nouvelles dispositions constitutionnelles entreraient en vigueur le 1er janvier 2024 (art. 129*a* et 197, ch. 15, Cst.). 429

Dans certains cas, l'arrêté fédéral contenant la nouvelle norme constitutionnelle comprend une norme de délégation qui charge l'Assemblée fédérale ou le Conseil fédéral de fixer la date de l'entrée en vigueur. 430

Exemple

- Arrêté fédéral du 17 décembre 2021 sur le financement additionnel de l'AVS par le biais d'un relèvement de la TVA, accepté par le peuple et les cantons le 25 septembre 2022 et mis en vigueur par le Conseil fédéral le 1er janvier 2024 (RO 2023 91).

Lois et ordonnances de mise en œuvre

Les nouvelles dispositions constitutionnelles doivent souvent être mises en œuvre ou concrétisées au niveau normatif inférieur (loi ou ordonnance). Que l'on se trouve face à un projet émanant des autorités ou à une initiative populaire, avec 431

ou sans contre-projet, il importe donc d'examiner les questions suivantes :

- Est-il nécessaire d'édicter des dispositions d'exécution, ou de modifier des lois ou des ordonnances en vigueur ?
- À quel moment ces adaptations doivent-elles être effectuées ?
- Le message relatif à la modification constitutionnelle doit-il déjà exposer les grandes lignes de la législation de mise en œuvre ? Conviendrait-il, à titre exceptionnel, de présenter au Parlement un projet législatif en même temps que la révision de la Constitution ?

Étapes

Projet des autorités

432 Lorsque le projet de modification de la Constitution émane du Conseil fédéral (art. 181 Cst.), les remarques et la procédure exposées dans le chapitre 2 consacré aux lois s'appliquent (v. *ch. 50 ss*). Les députés, les groupes et commissions parlementaires ainsi que les cantons (initiatives cantonales) peuvent soumettre à l'Assemblée fédérale une initiative demandant une révision de la Constitution (art. 160, al. 1, Cst.). Dans ce cas de figure, la procédure suit celle décrite au chapitre 3 (initiatives parlementaires).

Initiative populaire

Généralités

433 En règle générale, le Conseil fédéral se penche au moins cinq fois sur une initiative populaire, à savoir lorsqu'il :

- l'attribue à un département ;
- prend acte de son aboutissement ;
- approuve la note de discussion déterminant l'orientation du message ;
- approuve le message ;
- fixe la date de la votation populaire (art. 10, al. 1bis, LDP).

434 Le traitement des initiatives populaires se distingue à plusieurs égards du traitement des autres projets de révision partielle de la Constitution, et pas seulement jusqu'à l'aboutissement de l'initiative (examen préliminaire, collecte de signatures et constatation de l'aboutissement). Des règles et des procédures particulières s'appliquent en effet aussi aux étapes suivantes, soit l'élaboration du message que le Conseil fédéral adresse à l'Assemblée fédérale, la procédure devant le Parlement et la rédaction de la brochure d'explications du gouvernement. La Chancellerie fédérale et le département ou l'office responsables jouent un rôle prépondérant tout au long de ce parcours.

Tâches du département (ou de l'office) responsable

435 Lorsque la Chancellerie fédérale a entériné le libellé de l'initiative, le Conseil fédéral détermine le département en charge du dossier. Le département responsable (ou l'office auquel le mandat est délégué) effectue les tâches suivantes :

- déterminer l'échéancier et la procédure ;
- élaborer une note de discussion concernant l'orientation du message du Conseil fédéral ;
- organiser une procédure de consultation sur un éventuel contre-projet direct (modification constitutionnelle) ou indirect (modification de lois ou d'ordonnances) et en évaluer les résultats ;
- rédiger le message du Conseil fédéral.

436 Sur demande, la Section des droits politiques de la Chancellerie fédérale informe l'office mandaté de la genèse de l'initiative et des délais à respecter. Elle est également à sa disposition pour toutes les questions de procédure. Elle ne donne cependant aucune information sur le contenu de l'initiative avant que l'examen préliminaire soit clos et ne commente pas la récolte des signatures tant qu'elle est en cours.

437 Il est recommandé de réunir et de structurer les arguments pour et contre l'initiative dès le lancement de la récolte des signatures ainsi que d'envisager la possibilité d'élaborer un contre-projet direct ou indirect.
Trois mois après le dépôt de l'initiative, le Conseil fédéral, se fondant sur la note de discussion du département responsable, décide s'il entend en recommander l'acceptation ou le rejet et s'il convient d'élaborer un contre-projet direct ou indirect.

Délais de traitement

438 La loi sur le Parlement prévoit pour chaque étape de la procédure des délais auxquels Conseil fédéral et Parlement doivent se tenir lors du traitement d'une initiative populaire demandant une révision partielle de la Constitution. Si l'initiative revêt la forme d'un projet rédigé, le Conseil fédéral doit présenter un message et un projet d'arrêté fédéral au Parlement dans les 12 mois qui suivent son dépôt. Si le Conseil fédéral élabore un contre-projet direct ou indirect (art. 97 LParl), ce délai est porté à 18 mois et une procédure de consultation doit être menée.

439 Il peut arriver qu'un projet doive être réévalué en fonction de l'évolution du débat politique : si le Conseil fédéral renonce à son intention initiale de présenter un contre-projet direct ou indirect, il doit alors respecter le délai de 12 mois pour ne pas empiéter sur le délai dont dispose le Parlement pour traiter l'objet, soit 30 mois à compter du dépôt de l'initiative.

Particularités des messages du Conseil fédéral concernant une initiative populaire

440 L'aide-mémoire de la Chancellerie fédérale sur la présentation des messages du Conseil fédéral contient un schéma de message spécial pour les initiatives populaires : des explications sur l'aboutissement, les délais de traitement et la validité de l'initiative doivent figurer dans le message, de même qu'une interprétation et une appréciation du texte.

Aboutissement

441 L'initiative populaire a formellement abouti si 100 000 signatures valables sont déposées auprès de la Chancellerie fédérale dans les 18 mois suivant la publication du texte dans la Feuille fédérale (art. 139, al. 1, Cst. ; art. 71 LDP). La Chancellerie fédérale le constate dans une décision publiée dans la Feuille fédérale (art. 72 LDP).

Examen de la validité

Généralités

442 Le message du Conseil fédéral relatif à une initiative populaire doit se prononcer sur la validité matérielle de celle-ci, la décision définitive incombant au Parlement. L'initiative est matériellement valide si elle respecte l'unité de la matière (art. 139, al. 3, et 194, al. 2, Cst.), l'unité de la forme (art. 139, al. 3, et 194, al. 3, Cst.) et les règles impératives du droit international (art. 139, al. 3, 193, al. 4, et 194, al. 2, Cst. ; art. 75 LDP). Si l'une de ces conditions n'est pas remplie, l'Assemblée fédérale déclare l'initiative totalement ou partiellement nulle (art. 139, al. 3, Cst. ; art. 75 LDP). L'invalidation totale est très rare (4 initiatives depuis 1955, la dernière étant l'initiative « Pour moins de dépenses militaires et davantage de politique de paix », déclarée nulle en 1995). En 2015, l'Assemblée fédérale a déclaré partiellement nulle l'initiative dite « de mise en œuvre » car une formulation proposée violait les règles impératives du droit international (FF 2015 2487, 2013 8501 s.).

Unité de la matière

443 L'unité de la matière est respectée lorsqu'il existe un rapport intrinsèque entre les différentes parties d'une initiative (art. 75, al. 2, LDP). Les normes proposées doivent présenter un rapport étroit entre elles et poursuivre un objectif commun. Il en va de la libre formation de l'opinion et de l'expression fidèle et sûre de la volonté des citoyens. Il est admissible par exemple d'associer un objectif et les moyens nécessaires pour l'atteindre (financement), de combiner plusieurs revendications relevant du même sujet, ou encore de lier de nouvelles règles à des dispositions transitoires.

444 On trouvera plus d'explications sur la pratique du Conseil fédéral et du Parlement dans les messages suivants :

- Initiative populaire « Alléger les impôts sur les salaires, imposer équitablement

le capital », FF 2020 2705, 2711 s.
- Initiative populaire « Imposer les successions de plusieurs millions pour financer notre AVS (Réforme de la fiscalité successorale) », FF 2014 121, 126 ss.

Unité de la forme

445 L'unité de la forme est respectée lorsque l'initiative est déposée exclusivement sous la forme d'une proposition conçue en termes généraux ou exclusivement sous la forme d'un projet rédigé de toutes pièces (art. 75, al. 3, LDP). Une combinaison des deux n'est pas admise, ne serait-ce que parce que la procédure à suivre n'est pas la même dans les deux cas.

Règles impératives du droit international

446 La violation de dispositions impératives du droit international entraîne l'invalidation totale ou partielle de l'initiative populaire (art. 139, al. 3, Cst.). Si la Constitution ne définit pas concrètement les normes concernées, Conseil fédéral et Assemblée fédérale ont développé une pratique en la matière, pratique détaillée notamment dans le message concernant l'initiative populaire « Pour le renvoi effectif des étrangers criminels (initiative de mise en œuvre) » (FF 2013 8493, 8501 ss). Aux dispositions générales décrites à l'art. 53, 2e phr., de la Convention de Vienne *(jus cogens)* s'ajoutent certaines garanties de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte II de l'ONU) auxquelles il ne peut être dérogé, pas même en état de nécessité.

Exécutabilité de fait

447 La seule limite matérielle non écrite posée à la révision de la Constitution est l'inexécutabilité de fait manifeste d'une initiative (Message relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 453). Les initiatives populaires qui, pour des raisons matérielles, apparaissent – manifestement et sans le moindre doute – impossibles à mettre en œuvre doivent être déclarées nulles. Les revendications formulées qui ne sont plus réalisables en raison de l'écoulement du temps en sont un exemple. C'est le cas de l'initiative populaire « Pour la réduction temporaire des dépenses militaires (trêve de l'armement) », que l'Assemblée fédérale a invalidée en 1955. De simples problèmes de mise en œuvre (par exemple de nature financière) ne peuvent en revanche pas justifier une invalidation. On trouvera dans le message concernant l'initiative populaire « Oui à la suppression des redevances radio et télévision (suppression des redevances Billag) » un exemple de réflexions approfondies sur l'inexécutabilité : en raison des délais très courts prévus dans les dispositions transitoires, l'acceptation de l'initiative aurait causé des problèmes sérieux, mais gérables, au cours du processus législatif (FF 2016 8013, 8019).

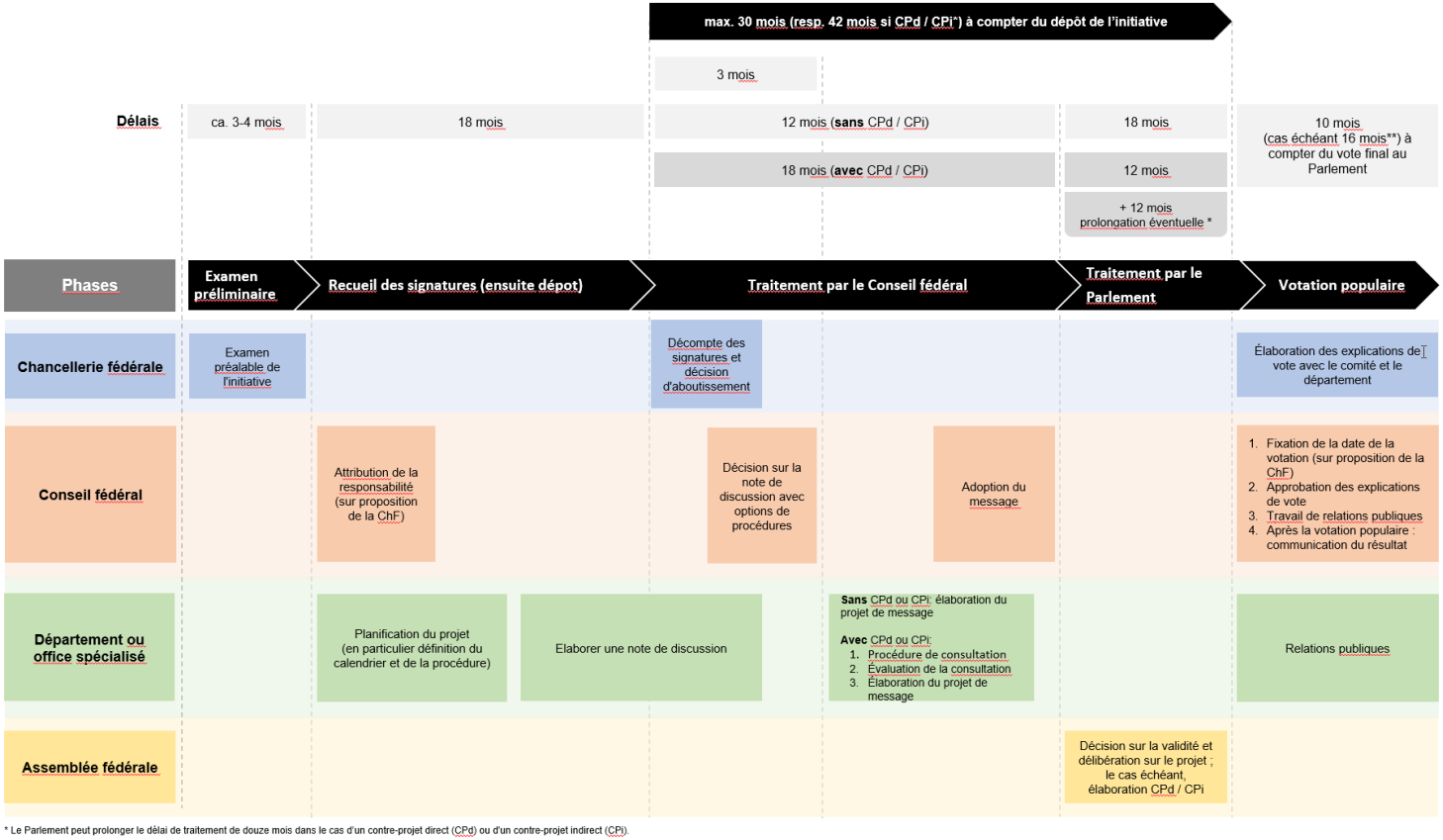
Appréciation de l'initiative et options qui s'offrent au Conseil fédéral

448 L'appréciation de l'initiative constitue une partie essentielle du message du Conseil fédéral. Il s'agit notamment d'évaluer les conséquences potentielles de l'acceptation de l'initiative. Ces commentaires doivent exposer les arguments en faveur et en défaveur de la révision. Il est également important de présenter les lois et les ordonnances de mise en œuvre qu'exigent de nombreuses initiatives en vertu de leurs dispositions transitoires (voir art. 197, ch. 8 ss, Cst. pour quelques exemples récents).

449 Le Conseil fédéral peut adopter quatre positions vis-à-vis de l'initiative, lorsqu'il formule sa recommandation au Parlement :

- recommander l'acceptation ;
- recommander le rejet ;
- recommander le rejet et l'élaboration d'un contre-projet direct ;
- recommander le rejet et proposer un contre-projet indirect.

En règle générale, il choisit une de ces options à un stade précoce, sur la base d'une note de discussion.



* Le Parlement peut prolonger le délai de traitement de douze mois dans le cas d'un contre-projet direct (CPd) ou d'un contre-projet indirect (CPi).

** Le délai est prolongé de six mois s'il commence à courir entre dix et trois mois avant les prochaines élections de renouvellement du Conseil national.

6 Droit international

Remarque préliminaire

450 L'élaboration de la législation interne et l'élaboration des traités internationaux obéissent à des règles propres. Pour le droit national, l'État est seul législateur ; il dispose d'une grande marge de manœuvre. En revanche, le droit international naît de la collaboration entre plusieurs États. Les traités sont toujours le résultat d'une négociation et des efforts de coopération entre plusieurs États ou organisations internationales.

451 Ce chapitre traite de la conclusion, de l'approbation et de la mise en œuvre des traités internationaux et contient quelques indications concernant la procédure relative à d'autres instruments internationaux tels que la *soft law* (« droit mou »).
La Direction du droit international public (DDIP) a présenté en détail dans son « Guide de la pratique en matière de traités internationaux » (édition 2015) les règles et la pratique suisse applicables en matière de traités internationaux.

Notion de traité international

452 Un traité international (*völkerrechtlicher Vertrag* ou *Staatsvertrag*/*Accordo internazionale* ou *Trattato*/*Treaty*) est un acte généralement conclu par écrit par lequel deux ou plusieurs sujets de droit international manifestent de manière concordante leur volonté d'assumer des engagements régis par le droit international (voir JAAC 51 [1987], IV, n° 58)

453 La terminologie employée pour désigner les divers types de traités internationaux existant est très variée, les termes les plus courants étant « charte », « accord », « statut », « convention », etc.

454 Pour savoir si un accord doit être qualifié de traité international contraignant ou être seulement considéré comme une déclaration d'intention non contraignante, il faut se fier non pas à son titre mais à son contenu et à la volonté des parties (voir JAAC 68.83, avec les références citées). Il faut procéder par interprétation.

Compétences

455 La Confédération est habilitée à conclure des traités internationaux, y compris dans des domaines politiques dont la législation ne relève pas de sa compétence mais de celle des cantons. La participation des cantons est ici garantie par la Cst. et la législation fédérale (voir art. 55 Cst. et loi fédérale sur la participation des cantons à la politique extérieure de la Confédération [LFPC ; RS 138.1]. Les cantons peuvent par ailleurs conclure des traités avec l'étranger dans les domaines relevant de leur compétence (voir art. 56, al. 1, Cst.).

Droit international secondaire ou dérivé

Les organisations internationales peuvent prévoir la création d'organes spéci- 456
fiques à même d'élaborer des dispositions de droit international « secondaire » ou « dérivé ». Si les États membres ont prévu cette possibilité dans l'acte fondateur de l'organisation, les décisions prises par les organes créés par cette dernière peuvent avoir un effet contraignant sur le plan international (par ex. décisions du Conseil de sécurité de l'ONU conformément à l'art. 25 de la Charte des Nations Unies ; RS 0.120).

Il convient de prendre en considération les spécificités suivantes : 457

- Il convient d'expliquer dans le message qui va représenter la Suisse ou le Conseil fédéral au sein de ces organes.
- Il y a lieu de déterminer si les décisions de ces organes spécifiques (relatives à des modifications du traité, de ses protocoles ou de ses annexes ou à des recommandations) doivent être approuvées par le Conseil fédéral et, éventuellement, par l'Assemblée fédérale (voir art. 184, al. 1, Cst.). Sont ici applicables les règles ordinaires en matière de conclusion et d'approbation des traités internationaux relevant de la législation nationale.
- Les recommandations et les décisions doivent en principe être publiées dans le RO. Dans certains cas, la mention de leur titre et l'adjonction d'une référence ou du nom de l'organisme auprès duquel ils peuvent être obtenus s'avèrent suffisantes (voir art. 5 LPubl).

Exemple :

- ordonnance du DETEC sur l'approbation de décisions et de recommandations internationales (RS 814.201.81).

Consultation

Traités devant faire l'objet d'une consultation

Une consultation est organisée lors des travaux préparatoires concernant les trai- 458
tés internationaux (voir art. 3 LCo) :

- qui prévoient l'adhésion à des organisations de sécurité collective ou à des communautés supranationales ;
- qui contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ;
- dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales ;
- qui ont une grande portée politique, financière, économique, écologique, sociale ou culturelle ;
- qui touchent des intérêts essentiels des cantons, ou
- dont l'exécution sera confiée en grande partie à des organes extérieurs à l'administration fédérale.

Traités ne devant pas faire l'objet d'une consultation

459 Il est possible, dans le cas des traités internationaux clairement acceptés et ne contenant aucun nouvel élément important, de renoncer à une procédure de consultation dans la mesure où aucune information nouvelle n'est à attendre d'une telle procédure (voir art. 3*a*, let. b, LCo). Pour garantir la transparence, les motifs de cette renonciation doivent être indiqués dans le message.

Moment de l'ouverture de la procédure de consultation

460 La procédure de consultation peut être ouverte avant l'attribution du mandat de négociation ou après la signature du traité. Il incombe à l'unité administrative compétente de déterminer le moment opportun, au point de vue matériel et tactique, pour ouvrir la consultation. Il lui faut toutefois veiller à ce que chaque traité ne fasse l'objet que d'une seule procédure de consultation.

461 L'ouverture de la procédure avant l'attribution du mandat garantit que les milieux externes y seront associés suffisamment tôt ; le fait d'identifier les points contentieux à ce stade permet d'éviter des renégociations ultérieures. Par contre, la publicité donnée au mandat peut affaiblir la position des négociateurs. En outre, la procédure peut parfaitement porter sur des points, voire sur un projet entier, qui seront abandonnés au cours des négociations.

462 En ouvrant la procédure après la signature du traité, on peut envoyer en consultation le texte définitif. Ce dernier n'est toutefois plus négociable, ce qui limite le rôle des participants à approuver ou à rejeter le traité dans son entier. La consultation vise à connaître le degré d'acceptation du traité par les milieux politiques et à savoir si celui-ci est exécutable.

Moyens auxiliaires

- indications de la Chancellerie fédérale « Foire aux questions (FAQ) relative au droit de la consultation révisé » ;
- guide de la pratique en matière de traités internationaux du DDIP.

Ouverture des négociations et composition de la délégation chargée des négociations

Compétences

463 Les traités internationaux sont négociés par le Conseil fédéral et par les départements compétents (voir art. 184, al. 1, Cst. ; voir également les instructions sur l'entretien des relations internationales de l'administration fédérale, FF 2000 2705), bien que la décision d'ouvrir des négociations revienne en principe au Conseil fédéral.

464 L'Assemblée fédérale participe à la définition de la politique extérieure (voir art. 166, al. 1, Cst.). Le Conseil fédéral consulte les commissions des deux Chambres fédérales compétentes en matière de politique extérieure, qui peuvent donner au Conseil fédéral leur avis sur le mandat de négociation prévu pour des

traités internationaux importants (voir art. 152, al. 2 et 3, LParl). L'Assemblée fédérale ne participe toutefois pas aux négociations visant la conclusion d'un traité international.

Si leurs compétences sont affectées, le Conseil fédéral associe les cantons à la préparation des mandats de négociation (voir art. 55 Cst. et art. 5 LFPC) 465

Les lois spéciales peuvent prévoir d'autres obligations de consultation pour le Conseil fédéral (voir par ex. art. 66, al. 3, de la loi sur l'encouragement et la coordination des hautes écoles ; LEHE, RS 414.20). 466

Composition de la délégation

Si les compétences des cantons sont affectées, des représentants cantonaux sont intégrés à la délégation. Ce peut également être le cas dans la situation contraire. Les représentants sont proposés par les cantons et nommés par la Confédération (voir art. 55 Cst. et art. 5 LFPC). 467

Des groupes d'intérêts suisses, notamment des associations et des organisations non gouvernementales, peuvent être associés à des conférences internationales ainsi qu'aux travaux de préparation et de suivi qui s'y rapportent (voir ch. 15, 17, 23, 24, 32 et 72 des directives concernant l'envoi de délégations à des conférences internationales, FF 2012 8761). 468

Fin des négociations

Les négociations sont considérées comme achevées dès lors que les plénipotentiaires y ayant participé ont signé ou paraphé le traité (voir art. 10 de la Convention de Vienne, CV). 469

Paraphe

Le paraphe (*Paraphierung*/*sigla*/*initialling*) consiste en l'apposition des initiales des négociateurs au bas de chaque page ou à la fin du traité. Cette formalité, qui est facultative, intervient au terme des négociations, lorsque les négociateurs ne disposent pas de pleins pouvoirs pour signer le traité ou lorsque les clauses de ce dernier s'écartent matériellement des instructions reçues. 470

Signature simple

La signature simple est effectuée, sous réserve de ratification, sur mandat du Conseil fédéral, qui désigne son ou ses représentants pour l'apposer (voir art. 184, al. 2, Cst.). Elle est une sorte de conclusion provisoire. Elle ne fait qu'attester l'authenticité du texte négocié et n'engage pas l'État signataire. 471

L'État signataire doit toutefois s'abstenir d'actes qui priveraient un traité de son objet et de son but (voir art. 18 CV). La Suisse ne signe donc que les traités qu'elle entend ratifier. 472

Approbation nationale

Traités approuvés par l'Assemblée fédérale

473 En règle générale, l'approbation des traités internationaux négociés et signés (signature simple) par le Conseil fédéral relève de la compétence de l'Assemblée fédérale (voir art. 166, al. 2, Cst. et art. 24, al. 2, LParl). L'approbation parlementaire intervient avant la ratification ou la signature définitive (v. *ch. 526*).

474 L'Assemblée fédérale approuve les traités internationaux sous la forme d'un arrêté fédéral, lorsqu'ils sont soumis à référendum, et sous la forme d'un arrêté fédéral simple, lorsqu'ils ne le sont pas (voir art. 24, al. 3, LParl).

475 L'arrêté d'approbation traite également d'éventuelles réserves ou déclarations interprétatives.

Exemple de réserve :

- art. 1, al. 4, de l'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la convention d'Aarhus et de son amendement (FF 2013 6629).

Exemple de déclaration :

- déclarations de la Suisse à la Charte européenne de l'autonomie locale (RS 0.102).

476 Lorsque l'arrêté portant approbation d'un traité international est sujet au référendum, il peut contenir les modifications de lois liées à la mise en œuvre dudit traité ; lorsqu'il est soumis au référendum obligatoire, il peut également contenir les modifications constitutionnelles liées à la mise en œuvre dudit traité (voir art. 141*a* Cst.) (v. *ch. 534*).

Exemples d'arrêtés d'approbation contenant des modifications de lois :

- arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels (convention de Lanzarote, FF 2013 6621) ;
- arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la convention d'Aarhus et de son amendement (FF 2013 6629).

477 Les traités internationaux sont généralement soumis individuellement au Parlement, mais ils peuvent parfois l'être simultanément. En pareils cas, une clause autorisant l'élaboration d'accords d'exécution et de lois d'application peut être intégrée. Des exemples figurent dans le commentaire de la LParl, art. 24, ch. marg. 11 ss.

Traités conclus par le Conseil fédéral sur la base d'une délégation

478 Le Conseil fédéral peut conclure seul – sans approbation parlementaire – des traités internationaux lorsqu'une loi fédérale ou un traité international l'y autorise (voir art. 166, al. 2, Cst., art. 24, al. 2, LParl et art. 7*a*, al. 1, LOGA).

Exemples :

- art. 1, al. 1, du traité entre la Confédération suisse et la Principauté de Liechtenstein relatif à la taxe sur la valeur ajoutée dans la Principauté de Liechtenstein (RS 0.641.295.142) ;
- art. 31 de la loi fédérale sur l'encouragement de la recherche et de l'innovation (LERI, RS 420.1).

Il est de plus en plus fréquent que le législateur autorise le Conseil fédéral à conclure des traités internationaux. 479

Ces autorisations sont parfois assorties d'obligations de consulter, ou d'autorisations de sous-déléguer la compétence de conclure des traités aux départements et aux offices. 480

Exemple d'obligation de consulter :

- art. 66, al. 3 de la loi sur l'encouragement et la coordination des hautes écoles (LEHE, RS 414.20).

Exemples de sous-délégation à des départements ou à des offices :

- art. 100, al. 4 et 5, de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI, RS 142.20) ;
- art. 5, al. 2, de la loi fédérale sur la météorologie et la climatologie (LMét, RS 429.1).

Ces autorisations peuvent parfois prévoir que le Conseil fédéral est en mesure de conclure un traité dont le contenu déroge à la loi. 481

Exemple :

- l'art. 25 de la loi fédérale sur la pêche (LFSP, RS 923.0) autorise, pour la pêche dans les eaux frontière suisses, le Conseil fédéral à conclure avec d'autres États des conventions pouvant contenir des dispositions qui dérogent à cette loi.

Compétence du Conseil fédéral pour conclure des traités de portée mineure

Le Conseil fédéral peut conclure seul des traités internationaux de portée mineure (voir art. 7*a*, al. 2, LOGA), l'approbation parlementaire n'étant, dans ce cas, pas requise. 482

Conformément à l'art. 7*a*, al. 3, LOGA, sont considérés comme des traités de portée mineure notamment les traités qui : 483

- ne créent pas de nouvelles obligations pour la Suisse ni n'entraînent de renonciation à des droits existants ;
- servent à l'exécution de traités antérieurs approuvés par l'Assemblée fédérale et se bornent à préciser des droits et des obligations ou des principes d'organisation qui sont déjà contenus dans le traité de base ;

- s'adressent aux autorités et règlent des questions administratives et techniques.

484 Cette énumération n'est pas exhaustive. La pratique montrera si d'autres types de traités sont concernés. Le critère déterminant pour savoir si le Conseil fédéral est autorisé à conclure un traité de manière autonome est dans tous les cas celui de sa « portée mineure ».

485 Conformément à l'art. 7*a*, al. 4, LOGA, ne sont pas considérés comme des traités de portée mineure notamment les traités qui :

- sont sujets au référendum en matière de traités internationaux (voir art. 141, al. 1, let. d, Cst.) ;
- contiennent des dispositions dont l'objet relève de la seule compétence des cantons ;
- entraînent une dépense unique de plus de 5 millions de francs, ou des dépenses périodiques de plus de 2 millions de francs par an.

486 Cette énumération n'est, elle non plus, pas exhaustive. D'autres motifs peuvent expliquer qu'un traité international entrant en principe dans l'une des catégories visées par l'art. 7*a*, al. 3, LOGA ne soit pas considéré comme un traité de portée mineure.

Délégation de la compétence en matière de conclusion des traités

487 Le Conseil fédéral peut déléguer à un département la compétence de conclure un traité international. En ce qui concerne les traités internationaux de portée mineure, il peut également déléguer cette compétence à un groupement ou à un office (voir art. 48*a*, al. 1, LOGA).

Approbation anticipée d'un traité

488 Exceptionnellement, l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral peuvent approuver un traité international avant que son contenu ait été définitivement négocié. Il faut cependant que les éléments essentiels du traité soient connus au moment de l'approbation, ce en quoi l'application anticipée se distingue de l'autorisation (v. *ch. 478 ss* ; (voir JAAC 51 [1987] IV n° 58, ch. 7). L'approbation anticipée s'applique seulement à un traité dont la négociation se trouve à un stade avancé.

489 La compétence d'approbation parlementaire n'est pas déléguée au Conseil fédéral, mais l'Assemblée fédérale en fait un usage anticipé. Elle doit donc revêtir la forme, à l'instar de l'approbation donnée lors de la procédure ordinaire, d'un arrêté fédéral.

490 Une approbation anticipée n'entre pas en ligne de compte lorsque, de par son contenu, le traité est sujet ou soumis au référendum en matière de traités internationaux. En effet, l'Assemblée fédérale ne peut, par le biais de l'approbation anticipée, limiter les droits populaires en dépassant ainsi la compétence d'approbation qui lui est reconnue par la Cst. (voir art. 166, al. 2, Cst.).

Compte rendu annuel à l'Assemblée fédérale

Le Conseil fédéral présente chaque année à l'Assemblée fédérale un rapport rendant compte des traités conclus par lui-même, par les départements, par les groupements ou par les offices (voir art. 48*a*, al. 2, LOGA). Ce rapport est rédigé par la Direction du droit international public sur la base des informations fournies par les secrétariats généraux des départements. *491*

Si le Parlement estime qu'un traité a été conclu par le Conseil fédéral alors qu'il relevait en fait de sa compétence, il peut demander par voie de motion que le traité lui soit soumis après coup pour approbation. Si la motion est approuvée par les deux conseils, le Conseil fédéral doit alors adresser un message au Parlement. Si ce dernier n'approuve pas le traité, le Conseil fédéral doit le dénoncer dès que possible. Jusqu'à présent, le Conseil fédéral n'a jamais été contraint d'adresser un message au Parlement. *492*

Application provisoire d'un traité

Un traité qui requiert l'approbation parlementaire peut s'appliquer en tout ou partie à titre provisoire si les États contractants en sont convenus (voir art. 25 CV). L'application provisoire déploie les mêmes effets que l'entrée en vigueur du traité. *493*

L'application d'un traité à titre provisoire est permise si la sauvegarde d'intérêts essentiels de la Suisse et une urgence particulière l'exigent (voir art. 7*b* LOGA). En Suisse, c'est le Conseil fédéral qui est compétent pour décider d'une application provisoire, mais il est tenu de consulter préalablement les commissions parlementaires compétentes. Il renonce à l'application à titre provisoire si les commissions compétentes des deux conseils s'y opposent (voir art. 7*b* LOGA et art. 152, al. 3bis, LParl). Le Conseil fédéral conserve, en revanche, toute sa marge de manœuvre lorsqu'une disposition légale spéciale l'autorise expressément à appliquer des traités internationaux à titre provisoire. *494*

Le Conseil fédéral doit soumettre au Parlement son message relatif à l'approbation du traité appliqué à titre provisoire dans un délai de six mois à compter du début de l'application provisoire, faute de quoi l'application provisoire du traité prend fin automatiquement (voir art. 7*b* LOGA). *495*

Compétence de conclure des instruments non contraignants

Selon une pratique constante, l'Assemblée fédérale n'a pas à intervenir dans la conclusion d'instruments internationaux qui ne présentent pas de caractère contraignant du point de vue juridique mais qui en ont un du point de vue politique (par exemple déclaration commune d'intention). *496*

La conclusion de tels instruments relève en principe de la compétence du Conseil fédéral (voir art. 184, al. 1, Cst.). Un instrument international peut par ailleurs être conclu par un département s'il ne revêt qu'une importance très limitée sous l'angle de la conduite de la politique extérieure de la Suisse. En revanche, la compétence *497*

de conclure des instruments non contraignants ne peut être déléguée à des groupements ou à des offices que si ceux-ci disposent d'une délégation de compétence pour conclure également des traités dans le domaine en question.

Moyen auxiliaire

- communication conjointe du DDIP et de l'OFJ du 14 février 2006 (JAAC 70 [2006] IV n° 69).

Référendum en matière de traités internationaux

Aperçu

498 Dans les messages relatifs aux projets d'arrêtés fédéraux portant approbation de traités internationaux, il convient d'indiquer si ces projets sont sujets au référendum ou soumis au référendum et, le cas échéant, expliquer pourquoi ils le sont (voir aide-mémoire sur la présentation des messages).

499 Ce n'est pas le traité qui est sujet ou soumis au référendum, mais l'arrêté fédéral autorisant le Conseil fédéral à le ratifier.

500 Une modification d'un traité sujet ou soumis au référendum doit être munie de la clause référendaire si la modification, en soi, remplit les conditions du référendum facultatif ou obligatoire.

Référendum facultatif

501 Sont sujets au référendum les traités qui (voir art. 141, al. 1, let. d, Cst.) :

- sont d'une durée indéterminée et ne sont pas dénonçables ;
- prévoient l'adhésion à une organisation internationale ;
- contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales.

Traités d'une durée indéterminée et non dénonçables

502 Un traité international est sujet au référendum s'il est d'une durée indéterminée et non dénonçable (voir art. 141, al. 1, let. d, ch. 1, Cst.).

Exemples :

- pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (RS 0.103.1) ;
- pacte international relatif aux droits civils et politiques (RS 0.103.2).

503 Les traités qui sont d'une durée déterminée ou dénonçables lorsqu'ils ont atteint leur but doivent toutefois être soumis au référendum facultatif s'ils entraînent des engagements de durée indéterminée et non dénonçables pour la Suisse.

504 Le traité sur l'Antarctique (RS 0.121), ratifié par la Suisse en 1990 et qui prévoit que les parties ne peuvent se retirer que dans des situations très particulières (voir art. XII, ch. 2, let. c), a, lui aussi, été sujet au référendum.

Les traités internationaux conclus pour une durée indéterminée et dépourvus de clause de dénonciation ne sont, quant à eux, pas sujets au référendum, conformément à l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 1, Cst., si la possibilité de les dénoncer ou d'en sortir peut être déduite de la volonté des parties ou de la nature du traité (voir art. 56 CV). 505

Les traités qui font dépendre la dénonciation de certaines conditions ne sont pas non plus sujets au référendum, dans la mesure où ces conditions ne portent pas atteinte à la substance du droit de dénonciation. 506

Exemples :

- art. IV du traité interdisant les essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère, dans l'espace cosmique et sous l'eau (RS 0.515.01) ;
- art. X du traité sur la non-prolifération des armes nucléaires (RS 0.515.03) ;
- art. VIII du traité interdisant de placer des armes nucléaires et d'autres armes de destruction massive sur le fond des mers et des océans ainsi que dans leur sous-sol (RS 0.515.04).

Tous ces traités font dépendre leur dénonciation de l'existence d'événements extraordinaires en rapport avec l'objet de l'accord et mettant en péril les intérêts supérieurs du pays. Chaque pays se prononce toutefois de manière indépendante sur la réalisation de ces conditions. Pour ce type de traités, il convient de vérifier systématiquement s'ils sont sujets au référendum au sens de l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 2 et surtout ch. 3, Cst. 507

Traités prévoyant l'adhésion à une organisation internationale

L'organisation internationale au sens de l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 2, Cst. présente les caractéristiques suivantes (voir JAAC 42 [1978], II, n° 38 ; JAAC 44 [1980], I, n° 1 ; FF 1987 III 182 s.) : 508

- elle repose sur un traité international ;
- ses membres sont des États ou d'autres sujets de droit international ;
- elle dispose de ses propres organes qui ont une volonté propre, distincte de celle des États membres ;
- elle possède sa propre personnalité juridique et elle peut en particulier conclure des traités avec des États et d'autres organisations internationales.

Exemples :

- Institutions de Bretton Woods (message : FF 1991 II 1215 ss ; arrêté fédéral : FF 1991 II 1228)
- Organisation mondiale du commerce (message : FF 1994 IV 410 ss ; arrêté fédéral : FF 1994 IV 421 s.)
- Centre consultatif sur la législation de l'OMC (message : FF 2003 996 ; arrêté fédéral : FF 2003 2570)
- Agence de coopération et d'information pour le commerce international (message : FF 2003 984 ; arrêté fédéral : FF 2003 2571)

509 L'approbation de traités de révision de traités antérieurs instituant une organisation internationale n'équivaut pas à une nouvelle adhésion lorsque les objectifs initiaux et les attributions de l'organisation internationale n'ont pas subi de modifications substantielles. Elle n'est dès lors pas sujette à référendum.

Exemple d'arrêté fédéral non sujet au référendum en matière de traités internationaux :

- arrêté fédéral portant approbation des modifications de l'accord portant création de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (FF 2012 963).

510 Il est toutefois possible que la modification contienne des dispositions importantes fixant des règles de droit et que le traité soit, par conséquent, sujet au référendum.

Exemple :

- arrêté fédéral concernant l'approbation des amendements à la Constitution de l'Organisation internationale pour les migrations (FF 2013 4209 ; message : FF 2012 8447).

Traités qui contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales

Principe

511 Les traités qui contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales sont sujets au référendum (voir art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst.).

Dispositions importantes fixant des règles de droit

512 Par dispositions fixant des règles de droit, il faut entendre les dispositions générales et abstraites d'application directe qui créent des obligations, confèrent des droits ou attribuent des compétences (voir art. 22, al. 4, LParl). Toutes les dispositions contenues dans des traités conclus entre sujets de droit international ne répondent pas nécessairement à ces critères. Les traités qui n'ont, par nature, pas un caractère général et abstrait n'entrent ainsi pas dans cette catégorie.

Les dispositions qui fixent des règles de droit sont notamment celles qui sont directement applicables (ou « justiciables », ou « *self-executing* »). Entrent cependant aussi en ligne de compte les dispositions générales et abstraites qui confèrent des droits et imposent des obligations à la Confédération et aux cantons, comme c'est le cas des dispositions qui ne sont pas directement applicables. 513

L'art. 164, al. 1, Cst. fournit une liste non exhaustive des dispositions qui sont considérées comme importantes. La question décisive à se poser est la suivante : compte tenu de leur contenu normatif, les dispositions du traité international en question devraient-elles être édictées, si elles faisaient partie du droit interne, sous la forme d'une loi au sens formel ? (voir JAAC 68 [2004] n° 83 ; JAAC 69 [2005] n° 75). 514

Exemples :

- message du 1er février 2006 concernant les accords avec l'Albanie et la Macédoine sur la coopération policière en matière de lutte contre la criminalité (FF 2006 2127 2142) ; arrêté fédéral du 23 mars 2007 (RO 2007 3911) ;
- arrêté fédéral portant approbation de l'accord entre la Suisse et le Liechtenstein concernant la circulation transfrontalière d'armes à feu (RO 2013 1127) ;
- message du 11 décembre 2015 portant approbation du Protocole facultatif du 19 décembre 2011 à la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 établissant une procédure de présentation de communications (FF 2016 179).

Doivent également être considérées comme importantes les dispositions qui prévoient des obligations internationales qui se retrouvent déjà dans la législation interne et qui ne nécessitent donc pas de mise en œuvre au niveau de la loi au sens formel. Le fait que les dispositions contenues dans le traité prévoient une inscription de ces obligations dans une loi au sens formel prouve d'ailleurs leur caractère important. Au demeurant, de telles obligations internationales limitent la marge de manœuvre du législateur fédéral et cantonal qui ne pourra désormais plus modifier la législation interne sans que le Conseil fédéral ait préalablement dénoncé le traité à l'origine de ces obligations. 515

Exemples :

- arrêté fédéral portant approbation du Protocole additionnel de Nagoya-Kuala Lumpur sur la responsabilité et la réparation relatif au Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques (FF 2014 5085) ;
- message du 24 août 2016 concernant la ratification du protocole additionnel à la charte européenne de l'autonomie locale sur le droit de participer aux affaires des collectivités locales (FF 2016 6737).

516 Par ailleurs, le fait que la mise en œuvre d'un traité international puisse avoir lieu sous la forme d'une ordonnance ne suffit pas pour conclure, en l'espèce, que ledit traité ne contient pas de dispositions importantes fixant des règles de droit et que son approbation échapperait, par voie de conséquence, au référendum. En effet, le fait même qu'une norme de délégation a été inscrite dans une loi au sens formel peut au contraire être interprété comme un indice en faveur de l'importance de la matière déléguée.

Exemples :

- arrêté fédéral portant acceptation d'un amendement à la Convention d'Espoo du 4 juin 2004 sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière (FF 2012 7643 ; message, FF 2012 1577) ;
- arrêté fédéral portant approbation du Protocole du 30 novembre 1999 à la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance, de 1979, relatif à la réduction de l'acidification, de l'eutrophisation et de l'ozone troposphérique (RO 2006 257 ; message, FF 2004 2818 s.).

517 Tout traité qui contient des dispositions importantes fixant des règles de droit doit être soumis au référendum facultatif, même si la Suisse a déjà conclu avec un certain nombre d'Etats des accords similaires (comme c'est souvent le cas des traités de libre-échange, de double imposition, de protection des investissements et de sécurité sociale). Le législateur peut toutefois déléguer la conclusion de ces traités au Conseil fédéral ou à l'Assemblée fédérale, dans un acte lui-même sujet au référendum (loi fédérale ou arrêté d'approbation).

Mise en œuvre exigeant l'adoption de lois fédérales

518 L'approbation des traités internationaux dont la mise en œuvre exige l'adoption de lois fédérales ou la modification de lois existantes est sujette au référendum. Si la loi fédérale adoptée en vue de permettre la mise en œuvre du traité est déjà en vigueur lorsque ce traité est approuvé, l'arrêté fédéral portant approbation de ce traité est néanmoins sujet au référendum. En effet, il oblige la Suisse à maintenir, en vertu du droit international, la législation en la matière (cf. *ch. 515*).

Exemples :

- message du 25 mai 2011 relatif à l'approbation et à la mise en œuvre du Protocole de l'ONU sur les armes à feu (FF 2011 4217, 4278) ;
- autres exemples dans JAAC 69 [2005] n° 75, annexe p. 914 ss.

Révision partielle ultérieure et référendum facultatif

519 Quant à la question de savoir si une révision partielle ultérieure d'un traité international remplit les conditions de l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst. et doit également être sujette au référendum, il faudra examiner la nature juridique et la portée des dispositions de modification.

Référendum obligatoire

Sont soumis au référendum obligatoire du peuple et des cantons les traités qui prévoient l'adhésion à des organisations de sécurité collective (par ex. l'ONU) ou à des communautés supranationales (par ex. l'UE) (voir art. 140, al. 1, let. b, Cst.). 520

Organisations de sécurité collective

Une organisation de sécurité collective se fonde sur l'interdiction du recours à la force entre États membres, ainsi que sur l'obligation d'agir en commun contre un État membre qui viole cette interdiction (la violation de l'interdiction du recours à la force étant l'affaire de tous). Contrairement aux traités d'alliance, les traités de sécurité collective sont dirigés contre l'utilisation de la force entre les États membres et non contre une attaque venue de l'extérieur. Les organisations de sécurité collective disposent d'un mécanisme de règlement pacifique des différends et d'un organe qui peut prendre des sanctions. 521

L'organisation de sécurité collective la plus connue est l'ONU. Les seuls cas de référendum obligatoire en matière de traités internationaux – mis à part la votation sur l'EEE – existant à ce jour concernent cette organisation. 522

Exemple :

- arrêté fédéral sur l'initiative populaire « Pour l'adhésion de la Suisse à l'Organisation des Nations Unies (ONU) » (RO 2002 885).

Communautés supranationales

Une communauté possède un caractère supranational lorsqu'elle répond aux quatre critères suivants : 523

- ses organes sont constitués de personnes indépendantes qui ne sont pas liées par les instructions du gouvernement de leurs pays d'origine ;
- ses organes exercent leurs pouvoirs à la majorité simple ou qualifiée des membres et non selon le principe de l'unanimité ;
- ses décisions entrent directement en force et obligent directement les particuliers ;
- ses compétences matérielles sont relativement étendues.

Exemples :

- l'UE constitue un exemple typique d'organisation supranationale (FF 1974 II 1133, 1157) ;
- ne sont pas des organisations supranationales :
  - l'EEE (FF 1992 IV 1, 527 s.) ;
  - l'OMC (FF 1994 IV 407 ss) ;
  - l'association à Schengen/Dublin (FF 2004 5911 ss) ;
  - le GATS ; le Conseil national a rejeté le caractère supranational car une adhésion au GATS n'implique pas automatiquement d'adaptations juridiques (voir iv. pa. 05.407 et BO N 2006 980).

Référendum obligatoire extraordinaire

524 Même s'il ne remplit pas les critères de l'art. 140, al. 1, let. b, Cst., un traité international peut être soumis au vote du peuple et des cantons si son importance l'élève au rang d'une norme constitutionnelle et s'il modifie profondément la structure de l'État (FF 2010 6353, 6374).

Exemple :

- l'accord EEE a été soumis au référendum obligatoire compte tenu de son importance politique et économique toute particulière et en raison du fait que l'arrêté d'approbation prévoyait une révision de la Cst. (voir message EEE : FF 1992 IV 1, 529 ; arrêté fédéral : 1992 VI 53 s.).

525 Compte tenu de leur objet et de leur portée, les accords d'association à Schengen/Dublin n'ont, quant à eux, pas été considérés comme étant de rang constitutionnel (FF 2004 5913).

Ratification ou signature définitive

Ratification

526 La ratification est effectuée par le Conseil fédéral après une éventuelle approbation donnée par l'Assemblée fédérale (voir art. 184, al. 2, Cst.). Elle manifeste, en droit international, la volonté définitive d'un État d'être lié par un traité, sous réserve de son entrée en vigueur. Elle s'effectue généralement par le biais d'un échange des instruments de ratification entre les parties contractantes ou de leur dépôt auprès du dépositaire désigné.

Signature définitive

527 Effectuée par un représentant du Conseil fédéral, la signature définitive équivaut quant à ses effets juridiques à la ratification.

528 Ce mode d'engagement est l'exception. Il n'est admissible que:

- lorsque le traité le prévoit,
- lorsque les plénipotentiaires le précisent, et
- le Conseil fédéral ou l'Assemblée fédérale a donné son consentement préalable ou si la conclusion du traité en question a été déléguée à un département ou à un office en vertu d'une base légale formelle.

Entrée en vigueur

529 Les traités internationaux et les obligations qui en découlent sont directement applicables en Suisse (monisme ; voir *ch. 680 ss*).

530 Afin d'engager les personnes concernées, les traités internationaux doivent toutefois être publiés dans le RO (voir art. 8 LPubl ; voir *ch. 32*).

Mise en œuvre

Compétences

531 Les compétences relatives à la mise en œuvre des traités internationaux sont régies par le partage des compétences au plan interne : les cantons et la Confédération sont responsables de la mise en œuvre dans les domaines relevant de leurs compétences respectives.

Mise en œuvre par les cantons

532 Compte tenu de ses compétences étendues en matière de politique extérieure, la Confédération peut également conclure des traités internationaux dans des domaines qui relèvent, sur le plan national, de la compétence des cantons. La responsabilité de la mise en œuvre nationale de ces traités incombe, dans ce cas, aux cantons (FF 1997 I 231 s.). Ces derniers sont tenus de procéder à temps aux adaptations nécessaires (voir art. 7 LFPC).

533 En tant que sujet de droit international public, la Confédération est responsable du respect des obligations de droit international. Dans le cadre de la surveillance fédérale, elle peut donc contrôler la manière dont les traités internationaux sont appliqués et interprétés par les cantons (voir art. 49, al. 2, Cst.). Elle peut, si nécessaire, leur enjoindre d'appliquer des traités internationaux de manière correcte et en temps utile et prendre, le cas échéant, les mesures requises à leur place.

Mise en œuvre par la Confédération

534 Lorsque la mise en œuvre d'un traité international relève de la compétence de la Confédération, l'art. 141*a* Cst. donne à l'Assemblée fédérale la compétence d'intégrer dans l'arrêté d'approbation les modifications constitutionnelles ou législatives liées à la mise en œuvre dudit traité. L'Assemblée fédérale ne peut faire usage de cette compétence, en cas de modifications constitutionnelles, que si l'arrêté d'approbation est soumis au référendum et, en cas de modifications législatives, que si l'arrêté d'approbation est sujet au référendum. Ces dernières années, elle en a très souvent fait usage. Cette compétence permet en effet d'éviter les votes inutiles et les votes contradictoires, comme ceux où un traité est accepté mais sa législation de mise en œuvre rejetée (FF 2001 5795 s.).

535 Peuvent être intégrées dans l'arrêté d'approbation d'un traité les dispositions d'exécution qui découlent directement des obligations internationales et pour lesquelles aucune marge de manœuvre n'est laissée au législateur national.

Exemples :

- arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre du troisième Protocole additionnel du 8 décembre 2005 aux Conventions de Genève de 1949, relatif à l'adoption d'un signe distinctif additionnel (RO 2007 185) ;
- arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la convention d'Aarhus et de son amendement (RO 2014 1021).

536 Peuvent cependant également être intégrées dans l'arrêté fédéral des dispositions d'exécution pour lesquelles une certaine marge de manœuvre est laissée au législateur national. L'Assemblée fédérale n'a pas encore mis au point de pratique claire concernant l'application de l'art. 141*a* Cst. Elle semble toutefois plutôt faire preuve de largesse d'esprit lorsqu'il s'agit de lier des dispositions d'exécution à la mise en œuvre d'un traité.

Exemples :

- arrêté fédéral relatif à l'approbation de l'Acte portant révision de la Convention sur le brevet européen et à la modification de la loi sur les brevets (RO 2007 6479) ;
- arrêté fédéral portant approbation de l'accord entre la Suisse, l'Autriche et le Liechtenstein concernant la coopération policière transfrontalière (RO 2014 2297).

537 En revanche, les mesures d'accompagnement motivées par des considérations purement internes en relation avec la mise en œuvre d'obligations internationales ne devraient pas être intégrées dans l'arrêté d'approbation du traité et faire ainsi l'objet d'une votation globale (voir message concernant la loi fédérale révisant les mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes, FF 2004 6187, 6209).

2ème partie : Formes et structuration des actes législatifs

7 Formes des actes législatifs

Introduction

La compétence d'édicter des règles de droit sur le plan fédéral appartient à différents organes : 538

- le peuple et les cantons conjointement ;
- l'Assemblée fédérale, avec ou sans le concours du peuple ;
- le Conseil fédéral et l'administration fédérale (départements ou offices) ;
- les Tribunaux fédéraux, dans un domaine très restreint.

Les actes législatifs de la Confédération peuvent revêtir les formes suivantes (voir art. 163 Cst.) : 539

- Constitution fédérale ;
- loi fédérale ;
- ordonnance de l'Assemblée fédérale ;
- ordonnance du Conseil fédéral et des unités qui lui sont subordonnées ainsi que des tribunaux fédéraux.

Les actes qui ne fixent pas de règles de droit peuvent revêtir les formes suivantes : 540

- arrêté fédéral ;
- arrêté fédéral simple ;
- directives, instructions, circulaires, etc. (ordonnances administratives) ;

Les formes d'actes législatifs fixant des règles de droit s'inscrivent dans une hiérarchie (pour les détails, voir *ch. 551 ss*). La Constitution est au-dessus des lois, elles-mêmes placées au-dessus des ordonnances. Par conséquent, la Constitution peut déroger aux lois et aux ordonnances en vigueur, mais en revanche les lois et les ordonnances doivent tojours être conformes à la Constitution. Les normes de rang supérieur sont adoptées selon une procédure plus complexe, qui leur confère une plus grande légitimité et, en règle générale, une plus grande permanence. La hiérarchie des normes souffre cependant une anomalie, dans la mesure où le Tribunal fédéral doit appliquer la loi au sens formel même s'il la juge anticonstitutionnelle (voir art. 190 Cst.). 541

Règle de droit

Notion

542 Une règle de droit se définit comme une norme générale et abstraite qui crée des obligations, confère des droits ou attribue des compétences (art. 22, al. 4, LParl) :

- *générale* : la disposition contraignante s'adresse à un cercle de destinataires qui ne sont pas individuellement déterminés (cercle de destinataires ouvert ou indéterminé) ;
- *abstraite* : la disposition contraignante vise un nombre indéterminé de situations concrètes (toutes celles pour lesquelles les éléments constitutifs de la réglementation sont réunis) ;
- *réglementation directement contraignante* par oppostition à une recommandation ou instruction non contraignante donnée à l'administration, par exemple.

Distinction entre règle de droit et décision

543 D'après l'art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021), les décisions sont des mesures prises par les autorités dans des cas d'espèce, ayant pour objet de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations. Contrairement à la règle de droit, la décision n'est ni générale, car elle s'adresse à un cercle déterminé de destinataires, ni abstraite, car elle vise une situation concrète. La décision doit reposer sur une base juridique supérieure (*v. ch. 698 ss*).

544 La décision de portée générale se situe entre la règle de droit et la décision : à l'instar de la règle de droit, elle s'adresse à un nombre important de personnes qui ne sont pas individuellement déterminées ; en revanche, elle vise à régler un état de fait circonscrit quant à son objet au temps ou/et à l'espace (par exemple les signaux de la circulation routière, la protection d'un site historique ou naturel). Elle a donc un caractère général, mais concret et non abstrait.

	Règle de droit		Décision de portée générale		Décision	
Destinataire	général	individuel	général	individuel	général	individuel
État de fait	abstrait	concret	abstrait	concret	abstrait	concret

545 La distinction entre décision et règle de droit a des conséquences sur le plan de la compétence, de la publication ou de la notification et des voies de recours.

- Règle de droit : une règle de droit est édictée par l'autorité qui en a expressément la compétence (peuple et cantons, Assemblée fédérale, Conseil fédéral, tribunaux fédéraux, départements, groupements, offices). L'acte législatif doit être publié conformément à la LPubl (RS 170.512, v. *ch. 301*). Une règle de droit fédéral n'est en principe pas susceptible de recours en tant que telle.
- Décision de portée générale/décision : en vertu de l'art. 1 PA, ont la compétence de rendre des décisions les autorités fédérales et les organisations indépendantes de l'administration fédérale qui statuent dans l'accomplissement de

tâches de droit public à elles confiées par la Confédération (par exemple Fonds national suisse). Ces décisions doivent être notifiées avec l'indication des motifs et des voies de recours (voir art. 34 ss PA ; l'art. 36, let. c, PA concerne les décisions de portée générale). Les personnes directement concernées peuvent former recours devant le Tribunal administratif fédéral ou agir par la voie du recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral (v. *ch. 753 ss*).

Exemple :

- Décision de portée générale de l'Office fédéral de l'agriculture du 15 février 2023 concernant l'homologation d'un produit phytosanitaire dans des cas particuliers (FF 2023 438). Cette décision est fondée sur l'art. 40 de l'ordonnance sur la mise en circulation des produits phytosanitaires (RS 916.161).

546 Une prescription concernant un objet, telle que l'interdiction d'un produit particulier, ne peut prendre la forme d'une décision de portée générale que si l'objet en question est concrètement décrit, moyennant l'indication du fabricant ou de la marque et du type (par ex. « débroussailleuse BROGIO Flail Head »). Si l'objet est décrit de manière générique (par exemple « débroussailleuse à fléaux »), il s'agit d'une règle générale et abstraite (sur la notion de décision de portée générale, voir le commentaire de la LParl, art. 22, ch. 36 ss).

Distinction entre ordonnance législative et ordonnance administrative

547 « Ordonnance administrative » est un terme générique désignant des règles générales et abstraites qui ne fondent pas de manière directement contraignante des droits ou des obligations pour les sujets de droit, mais qui guident l'exécution des normes contraignantes (directives, instructions, circulaires, brochures d'une branche, communications générales, etc.). Il s'agit d'une catégorie dogmatique et non d'une forme particulière d'acte ou d'un type spécifique d'ordonnance (laquelle est directement contraignante du point de vue juridique).

548 Ces actes ont notamment pour but d'organiser le travail de l'administration (par ex. les directives de la Chancellerie fédérale régissant la préparation et le déroulement des affaires du Conseil fédéral, «classeur rouge») ainsi que de codifier et d'unifier la pratique par l'interprétation des normes légales et réglementaires (par ex. les directives et mémentos de l'Office fédéral des assurances sociales concernant les cotisations aux assurances sociales, www.bsv.admin.ch > Assurances sociales > Aperçu > Cotisations aux assurances sociales).

549 La différence entre les ordonnances législatives (juridiquement contraignantes) et les ordonnances administratives réside dans l'autorité compétente, dans la publication et dans les effets juridiques qu'elles déploient :

- Les ordonnances (législatives) sont édictées par des autorités (Assemblée fédérale, Conseil fédéral, tribunaux fédéraux, départements, groupements, offices) expressément habilitées à cet effet. Elles doivent obéir aux DTL et sont publiées conformément aux dispositions de la LPubl (RS 170.512, v. *ch. 301*). Leur publication officielle les rend directement applicables pour tous les sujets de droit et pour les organes d'exécution.
- La compétence d'édicter des ordonnances administratives ne nécessite pas de fondement dans le droit supérieur, même s'il en existe parfois (exemples : art. 7, al. 1, let. b LFINMA, art. 64a, al. 1, let. b et c LAI). Les ordonnances administratives se fondent sur un pouvoir hiérarchique ou une compétence de surveillance, qui permet à une autorité supérieure de donner une ligne de conduite aux personnes ou aux autorités chargées de l'application de la loi. Les ordonnances administratives ne s'adressent qu'aux autorités et ne sont valables que dans les relations entre les unités administratives supérieures et subordonnées, mais pas dans les relations externes entre l'Etat et les citoyens. Dès lors, les directives, instructions et circulaires ne sont en principe pas contraignantes pour des tiers. Elles ne lient pas non plus les tribunaux (même si ces derniers en tiennent généralement compte et ne s'en écartent qu'exceptionnellement, en particulier lorsqu'elles ne sont pas conformes à la loi). Ces textes n'ont donc pas à être publiés officiellement. Ils paraissent cependant souvent sur le site Web de l'autorité qui les a émis. Etant donné que les ordonnances administratives peuvent produire indirectement des effets juridiques pour des tiers, cette catégorie est parfois remise en question par la doctrine (voir le commentaire de la LParl, art. 22, ch. 26).

Exemples :

- Circulaires de la FINMA concernant la législation sur les marchés financiers, www.finma.ch > Documentation > Circulaires.
- Directives d'application du DFAE sur l'aide sociale aux Suisses et Suisses de l'étranger et le prêt d'urgence à des personnes séjournant temporairement à l'étranger (www.eda.admin.ch > Le DFAE > Organisation du DFAE > Directions > Direction consulaire > > Aide sociale aux Suisses de l'étranger (ASE).

550 La réglementation par le biais de directives, instructions ou circulaires n'est admissible que si ces dernières régissent le comportement de leurs destinataires de manière relativement souple (avec des possibilités de déroger à la règle dans des cas particuliers, « droit mou »). Si l'on veut édicter une réglementation contraignante, l'acte doit prendre la forme d'une loi ou d'une ordonnance.

Les formes d'actes normatif

Aperçu

Au moment d'élaborer un acte normatif, il convient de veiller à l'ancrer au bon niveau hiérarchique de réglementation. Si la Confédération n'a pas de compétence législative dans le domaine en question, il faut dans un premier temps modifier la Constitution. Dans les autres cas, il convient d'examiner si la réglementation doit faire l'objet d'une loi et d'une ordonnance. Sous certaines conditions, il est possible d'habiliter une autorité inférieure à édicter des normes primaires (ordonnance de substitution). Enfin, il peut être justifié d'instaurer un contrôle sur la législation qui a été déléguée. 551

Constitution fédérale

La Constitution fédérale est placée au sommet de la hiérarchie des normes. Elle forme la base des lois fédérales. Elle règle les principes fondamentaux de l'État fédéral, à savoir les tâches et l'organisation de la Confédération (partage des compétences entre la Confédération et les cantons, entre le Parlement, le gouvernement et les tribunaux, système des droits politiques) et détermine le statut des citoyens (droits fondamentaux, droits politiques, buts sociaux). Elle contient aussi un mécanisme de révision constitutionnelle. 552

La Constitution fédérale est plus difficilement modifiable que les lois et les ordonnances. En effet, toute modification constitutionnelle doit être approuvée par la majorité du peuple et des cantons (art. 140, al. 1, let. a, et 195 Cst.). ; elle peut avoir pour origine une initiative populaire (accompagnée éventuellement d'un contreprojet ; art. 138 ss. Cst.) ou un projet de l'Assemblée fédérale (art. 192 ss Cst.). 553

Loi fédérale et ordonnance de l'Assemblée fédérale

Loi fédérale

La loi fédérale est un acte de l'Assemblée fédérale sujet au référendum facultatif (voir art. 163, al. 1, en relation avec l'art. 141, al. 1, let. a, Cst.). Outre des dispositions fixant des règles de droit, les lois peuvent contenir des dispositions ayant une portée individuelle et concrète (voir par ex. les art. 23 ss de la loi fédérale sur la radio et la télévision [LRTV ; RS 784.40], qui règlent les devoirs d'une société particulière, la SSR). En revanche, elles ne peuvent pas revêtir la forme d'un acte individuel. 554

La loi fédérale se situe, dans la hiérarchie des normes, directement en dessous de la Constitution. Elle est plus facile à modifier que cette dernière (référendum facultatif, simple majorité du peuple), mais plus difficile qu'une ordonnance (pas de référendum). 555

Les lois fédérales peuvent être déclarées urgentes et immédiatement entrer en vigueur (art. 165 Cst.). Elles doivent alors être limitées dans le temps. Si une loi fédérale urgente n'est pas acceptée en votation populaire, elle ne peut pas être 556

renouvelée (voir art. 165, al. 4, Cst.). La Constitution fédérale distingue deux types de lois fédérales urgentes limitées dans le temps :

- La loi fédérale urgente conforme à la Constitution (voir art. 165, al. 1 et 2, Cst.). Ce type de loi se fonde sur une base constitutionnelle et doit être soumise au référendum facultatif *a posteriori* si elle est d'une durée (limitée) de plus d'un an (art. 141, al. 1, let. b, Cst.). Cette solution permet de la mettre en vigueur avant la tenue du référendum (v. *ch. 1002*).
  Si la loi fédérale urgente est rejetée en votation populaire, elle cesse de produire effet un an après son adoption par l'Assemblée fédérale.

Exemple :

- Loi fédérale sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 (RS 818.102).

- La loi fédérale urgente dépourvue de base constitutionnelle (voir art. 165, al. 3, Cst.). Les lois fédérales urgentes qui n'ont pas de base constitutionnelle doivent être soumises à un référendum obligatoire *a posteriori* et nécessitent l'approbation du peuple et des cantons. Elles ont par conséquent rang constitutionnel. Si une telle loi fédérale est rejetée en votation populaire, elle cesse de produire effet un an après son adoption par l'Assemblée fédérale.

557 Toutes les dispositions importantes fixant des règles de droit doivent revêtir la forme d'une loi fédérale (art. 164, al. 1, Cst.). Les édicter sous forme d'ordonnance contrevient au principe de la légalité. Appartiennent à cette catégorie notamment les dispositions fondamentales relatives :

- à l'exercice des droits politiques ;
- à la restriction des droits constitutionnels ;
- aux droits et aux obligations des personnes ;
- à la qualité de contribuable, à l'objet des impôts et au calcul du montant des impôts ;
- aux tâches et aux prestations de la Confédération ;
- aux obligations des cantons lors de la mise en œuvre et de l'exécution du droit fédéral ;
- à l'organisation et à la procédure des autorités fédérales.

558 La délégation de compétences législative doit aussi être réglée dans une loi (art. 164, al. 2, Cst. ; v. *ch. 704*).

559

- Ni la Constitution fédérale ni les lois fédérales n'indiquent, au-delà de l'art. 164, al. 1, Cst, les critères permettant de distinguer les dispositions importantes de celles qui ne le sont pas, et quelles dispositions doivent être considérées comme fondamentales. Les critères pertinents pour la distinction sont notamment les suivants:
- l'intensité de la restriction des droits fondamentaux,
- la portée du pouvoir conféré pour le système politique suisse,

- la portée du cercle de destinataires touché,
- les conséquences financières importantes,
- la nature politiquement controversée d'une mesure.

Ordonnance de l'Assemblée fédérale

L'Assemblée fédérale peut être habilitée par la Constitution fédérale (par exemple art. 159, al. 4, Cst.) ou par une loi fédérale à édicter une ordonnance (législative). Ces ordonnances règlent en particulier les dispositions d'exécution concernant l'organisation et les activités de l'Assemblée fédérale mais elles peuvent aussi concerner d'autres domaines. Elles ne sont pas sujettes au référendum. 560

Exemples :

- ordonnance de l'Assemblée fédérale sur les relations internationales du Parlement (ORInt ; RS 171.117) ;
- ordonnance de l'Assemblée fédérale sur la Commission de rédaction (RS 171.105) ;
- ordonnance de l'Assemblée fédérale sur l'organisation de l'armée (OOrgA ; RS 513.1).

Arrêté fédéral

Les arrêtés fédéraux sont des actes de l'Assemblée fédérale qui ne fixent pas en eux-mêmes de règles de droit (art. 163, al. 2, Cst.). 561

On distingue deux formes d'arrêtés fédéraux : 562

- l'*arrêté fédéral* soumis au référendum obligatoire (par exemple modification de la Cst., adhésion à des organisations de sécurité collective ou des communautés supranationales au sens des art. 140, al. 1, let. a et b, Cst.) ou sujet au référendum facultatif (par exemple traités internationaux au sens de l'art. 141, al. 1, let. d, Cst.). Les arrêtés fédéraux sont publiés au RO et au RS.

Exemples :

- approbation de traités internationaux soumis au référendum (art. 24, al. 3, LParl) ;
- déclaration de force obligatoire de conventions intercantonales (art. 48*a*, al. 2, Cst.) ;
- modification du territoire d'un canton (art. 53, al. 3, Cst.) ;
- arrêtés de principe et de planification de grande portée (art. 28, al. 3, et 148, al. 4, LParl) ;
- actes particuliers de l'Assemblée fédérale qui n'ont pas de base constitutionnelle ou légale (art. 29, al. 2, LParl ; voir commentaire de la LParl, art. 29, ch. 5 ss et 13 ss).

- l'*arrêté fédéral simple*, concernant un acte individuel, non sujet au référendum et non publié au RO et au RS. Dans la pratique, le terme « simple » n'apparaît pas dans le titre et l'acte n'est pas désigné comme tel. On reconnaît sa nature juridique grâce au fait qu'il ne contient pas de clause référendaire.

Exemples :

- approbation de traités internationaux non sujets au référendum (art. 166, al. 2, Cst., art. 24, al. 3, 2e phrase, LParl) ;
- octroi de la garantie fédérale aux constitutions cantonales (art. 172, al. 2, Cst. en relation avec l'art. 29, al. 1, LParl) ;
- arrêtés de crédit (art. 25, al. 2, LParl) ;
- décision sur les recours en grâce et l'amnistie (art. 173, al. 1, let. k, en relation avec l'art. 157, al. 1, let. c, Cst. et l'art. 29, al. 1, LParl).

Ordonnance du Conseil fédéral et des unités subordonnées, ordonnance des Tribunaux fédéraux

Types d'ordonnances

563 Les actes législatifs du Conseil fédéral, des départements, des groupements et des offices, ainsi que des Tribunaux fédéraux sont désignés par le terme d'ordonnance. On distingue d'une part entre les ordonnances dépendantes et les ordonnances indépendantes, d'autre part entre les ordonnances d'exécution et les ordonnances de substitution.

Ordonnances dépendantes et indépendantes

564 Les ordonnances qui reposent sur une base constitutionnelle sont dites indépendantes.

Exemples :

- ordonnances directement fondées sur les art. 184, al. 3, Cst. (sauvegarde des intérêts du pays dans les relations avec l'étranger) et 185, al. 3, Cst. (évitement ou prévention de troubles menaçant gravement l'ordre public et la sécurité extérieure ou intérieure) ; par exemple, l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage du 20 mars 2020 (RS 837.033).Ces ordonnances sont limitées dans le temps en vertu du texte constitutionnel.
- ordonnances directement fondées sur certaines dispositions constitutionnelles transitoires, telles que l'art. 196, ch. 2, al. 4 (redevances forfaitaire sur la circulation des poids lourds), l'art. 197, ch. 9, al. 1 (résidences secondaires) ou encore l'art. 197, ch. 11, al. 2, Cst. (gestion de l'immigration).

Les ordonnances qui se fondent sur une compétence attribuée par un acte législatif infra-constitutionnel sont dites dépendantes. Il s'agit d'actes législatifs édictés sur la base d'une délégation de l'organe législatif à l'organe exécutif. On parle aussi de règles primaires déléguées. 565

Ordonnances d'exécution et ordonnances de substitution

L'ordonnance d'exécution précise les dispositions de la loi par des règles de détail. Elles doivent apparaître comme la conséquence logique de l'acte législatif à exécuter. Ces limites n'excluent pas que l'on puisse édicter des règles nouvelles, pour autant que celles-ci soient conformes au but de la loi et qu'elles constituent un moyen d'atteindre ses objectifs (voir JAAC 47 [1983], I, n° 18, p. 91 ; JAAC 31 [1962-63], n° 20, p. 54). 566

Exemple :

- ordonnance encourageant l'innovation, la coopération et la professionnalisation dans le domaine du tourisme (RS 935.221)

A contrario, l'ordonnance de substitution contient des règles qui pourraient aussi bien se trouver dans l'acte supérieur. Elle doit se fonder sur une clause de délégation dans la loi. 567

Exemple :

- ordonnance sur l'attribution d'organes (RS 810.212.4).

La frontière entre les ordonnances d'exécution et les ordonnances de substitution qui reposent sur une clause de délégation n'est pas toujours nette. Une même ordonnance peut contenir des règles qui appartiennent à l'une et à l'autre catégorie. Au moment d'élaborer une ordonnance, il faut toujours se demander si la réglementation prévue relève de l'exécution de la loi (voir *ch. 703)* ou si elle repose sur une délégation ; dans ce dernier cas, il est nécessaire de veiller à respecter le cadre fixé par la délégation (voir *ch. 704)*. 568

Forme de l'acte et référendum

569

Objet	Référendum	Approbation par
Modification constitutionnelle* (art. 140, al. 1, let. a, Cst.)	obligatoire	le peuple et les cantons
Adhésion à une organisation de sécurité collective ou une communauté supranationale* (art. 140, al. 1, let. b, Cst.)		
Loi fédérale urgente sans base constitutionnelle, durée de validité supérieure à un an* (art. 140, al. 1, let. c, Cst.)		
Initiative populaire demandant une révision totale de la Cst.* (art. 140, al. 2, let. a, Cst.)		le peuple
Initiative populaire demandant une révision partielle de la Cst. et conçue en termes généraux (rejetée par le Parlement)* (art. 140, al. 2, let. b, Cst.)		
Loi fédérale (fixant des règles de droit, non urgente) (art. 141, al. 1, let. a, Cst.)	facultatif	
Loi fédérale (fixant des règles de droit, conforme à la Cst., urgente, durée de validité supérieure à un an) (art. 141, al. 1, let. b, Cst.)		
Arrêté fédéral, base constitutionnelle ou légale (art. 141, al. 1, let. c, Cst.)		
Certains traités internationaux (art. 141, al. 1, let. d, Cst.)		
Arrêté fédéral sans base constitutionnelle ni légale (acte particulier) (art. 29, al. 2, LParl)		
Arrêté fédéral simple (acte particulier) (art. 163, al. 2, Cst., art. 29, al. 1, LParl)	-	-
Ordonnance du Conseil fédéral ou de l'Assemblée fédérale (art. 163, al. 1, et 182, al. 1 Cst)		

*Ces objets sont soumis au corps électoral dans un arrêté fédéral.

8 Structuration de l'acte législatif

Délimitation de la matière normative

Aperçu

Avant de rédiger un acte normatif, il faut en élaborer une esquisse (voir *ch. 161 ss*). 570

La délimitation de la matière normative opérée dans ce cadre conduit à déterminer le contenu de l'acte législatif lui-même. Cette tâche est nécessaire, car de nombreux éléments de caractère non normatif résultent du processus de légistique matériel antérieur (divers aspects politiques, éléments explicatifs, etc.). L'acte législatif ne doit contenir que des règles de droit, à savoir des normes générales et abstraites qui, par exemple, imposent des obligations ou confèrent des droits aux personnes physiques ou morales (voir *ch. 542 ss*) ou encore des normes tels un but, un objet, une définition légale ou une date d'entrée en vigueur. Si l'esquisse d'acte normatif prévoit par exemple une procédure d'autorisation, il sera nécessaire, à ce stade précoce, de définir certaines notions, les conditions de l'autorisation, l'autorité compétente, les voies de droit, les sanctions, les dispositions transitoires, etc.

Quelques points de principe doivent être pris en compte : 571

- le choix des instruments d'action de l'État (voir *ch. 827 ss*),
- le droit transitoire (voir *ch. 1027 ss*),
- l'harmonie de l'ordre juridique,
- la densité normative,
- l'unité de la matière.

Principes

Harmonie de l'ordre juridique

Généralités

En principe, le droit peut être modifié. L'édiction de nouvelles normes a toujours pour corollaire une modification de l'ordre juridique existant. Cependant, le droit devrait (autant que possible) faire preuve de stabilité, car l'adaptation du public est importante pour la mise en œuvre des lois. Les principes de la sécurité du droit, de la confiance, mais également de la proportionnalité commandent que, même en cas de modifications successives à de courts intervalles, il n'y ait ni ambiguïté, ni doute s'agissant de l'applicabilité d'une norme. Les administrés devraient être en mesure de savoir quelle disposition est déterminante et pouvoir ainsi compter sur le fait que leurs actions ou omissions n'engendrent pas pour eux de conséquences négatives inadmissibles (voir ATF 139 II 470, cons. 4). Il convient de tenir compte de cet aspect lorsque l'on modifie des dispositions qui touchent des situations de fait durables (voir *ch. 1040 ss*). 572

573 En cas de modification de l'ordre juridique, des problèmes et des conflits peuvent surgir dans les cas suivants :

- La délimitation entre l'ancien et le nouveau droit n'a pas été examinée avec suffisamment de soin, ce qui entraîne des contradictions, des lacunes et des imprécisions. Certes, il n'est pas possible de parvenir à une unité parfaite de l'ensemble de l'ordre juridique, ne serait-ce que parce que l'on ne peut prévoir tous les conflits et toutes les erreurs. On ne parlera donc pas ici d'unité, mais seulement d'harmonie de l'ordre juridique, même si, en principe, l'unité reste le but final. Enfin, le nouveau droit ne doit pas se démarquer des règles juridiques existantes sans motif pertinent, au risque d'entraver l'efficacité de l'ancien ou du nouveau droit.
- La coordination des nouvelles normes avec le droit de rang supérieur (obligations découlant de traités internationaux) ou avec les anciennes normes n'est pas suffisamment assurée. Une coordination lacunaire entraîne en effet des irrégularités de fond et de forme. On oublie parfois qu'il existe déjà une réglementation dans le domaine en cause ou on constate que les nouvelles normes sont formulées de manière imprécise par rapport au droit existant.
- Il n'y a pas de concordance entre les objectifs du nouveau droit et ceux du droit en vigueur. Tel est le cas lorsque deux domaines différents sont touchés (par exemple si l'on encourage une branche économique précise sans modifier ou réexaminer le système fiscal). Les actes législatifs ayant des objectifs contradictoires entravent réciproquement leur action, compromettant leur efficacité de par leur potentiel de conflits.

574 Pour éviter des contradictions et des conflits d'objectifs, il est nécessaire, lorsqu'on élabore un acte législatif, d'abroger, de modifier ou de compléter certaines dispositions contenues dans d'autres actes législatifs. C'est notamment vrai en présence de nouveaux engagements de droit international. Cette harmonisation pose des exigences élevées en matière de technique législative : en effet, lorsque l'on modifie d'autres actes législatifs, il convient d'éviter de perturber leur systématique, leur style et leur cohésion interne.

Démarche

575 Comment peut-on tendre à une harmonisation de l'ordre juridique ? La démarche est la suivante :

576 Il est important de déterminer précisément la situation juridique préexistante et de rechercher dans quels domaines il existe des contradictions, des lacunes, des imprécisions, des recoupements et des conflits d'objectifs. Malgré l'existence du Recueil systématique du droit fédéral, une telle entreprise est difficile en raison de l'abondance et de la dispersion de la matière ; elle peut nécessiter en outre des études approfondies.

En comparant le droit en vigueur et le droit futur, il est possible de dégager d'éventuelles contradictions. Il ne suffit pas de comparer simplement les divers textes de lois entre eux, mais il faut également tenir compte de leur application concrète. 577

Cet examen ne permet de relever de manière précise les contradictions ou les conflits d'objectifs que s'il porte également sur l'interprétation probable et les effets recherchés des nouvelles dispositions. 578

Lorsque les comparaisons auxquelles il a été procédé permettent de déterminer où et comment le nouveau droit s'intégrera dans l'ordre juridique existant, il est nécessaire de vérifier si les relations entre les différentes normes sont suffisamment déterminées par les règles générales de conflit des lois suivantes : 579

- *lex superior derogat inferiori* : le droit international prime le droit national; le droit fédéral prime le droit cantonal (art. 49, al. 1, Cst. ; cette règle a une certaine portée au regard de la mise en œuvre du droit fédéral) ; la Constitution prime les lois, qui elles-mêmes priment les ordonnances ;
- *lex posterior derogat priori* : la règle plus récente déroge à la règle plus ancienne ;
- *lex specialis derogat generali* : la règle spéciale déroge à la règle générale ; il arrive que l'on ne puisse déterminer clairement quelle est, parmi deux règles, la règle spéciale.

Ces règles de conflit étant générales, il n'est pas toujours possible de s'y fier et il est fréquent qu'elles laissent des questions sans réponse. Il vaut donc mieux éviter les conflits patents entre une nouvelle norme (notamment relevant du droit international) et le droit en vigueur en révisant celui-ci. De plus, la relation entre l'ancien et le nouveau droit doit être précisée si nécessaire par des dispositions transitoires (v. *ch. 1037 ss*). 580

Densité normative

Définition

La notion de « densité normative » est utilisée dans deux acceptions différentes : 581

- Elle peut servir à qualifier le degré de détail et de spécialisation d'une réglementation dans un domaine déterminé (par exemple en droit de la construction).
- Plus globalement, elle peut exprimer le rapport existant dans une société entre les situations réglementées par la loi et celles libres de toute réglementation.

La notion de densité normative est employée ici dans le premier sens défini ci-dessus. Si l'acte contient un nombre important de prescriptions de détail, sa densité normative sera élevée ; s'il ne contient que des instructions de caractère général, sa densité normative sera faible. En règle générale, plus le contenu de la norme est important et son rang élevé, plus la densité normative est faible. La densité normative d'une loi est donc plutôt faible ; celle d'une ordonnance est forte. Toutefois, dans les lois de procédure, c'est souvent le contraire qui se produit, car 582

les dispositions qu'elles contiennent sont censées régler de manière exhaustive le droit procédural.

Densité adéquate

583 Une densité normative adéquate tient compte des paramètres suivants :

- importance du domaine considéré ;
- besoins des destinataires (sécurité du droit) ;
- niveau de la norme.

584 Un acte législatif a une densité normative trop forte lorsqu'il :

- règle des situations qui pourraient sans autre être réglementées à un niveau inférieur ;
- règle des situations atypiques ;
- fait des distinctions inutiles et répond à des questions que personne ne se pose.

Exemple :

- L'art. 106 Cst. est incontestablement trop long pour une disposition constitutionnelle ; il est en outre encombré de prescriptions de détail. Il en va de même de l'art. 95, al. 3, Cst., qui, précisons-le, est issu d'une initiative populaire (initiative contre les rémunérations abusives).

585 Un acte législatif a une densité normative *trop faible* lorsqu'il :

- se contente d'énumérer des principes généraux au lieu d'apporter des solutions concrètes aux problèmes ;
- laisse trop de questions ouvertes ou est trop bref et lacunaire ;
- n'éclaircit pas les situations équivoques et ne répond pas aux questions cruciales ;
- omet d'opérer des distinctions importantes.

Unité de la matière

586 Le législateur a une marge de manœuvre relativement grande et peut répartir la matière normative dans divers actes législatifs. Pour apprécier s'il convient de regrouper la matière normative dans un seul acte législatif ou de la répartir dans plusieurs actes différents, on tiendra compte du but et du sens des nouvelles dispositions, de leur fonction (transversale) ou de l'interdépendance des diverses parties de l'acte entre elles. Ce sont donc des considérations d'opportunité qui seront déterminantes pour décider de regrouper la matière normative dans une seule loi ou plutôt de la répartir sur plusieurs actes législatifs. Toutefois, le regroupement des dispositions dans un seul acte ou leur répartition dans plusieurs actes ne saurait résulter d'un choix arbitraire, basé sur des critères totalement étrangers à la matière. Il s'agit en effet d'observer le principe de la libre formation de l'opinion et de l'expression fidèle et sûre de la volonté des citoyens (art. 34, al. 2, Cst.). Ces

derniers ne doivent pas être contraints (en cas d'un référendum facultatif) de répondre, en un vote unique, à plusieurs problématiques qui ne sont pas liées entre elles.

Pour cette raison, on observera les règles suivantes : 587

- Un acte législatif ne réglementera qu'une seule matière, mais si possible exhaustivement à chaque niveau normatif. Il est dès lors nécessaire de recenser ce qui va ou ne va pas matériellement ensemble.
- On regroupera dans un seul et même acte législatif les domaines interdépendants qu'il apparaît indiqué de réglementer ensemble.
- On séparera les domaines qui ne sont pas interdépendants et qui peuvent aisément rester distincts.
- On répondra aux questions suivantes :
  - Cette matière doit-elle figurer ici ?
  - La séparation ou la réunion de ces dispositions est-elle appropriée eu égard à leurs destinataires?
  - Est-il plus adéquat de réunir dans un même acte législatif tous les domaines matériellement connexes, compte tenu notamment de l'intégration de la réglementation dans l'ordre juridique existant, de son accessibilité, de son intelligibilité et de son utilisation ou est-il plus approprié d'avoir plusieurs actes législatifs distincts ?

Exemples :

- loi fédérale du 19 juin 2015 sur le programme de consolidation et de réexamen des tâches 2014 (LCRT 2014) (RO 2015 4747),
- loi fédérale du 26 septembre 2014 sur le droit de la victime à être informée (modification du code pénal, du droit pénal des mineurs, du code de procédure pénale et de la procédure pénale militaire) (RO 2015 1623).

Le principe de l'unité de la matière qui s'applique aux lois formelles s'applique également aux ordonnances, mais avec moins de rigueur. Il est parfois opportun de n'avoir qu'une seule ordonnance par loi. 588

Exemples :

- loi et ordonnance fédérales sur les finances fédérales (LFC, RS 611.0 ; OFC, RS 611.01) ;
- loi et ordonnance fédérales sur la radio et la télévision (LRTV, RS 784.40 ; ORTV, RS 784.401).

Dans d'autres cas, il peut s'avérer utile, pour des raisons de transparence, d'avoir plusieurs ordonnances distinctes se basant sur la même loi. 589

Exemple :

- 8 ordonnances (RS 831.4) du Conseil fédéral se basent sur la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP, RS 831.40).

Interaction étroite entre la formulation et la structuration de l'acte

590 Dans ce chapitre, la rédaction législative est abordée sous l'aspect de la structuration de l'acte législatif. Pour les principes de technique législative, voir les DTL, ch. 1 ss.

591 La langue est d'une importance capitale pour l'efficacité et de l'applicabilité de la loi. On ne peut comprendre le sens et le but de la loi qu'à travers sa formulation rédactionnelle. Ce n'est que par une construction linguistique soignée que l'on peut garantir que le destinataire comprenne la volonté du législateur.

592 L'élaboration et la formulation d'une loi sont étroitement liées. En règle générale, on ne peut pas structurer un état de fait complexe par la pensée autrement qu'à l'aide de sa traduction progressive en mots. Aussi le travail de structuration ne peut-il d'ordinaire être produit d'un seul trait, mais qu'être le résultat d'une optimisation progressive. La formulation peut en particulier démontrer qu'un point est encore insuffisamment élucidé ou que la rédaction ne correspond pas à ce que l'on veut exprimer.

593 C'est pourquoi rédiger un texte signifie trouver, dans une approche constante, la correspondance aussi simple et directe que possible entre le contenu tel qu'il est pensé et son expression linguistique.

Importance de la structure

594 La structuration formelle d'un acte législatif et la position systématique de ses dispositions sont importantes, non seulement pour son intelligibilité et sa clarté en tant que tel, mais aussi en vue de son application et de son interprétation. Souvent, le sens d'une disposition n'est révélé qu'au travers de sa place (systématique) dans l'acte législatif. Il est donc indispensable de subdiviser la matière de manière logique et de choisir avec soin les titres des articles et des subdivisions de l'acte.

595 Un acte législatif ne peut être formulé clairement que si l'objectif à atteindre et la matière normative sont connus de la personne ou de l'office à qui le projet est confié. La structuration matérielle et les connexions entre les diverses dispositions doivent avoir été faites de manière logique et rigoureuse.

596 Une systématique insatisfaisante peut résulter de problèmes au niveau matériel. Si un acte législatif apparaît trop compliqué sur le plan rédactionnel, il convient d'examiner s'il ne l'est pas également sur le plan matériel, ce qui entraînerait des difficultés d'application. Lorsque la systématique de l'acte est problématique, il convient d'examiner si l'acte est conçu de façon suffisamment claire et cohérente au regard de la matière normative et de la finalité poursuivie.

Systématique

Un acte législatif doit reposer sur une systématique facilement reconnaissable. On distingue systématique formelle et systématique matérielle. La systématique formelle concerne la structuration formelle de l'acte législatif, la systématique matérielle se rapporte à l'organisation interne de l'acte sur le plan matériel. 597

La systématique formelle concerne la structure formelle d'un acte législatif. Elle peut fournir rapidement une vue d'ensemble de la matière dans l'application du droit. Elle permet d'identifier et de repérer les différentes dispositions ainsi que de les situer dans l'ensemble de l'acte, le sens d'une disposition étant souvent fonction de son contexte. Il importe alors d'étudier et de choisir la manière de diviser la matière normative en parties, titres, chapitres, sections et articles par exemple (voir ch. 70 ss DTL). La structure matérielle de l'acte peut obéir à divers critères (voir *ch. 601*). Il est dès lors très important pour l'intelligibilité, pour l'interprétation et, par conséquent, pour l'efficacité d'un acte législatif, que la systématique soit rigoureuse. L'élaboration d'une esquisse de l'acte normatif (voir *ch. 161 ss*) est une condition préalable pour produire une structure cohérente. 598

La systématique de l'acte de rang inférieur (ordonnance) devrait, dans la mesure du possible, correspondre à celle de l'acte de rang supérieur (loi). 599

Exemple :

- loi fédérale et ordonnance sur la radio et la télévision (LRTV, RS 784.40 ; ORTV, RS 784.401).

Une bonne systématique interne est caractérisée par l'absence de toute contradiction. Les contradictions suivantes doivent être évitées : 600

- contradictions d'objectifs : l'acte législatif vise des objectifs contradictoires ;
- contradictions de principes : l'esquisse de l'acte législatif est basée sur divers principes directeurs qui ne concordent pas (principe du perturbateur, principe de l'incitation, principe de solidarité) ;
- contradictions de normes : on associe divers types de normes qui s'excluent mutuellement (norme d'interdiction et norme prévoyant l'obligation d'obtenir une autorisation, normes de prescription et de péremption, etc.) ;
- contradictions terminologiques : on utilise des notions issues de domaines différents ou, pour la même situation, des notions différentes ; le traitement électronique des données (recherche systématique de certains termes) permet d'éviter ce type de contradictions.

Critères de structuration

Aperçu

La structuration formelle d'un acte législatif répond, d'une part, à des critères de technique législative et, d'autre part, à des critères qui doivent être développés en tenant compte de la matière à réglementer. 601

Critères de technique législative

602 La structure que l'on retrouve dans la plupart des actes législatifs est la suivante (voir ch. 1 ss DTL) :

Structure type	
Dispositions générales	But Champ d'application Définitions
Partie principale (à l'intérieur de la partie principale, la structure obéit toujours à des critères matériels ; voir ci-dessous)	Organisation Procédure Financement Coûts Emoluments Dispositions pénales
Dispositions finales	Exécution Abrogation et modification d'autres actes Dispositions transitoires Clause référendaire Entrée en vigueur

Critères matériels

603 Il n'est pas possible d'établir des règles générales et schématiques pour structurer et subdiviser formellement la matière de la partie principale d'un acte législatif. Il s'agit plutôt de développer une structure en fonction de la matière elle-même. Des domaines différents impliquent des structures différentes. Il est nécessaire de trouver pour chaque cas la solution qui convient. Toutefois, des problèmes matériellement semblables (par exemple des actes législatifs ou des sections concernant des émoluments) doivent, si possible, être structurés de la même manière.

Principes généraux de structuration

604 On peut discerner un certain nombre de principes permettant d'ordonner une matière normative :

- Chronologie : les procédures sont réglées chronologiquement, en suivant le déroulement ordinaire de ces activités.

Exemples :

- requête, traitement, décision, recours, exécution ;
- recyclage des déchets : récolter, transporter, entreposer, mettre en valeur, éliminer.

- Liens de causalité : le déroulement d'une procédure est réglé en fonction des liens de causes à effets, c'est-à-dire en mentionnant les causes ou les conditions avant les conséquences.
- Organisation hiérarchique : pour régler par exemple les compétences des autorités placées à l'intérieur d'un système hiérarchique, on mentionne d'abord les

autorités supérieures et ensuite les autorités inférieures.

- Personnes concernées : pour réglementer certains domaines d'activité, on regroupe les règles en fonction des personnes concernées :
  - réglementation de la vente et du bail : on distingue les dispositions qui concernent aussi bien les vendeurs/bailleurs que les acheteurs/locataires de celles qui ne concernent que les vendeurs/bailleurs ou que les acheteurs/locataires.
- Critères logiques : outre des principes de structuration matériels, on peut avoir recours à des principes de structuration logiques :
  - du général au particulier ;
  - de la réglementation de principe à la réglementation de détail ;
  - la règle avant l'exception.

  En vertu de la règle « du général au particulier », la réglementation d'une activité soumise à autorisation définira en premier lieu les personnes et les activités soumises à autorisation, avant de régler la procédure d'autorisation.
- Critères développés par la doctrine : on peut également utiliser les critères usuels d'ordonnancement des notions et institutions juridiques développés par la doctrine, critères qui sont du reste très proches des critères logiques développés ci-dessus :
  - autorisation — concession ; usage commun — usage commun accru — usage particulier ; expropriation formelle — matérielle.
- Attentes des destinataires : la structure d'un acte législatif doit répondre aux attentes des destinataires. La systématique doit correspondre à la manière dont ceux-ci aborderont le problème, dans l'ordre des questions qu'ils se poseront. Par exemple, les règles qui concernent les administrés doivent être placées avant celles relatives aux autorités.
- Finalité : outre la perspective des destinataires, l'importance d'une disposition particulière dépend également de sa pertinence au regard de la finalité de l'acte ou de la section correspondante dans laquelle elle s'insère. L'acte doit refléter dans son agencement le regroupement des dispositions qui visent des finalités analogues.
- Évidence des critères de structuration : l'acte législatif doit être structuré selon des critères clairs et reconnaissables que l'articulation entre les différentes parties doit rendre évidents. Tel est le cas lorsque la structure traduit l'approche habituelle qu'il est convenu d'adopter dans un domaine particulier. Le critère de structuration retenu doit, dans la mesure du possible, être appliqué de manière uniforme et conséquente afin que le lecteur soit en mesure de garder la vision d'ensemble à la lecture de chaque partie du texte, même lorsque l'acte législatif est complexe.
- Les dispositions générales ou communes doivent précéder les dispositions spéciales : lorsque des dispositions valent pour l'ensemble de l'acte ou pour

l'ensemble d'une de ces subdivisions, elles doivent être regroupées au début de l'acte ou de la section. Tel est en particulier le cas du champ d'application, du but, des définitions et des principes à observer dans l'application de l'acte législatif. Des renvois et des répétitions peuvent ainsi être évités.

- Les dispositions matériellement connexes doivent être regroupées.
  – les contributions versées par la Confédération à différents producteurs pour des denrées fourragères doivent être réglementées en tenant compte de nombreuses conditions et modalités de paiement. Il est ici préférable de choisir comme critère principal le type de fourrage en présence plutôt que le critère des destinataires concernés. En appliquant le premier principe, on remarquera plus facilement les connexions qu'en appliquant le second :

Au lieu de :	a.	[1]La Confédération verse x CHF pour les denrées fourragères A. [2]La Confédération verse y CHF pour les denrées fourragères B.
	b.	[1]La contribution de la Confédération pour la denrée fourragère A est allouée par l'Office fédéral P. [2]La contribution de la Confédération pour la denrée fourragère B est allouée par l'Office fédéral Q.
Il est préférable de structurer cette même matière normative ainsi :	a.	[1]La Confédération verse x CHF pour les denrées fourragères A. [2]La contribution de la Confédération est allouée par l'Office fédéral P.
	b.	[1]La Confédération verse y CHF pour la denrée fourragère B. [2]La contribution de la Confédération est allouée par l'Office fédéral Q.

Choix de la structure

605 Pour chaque acte législatif, il convient de choisir le critère d'organisation principal en tenant compte du domaine à réglementer. Si par exemple l'acte législatif règle l'organisation d'un service, on ordonnera la matière normative en fonction de la structure de ce service (par exemple le service hiérarchiquement supérieur avant le service hiérarchiquement inférieur, les services centralisés avant les autres services, etc.).

606 S'il y a plusieurs acteurs dans un domaine d'activités ou si l'on doit régler les rapports entre divers organes ou leurs obligations réciproques, la subdivision correspondra le plus souvent au statut des parties (par exemple Confédération — cantons).

607 Si deux critères sont envisageables (déroulement des activités — répartition des rôles), une structuration chronologique en fonction des phases du déroulement des activités sera en principe plus adaptée, car elle sera plus facilement reconnaissable.

Clarté dans les subdivisions

608 La structuration de la partie principale d'un acte normatif et l'ordre des subdivisions sont d'une grande importance pour l'intelligibilité de la réglementation. S'ils permettent de s'y retrouver, ils aident aussi à l'interprétation car le sens d'une disposition dépend en partie de sa place dans l'acte législatif. L'acte doit être clairement structuré jusque dans ses détails. Une systématique insatisfaisante peut conduire à multiplier les répétitions ou, à l'inverse, les références internes.

609 Il n'est guère possible de fixer des règles générales de structuration d'un acte législatif. Il est néanmoins indiqué de toujours examiner les possibilités de « factorisation » : les dispositions qui valent pour de nombreuses parties de l'acte seront utilement rassemblées dans la partie introductive de l'acte (partie générale), ou, dans certains cas, après les dispositions particulières.

610 Quelques procédés paraissent naturels quand il s'agit de répartir l'objet d'une réglementation sur plusieurs articles ou alinéas : on suit l'ordre chronologique d'une procédure, la règle est énoncée avant l'exception, le principe avant les règles de détail, les conditions préalables d'un acte avant la description de cet acte, et ainsi de suite (voir *ch. 604*).

Les subdivisions (alinéa, article, section, > voir ch. 77 ss DTL) ne devraient être ni trop courtes, ni trop longues. Il convient, pour cette raison, de se souvenir de la règle formulée par Eugen Huber, soit :

1. trois alinéas par article au maximum ;
2. une phrase par alinéa ;
3. une idée par phrase.

611 Une disposition complexe (par exemple contenant une cascade de conditions) peut être divisée par un point (deux phrases) ou par un point-virgule (une seule phrase). Les phrases qui comptent plus de 15 mots deviennent souvent difficiles à comprendre, à moins que leur structure soit claire. Il faut notamment éviter une accumulation de subordonnées.

Exemple :

- Art. 140*e,* al. 1, de la loi sur les brevets (LBI, RS 232.14):
  « Une fois la durée maximale du brevet échue, le certificat est valable depuis la date de l'annonce visée à l'art. 56 jusqu'à la date de la première approbation comme médicament en Suisse, moins cinq ans. »
  Les deux conditions temporelles surchargent cette phrase, dont on peut améliorer la lisibilité en séparant l'indication du début de la validité et celle de la durée de validité.
  Il faudrait écrire : « Le certificat est valable pour une période allant de la date de son annonce à la date de la première approbation en Suisse, moins cinq ans ; sa durée de validité commence à courir à l'échéance du brevet. »

612 Le fait que les articles et les subdivisions portent des titres (voir DTL, ch. 79 ss) permet de vérifier la régularité de la structure de l'acte et notamment du découpage en articles. Les alinéas, même s'ils ne portent pas de titre, devraient aussi correspondre à une idée simple.

613 De nombreuses normes prennent la forme d'une règle générale assortie d'exceptions ou réserves. Là où la langue allemande appelle une nouvelle phrase (« *Ausgenommen sind…* », « *Vorbehalten ist…* »), le français préfère les formules telles que « à l'exception de … », « sous réserve de … ». On résout le plus souvent cette question en mettant un point-virgule en allemand, ce qui permet de conserver le même nombre de phrases.

Exemple :

- en allemand : « Bund und Kantone können mehrere gleichartige Strafbehörden einsetzen; ausgenommen sind … »,
- en français : « Exception faite de l'autorité de recours et de la juridiction d'appel, la Confédération et les cantons peuvent instaurer plusieurs autorités pénales de même type. » (Art. 15, al. 4 Code de procédure pénale, RS 312.0).

614 Si l'on ne parvient pas à traiter un ensemble de dispositions dans une seule subdivision, il convient de le diviser en plusieurs subdivisions particulières. De cette manière, on peut faire d'un alinéa plusieurs alinéas, de plusieurs alinéas plusieurs articles, et de plusieurs articles une section. Bien entendu, au moment de décider du découpage, il faudra veiller à respecter la cohérence interne du contenu du texte.

615 A l'inverse, le découpage ne devrait pas être trop fin. Le fait que plusieurs sections qui ne comportent qu'un seul article se suivent révèle un mauvais découpage de la matière.

Annexes aux actes législatifs

Aperçu

616 Les actes législatifs de la Confédération sont souvent complétés par des annexes. Celles-ci s'enchaînent à la suite du corps du texte normatif et sont conçues sous forme de tableaux ou de listes - parfois commentées - précisant certaines règles de droit de l'acte législatif. De telles annexes sont partie intégrante de l'acte avec lequel elles partagent les effets juridiques.

617 Les motifs justifiant la présence d'annexes sont variés :

- Une annexe contient une liste des activités et des unités administratives assujetties à l'acte législatif.

Exemples :

- annexe 2 de l'ordonnance sur les marchés publics (OMP, RS 172.056.11) à propos des prestations soumises à la loi ;
- annexe de l'OLOGA (RS 172.010.1).

- L'annexe sert d'aide-mémoire dans le cadre du déroulement de procédures.

Exemple :

- annexe 4 de l'ordonnance sur les marchés publics (OMP, RS 172.056.11) à propos des indications devant figurer dans un appel d'offres public concernant un marché adjugé selon la procédure ouverte ou sélective.

- L'annexe contient un tableau récapitulant les compétences et les attributions des autorités administratives.

Exemple :

- annexes 2 et 3 de l'ordonnance sur le casier judiciaire (ordonnance VOSTRA, RS 331).

- L'annexe sert à reprendre en droit suisse des éléments du droit international public (définitions, bonnes pratiques, etc.).

Exemple :

- annexe 1 de l'ordonnance sur les autorisations dans le domaine des médicaments (OAMéd, RS 812.212.1).

- Les annexes contiennent des tableaux d'émoluments.

Exemple :

- annexe de l'ordonnance sur les émoluments relatifs au publications (RS 172.041.11).

- Les annexes contiennent des listes décrivant des informations géographiques ou spécifiques à un domaine.

Exemple :

- annexe de l'ordonnance concernant l'inventaire fédéral des sites construits à protéger en Suisse (OISOS, RS 451.12).

618 Les annexes ne doivent être insérées qu'avec une certaine retenue, car d'une part leur contenu ne doit pas contredire les dispositions matérielles contenues dans le corps du texte législatif. D'autre part, il serait avisé de vérifier systématiquement qu'une annexe est réellement nécessaire. Si l'annexe a pour unique but d'illustrer les normes contenues dans l'acte législatif en vue de la mise en œuvre, des explications et des commentaires à diffuser sous forme de circulaire, par exemple, se révèlent être des moyens bien plus appropriés.

Modifications

619 Les annexes ne peuvent être modifiées que par l'autorité qui a adopté l'acte législatif dans lequel elles sont incorporées, puisqu'elles en constituent une partie intégrante. La compétence de modifier les annexes peut cependant être déléguée à une unité administrative inférieure dans le respect des règles de délégation (voir *ch. 703 ss*).

620 Si le contenu des annexes doit être actualisé et adapté à l'évolution internationale, il est possible de prévoir une clause d'adaptation des annexes. La compétence d'adapter les annexes peut être déléguée à un département ou à un office.

Exemple :

- art. 16 de la loi sur les embargos (LEmb, RS 946.231).

Publication

621 La publication des annexes dans le RS et le RO peut conduire à des difficultés en raison de leur taille ou de leur présentation. L'article 5 de la loi sur les publications officielles (RS 170.512) autorise dans ce cas à ne publier que la référence ou le nom de l'organisme auprès duquel elles peuvent être obtenues.

Exemple :

- note de bas de page aux annexes I et II de la loi fédérale sur le tarif des douanes (LTaD, RS 632.10).

622 Les offices compétents publient à diverses reprises de telles annexes sur Internet.

Exemple :

- note de bas de page à l'annexe 2 de l'ordonnance instituant des mesures à l'encontre de la Syrie (RS 946.231.172.7).
-

3ème partie : Aspects juridiques

9 Partage des compétences entre la Confédération et les cantons

Introduction

623 L'activité normative interne de l'État peut en principe être appréhendée à trois niveaux :

- au niveau fédéral: selon les art. 3 et 42, al. 1, Cst., la Confédération doit disposer d'une base constitutionnelle pour légiférer dans un domaine particulier ;
- au niveau cantonal : les cantons sont souverains dans la mesure où leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale (voir art. 3 Cst.) ;
- au niveau communal: l'autonomie des communes est garantie dans les limites fixées par le droit cantonal (voir art. 50, al. 1, Cst.). La Confédération tient compte des conséquences éventuelles de son activité pour les communes (voir art. 50, al. 2, Cst.). Ce faisant, elle prend en considération la situation particulière des villes, des agglomérations urbaines et des régions de montagne (voir art. 50, al. 3, Cst.).

624 Il est également possible qu'une réglementation résulte de conventions entre les communes, entre les cantons ou entre la Confédération et les cantons (voir art. 48 Cst. ; pour ce qui concerne les conventions fixant des règles de droit, voir le rapport du Conseil fédéral du 27 mars 2002 sur les conventions fixant des règles de droit conclues entre la Confédération et les cantons, www.bj.admin.ch > État et citoyen > Fédéralisme, pour une interprétation restrictive). Dans ce chapitre, on ne détaillera que le partage des compétences entre la Confédération et les cantons.

L'ordre de compétences de l'État fédéral

625 La Constitution règle, aux art. 3, 5*a* et 42 à 49, le partage des compétences entre Confédération et cantons ainsi que la relation entre ceux-ci.

626 L'art. 3 Cst. réserve les compétences fédérales ; en d'autres termes, chaque compétence de la Confédération est fondée sur une habilitation expresse de la Constitution. L'art. 42, al. 1, Cst. réitère cette règle.

627 La délégation de compétences à la Confédération est exhaustive, selon les art. 3 et 42, al. 1, Cst., mais toutes ne ressortent pas explicitement du texte de la Constitution fédérale. En effet, à côté des compétences fédérales explicites, il existe aussi des compétences fédérales « implicites » et des compétences fédérales « inhérentes ».

628 Les compétences dites implicites sont étroitement liées aux compétences explicites ou peuvent être déduites de ces dernières.

Exemples :

- les taxes d'incitation ;
- l'octroi d'indemnités et d'aides financières (voir préambule de la LSu, RS 616.1) ;
- le droit pénal accessoire.

629 Les compétences inhérentes de la Confédération découlent de son statut étatique : ce sont des tâches indissociablement liées à l'existence et à la nature de la Confédération. C'est en vertu de ses compétences inhérentes que la Confédération peut déterminer le jour de la fête nationale ou l'hymne national, conclure des conventions concernant le Grütli, instituer les autorités fédérales et en régler l'organisation, ou encore prendre des mesures de protection de la sécurité extérieure et intérieure de la Confédération, de ses institutions et de ses organes.

Exemples :

- convention concernant le Grütli (FF 2010 1581) ;
- loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (LMSI ; RS 120 ; voir le préambule de la version en vigueur jusqu'au 1er janvier 2022, RO 2006 3703) ;
- message concernant l'utilisation des réserves d'or et une loi fédérale sur la Fondation Suisse solidaire (FF 2000 3664, 3702) ;
- message concernant l'initiative sur la réparation (FF 2016 87, 125) ;
- message concernant la loi sur le renseignement (FF 2014 2029, 2151).

Règlementation fédérale ou cantonale ?

Principe de la subsidiarité

630 L'art. 3 Cst. accorde une compétence générale subsidiaire aux cantons : les tâches de l'État leur incombent dès lors que la Constitution ne les réserve pas à la Confédération.

631 Les principes présidant à l'attribution de tâches à la Confédération sont énoncés aux art. 5*a* et 43*a*, al. 1, Cst. Le principe de la subsidiarité veut que l'échelon supérieur de l'État assume seulement les tâches que l'échelon inférieur n'est pas en mesure d'accomplir ou qui nécessitent une règlementation uniforme (art. 5*a* Cst.). Il s'applique non seulement à la relation entre la Confédération et les cantons, mais aussi à la relation entre les cantons et les communes. Néanmoins, le principe de subsidiarité ne signifie pas qu'un concordat à l'échelle de la Suisse est automatiquement préférable à des règles uniformes dans une loi fédérale. Le principe de subsidiarité est précisé à l'art. 43*a* Cst., lequel s'adresse tant au constituant (norme d'attribution de compétences) qu'au législateur (règle d'exercice des compétences).

632 Lorsque la Confédération élabore un acte législatif dans un domaine, elle limite ou supprime fréquemment la liberté qu'avaient les cantons de légiférer dans celui-ci.

En revanche, elle peut aussi confier de nouvelles tâches aux cantons ou donner l'impulsion à une action étatique de leur part (par exemple l'aide aux victimes d'infractions en tant que tâche cantonale, art. 124 Cst.). En dépit de certains avantages, une réglementation au niveau fédéral peut présenter des inconvénients. Il convient donc d'examiner soigneusement la nécessité d'intervenir au niveau fédéral et d'étudier la portée de cette intervention. Il faut également examiner dans quelle mesure la législation complémentaire des cantons doit être réservée.

Principes de la RPT

633 Dans les messages relatifs à des projets qui concernent la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons ainsi que leur accomplissement, il faut ajouter, dans les cas où cela fait sens, au chapitre « Conséquences » des considérations sur l'observation des principes de subsidiarité et d'équivalence fiscale. L'objectif de ces explications est de garantir le respect durable des principes régissant la RPT par toutes les parties prenantes à un projet, ce qui est utile à la pérennité des principes RPT et est en quelque sorte destiné à faire contrepoids à une tendance centralisatrice qui est immanente au système (rapport du Conseil fédéral du 12 septembre 2014 concernant le respect des principes de la réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons [RPT]).

Critères de l'attribution d'une tâche

Compétence exclusive des cantons

634 Certaines circonstances justifient une compétence exclusive des cantons :

- les cantons accomplissent déjà des tâches apparentées à celle qu'il s'agit de leur confier ;
- l'utilité de la tâche est limitée au territoire cantonal ;
- la décentralisation est propre à favoriser la concurrence entre prestataires et donc des solutions bon marché et novatrices ;
- il existe une proximité entre les cantons et la tâche en question, et ils sont en mesure de l'accomplir de manière autonome ;
- une certaine proximité humaine et géographique est un atout ;
- il est souhaitable que les personnes concernées sur place saient associées dans l'accomplissement de la tâche ;
- la décentralisation est plus efficace et plus conforme aux besoins grâce à la proximité avec les citoyens ;
- les différences régionales appellent des solutions adaptées et individuelles ;
- les valeurs et traditions culturelles, morales et religieuses sont différentes selon les cantons ;
- la coopération intercantonale est en l'occurrence un bon substitut à une compétence fédérale.

Compétence attribuée à la Confédération

635 Certaines circonstances justifient l'attribution de la compétence à la Confédération :

- on recherche un effet uniforme dans tout le pays ;
- une solution uniforme est nécessaire pour éviter des inégalités des chances importantes ;
- la cohésion au niveau national est un des objectifs visés ;
- on cherche à diminuer des disparités de la participation à la prospérité ;
- la décentralisation ne serait pas efficace car elle entraînerait des redondances coûteuses, demanderait trop de coordination ou empêcherait des économies d'échelle ;
- l'égalité de traitement et la sécurité du droit sont des préoccupations de premier plan.

Exemples :

- AVS ;
- prestations individuelles de l'AI.

- il est nécessaire d'édicter des règles et des normes uniformes, pour des raisons techniques ;

Exemples :

- réglementation du secteur financier ;
- routes nationales (infrastructure de réseau).

Collaboration intercantonale

636 Les cantons peuvent aussi accomplir des tâches dans le cadre d'une collaboration intercantonale. Le simple fait qu'une partie des cantons ne dispose pas des capacités pour effectuer une tâche déterminée ne saurait constituer à lui seul un argument suffisant pour justifier une solution sur le plan fédéral. L'art. 48, al. 4, Cst. permet à des organes intercantonaux, sous certaines conditions, d'édicter des dispositions contenant des règles de droit. L'art. 48*a* Cst. donne même au Parlement la possibilité, dans un certain nombre de domaines, de donner force obligatoire générale à des conventions intercantonales ou d'obliger certains cantons à adhérer à des conventions intercantonales. Il convient toutefois de ne faire usage de cette compétence qu'en dernier recours et seulement à la requête des cantons intéressés.

Autonomie organisationnelle et financière des cantons

637 Au moment d'attribuer des tâches à la Confédération ou aux cantons, il faut aussi examiner si la Confédération prend garde aux intérêts et aux compétences des cantons et respecte leur autonomie organisationnelle et financière (art. 47, al. 2, Cst.).

Ampleur de l'intervention

S'il est démontré que la Confédération doit agir, il y a lieu de définir la portée et l'ampleur de l'intervention. En particulier, on déterminera quels instruments d'action la Confédération utilisera dans ses relations avec les cantons. Il s'agit d'apprécier, dans une perspective fédéraliste, les avantages et les inconvénients des instruments d'action de l'État (voir *ch. 827 ss*). *638*

Instruments fédéraux	Avantages	Inconvénients
Consultation, prestations de service (par exemple élaboration de lois modèles), formation, documentation	Exigences modestes s'agissant de la base constitutionnelle, « mesures souples »	Présuppose que les cantons soient motivés ; peut difficilement réduire les différences entre les cantons
Indemnités et aides financières	« Gestion orientée sur des objectifs » ; l'instrument des conventions-programmes permet à la Confédération de se concentrer sur la fixation d'objectifs	Incidences sur les finances fédérales
Dispositions laissant une marge de manœuvre aux cantons	Les cantons sont en mesure de trouver des solutions répondant à leurs propres besoins	Différences d'application selon les cantons
Dispositions ne laissant aucune marge de manœuvre aux cantons	Il est possible de trouver des solutions uniformes pour l'ensemble de la Suisse	La possibilité de trouver des solutions adaptées à la situation de chaque canton n'existe plus

Équivalence fiscale

Le principe de l'équivalence fiscale (art. 43*a*, al. 2 et 3, Cst.) exige la convergence auprès d'une même autorité du pouvoir de décider, du bénéfice et du financement des tâches étatiques (plus simplement : qui paie décide). C'est donc la même collectivité publique (Confédération, canton ou commune) qui doit : *639*

- décider des prestations à régler ;
- bénéficier de ces prestations ;
- en supporter le coût.

Pour déterminer si le principe de l'équivalence fiscale est respecté, on peut se poser les questions suivantes : *640*

- Quel est l'échelon de l'État qui profite des biens ou des services visés par l'acte normatif ? Si ceux-ci apportent un bénéfice national, le financement des prestations sera la tâche de la Confédération. S'ils apportent un bénéfice à quelques cantons, le financement des prestations sera la tâche des cantons.
- Le partage des coûts défini par l'acte normatif répond-il au partage des compétences décisionnelles entre la Confédération et les cantons ?

Explications dans le message

641 Le message adressé au Parlement doit exposer si le principe de la subsidiarité (art. 5*a* et 43*a*, al. 1, Cst.) et le principe de l'équivalence fiscale (art. 43*a*, al. 2 et 3, Cst.) sont respectés lorsque :

- le projet touche substantiellement au partage des compétences ou de l'accomplissement des tâches entre la Confédération et les cantons et que ses conséquences financières pour la Confédération et les cantons excèdent 10 millions de francs ;
- le partage des compétences ou de l'accomplissement des tâches entre la Confédération et les cantons donnera lieu, selon toutes prévisions, à des dissensions.

Voir l'aide-mémoire sur la présentation des messages du Conseil fédéral, ch. 7.5.

Types de partage des compétences entre la Confédération et les cantons

Aperçu

642 Pour attribuer une compétence à la Confédération et pour délimiter les tâches respectives de la Confédération et des cantons, la doctrine en droit constitutionnel suisse utilise plusieurs critères, dont les principaux sont exposés dans les paragraphes qui suivent.

Attribution de compétences à la Confédération

643 L'attribution d'une compétence à la Confédération peut se fonder sur trois points :

- domaine de fait et de droit (par exemple, affaires militaires, art. 60 Cst., banques et assurances, art. 98 Cst.) ;
- problématique ou domaine transversal (par exemple, protection de l'environnement, art. 74 Cst.) ;
- fonction étatique (législative, administrative ou juridictionnelle, par exemple, attribution de la mise en œuvre aux cantons sous réserve du droit fédéral, par exemple, protection des animaux, art. 80, al. 3, Cst.)

Rapports entre les compétences fédérales et les compétences cantonales

644 On distingue plusieurs types de partage de compétences, en fonction des rapports entre les compétences fédérales et les compétences cantonales.

- **Compétence fédérale exclusive :** la Confédération est seule compétente ; la compétence cantonale antérieure disparaît immédiatement et complètement dès l'inscription de la compétence fédérale dans la Constitution.

Exemples :

- monnaie et billets de banque (art. 99, al. 1, Cst.) ;
- douane (art. 133 Cst).

- **Compétence fédérale concurrente** (qui jouit d'une force dérogatoire subséquente) : les cantons peuvent continuer à légiférer aussi longtemps que la Confédération ne le fait pas elle-même. C'est le cas type de l'attribution de compétences à la Confédération et aux cantons.

Exemple :

- protection de l'environnement (art. 74 Cst.)

- **Compétences parallèles :** la Confédération et les cantons sont compétents dans un même domaine, chacun dans son champ de compétence et en accord mutuel.

Exemples :

- promotion de la culture (art. 69 Cst.) ;
- sécurité (art. 57 Cst.) ;
- impôts directs (art. 128 Cst.).

- **Compétence subsidiaire ou conditionnelle :** la Confédération est compétente lorsque la matière n'est pas réglée par les cantons.

Exemple :

- harmonisation de l'instruction publique (art. 62, al. 4, Cst.)

Portée des compétences législatives

Les compétences fédérales peuvent être classées en fonction de leur portée : *645*

- **Compétences fédérales globales :** la Confédération est autorisée à réglementer l'ensemble d'un domaine ou une problématique particulière sous ses multiples aspects.

Exemples :

- la législation militaire (art. 60, al. 1, Cst.) ;
- la législation sur chemins de fer (art. 87 Cst.).

- **Compétences fédérales fragmentaires :** la Confédération ne peut réglementer un domaine que partiellement ou que dans une direction particulière.

Exemples :

- la protection de la santé (art. 118 Cst.) ;
- les impôts directs (art. 128, al. 1, Cst.).

- **Compétence législative limitée aux principes :** la Confédération ne peut réglementer un domaine que dans ses grandes lignes (« [...] la Confédération fixe les principes »). Dans ce contexte, on parle parfais de législation cadre. La Confédération ne peut régler les détails que de manière ponctuelle et limitée.

Exemples :

- aménagement du territoire (art. 75, al. 1, Cst.) ;
- forêts (art. 77, al. 2, Cst.) ;
- chemins et sentiers pédestres, pistes cyclables (art. 88, al. 1, Cst.).

- **Compétence de promotion :** la Confédération n'a qu'une compétence de promotion, de sorte que les cantons ont une compétence originaire.

Exemple :

- les langues (art. 70, al. 3 à 5, Cst.).

Obligation ou habilitation

646 Enfin, les compétences fédérales peuvent se fonder sur une *obligation* de la Confédération (par exemple à l'art. 107 Cst. concernant les armes et le matériel de guerre) ou sur une *habilitation* (formulation potestative, par exemple à l'art. 81 Cst. concernant les travaux publics).

Marge de manœuvre des cantons

En général

647 S'il est nécessaire de légiférer au niveau fédéral, il est possible de laisser aux cantons une certaine marge de manœuvre, par exemple par les moyens suivants :

- en fixant des objectifs et en laissant les cantons choisir les moyens juridiques nécessaires, ou la manière de les mettre en œuvre ;

Exemple :

- ordonnance sur la protection de l'air (OPair ; RS 814.318.142.1), notamment à l'art. 31.

- en réglant la matière considérée dans les grandes lignes : principes, standard minimal, options de règlementations.

Exemple :

- loi sur l'aménagement du territoire (LAT ; RS 700).

Marge de manœuvre dans les affaires étrangères

648 Les affaires étrangères sont du ressort de la Confédération en vertu de l'art. 54, al. 1, Cst. La compétence de la Confédération de conclure les traités internationaux s'étend à tous les domaines, y compris ceux qui relèvent de la compétence des cantons comme la police, la culture, l'école ou les impôts. La compétence matérielle de la Confédération dans les affaires étrangères est donc plus large que sa compétence législative. Toutefois, la mise en œuvre des traités internationaux est régie par la répartition des compétences prévue dans la Constitution. Ainsi, lorsque la Confédération adhère à un traité international dont l'objet relève de la compétence des cantons, elle ne saurait se fonder sur ce traité pour édicter les dispositions législatives de mise en œuvre. Cette tâche incombe aux cantons.

Exemples de la pratique des autorités fédérales :

- FF 1994 II 604, 1999 II 1345, 2000 859, 2002 583, 2005 926 et 980, 2006 2141 et 2180.

649 La Confédération doit tenir compte des compétences des cantons et sauvegarder leurs intérêts (v. art. 54, al. 3, Cst.). Elle fait donc un usage mesuré de sa compétence très étendue en matière de conclusion des traités internationaux, dans le sens où elle ne conclut en principe pas de traités qui touchent les compétences des cantons et que ces derniers rejettent.

Exemples :

- message concernant la ratification du protocole additionnel à la charte européenne de l'autonomie locale, FF 2016 6737, 6739 s. ;
- message concernant les accords avec l'Albanie et la Macédoine sur la coopération policière en matière de lutte contre la criminalité, FF 2006 2127, 2141 ;
- message concernant l'accord avec la Roumanie sur la coopération policière en matière de lutte contre la criminalité, FF 2006 2167, 2180.

650 Outre le droit de conclure des traités internationaux, la Confédération dispose d'une compétence générale en matière d'affaires étrangères ; cela signifie qu'elle a le droit d'édicter des actes normatifs internes (lois, arrêtés de crédit) qui concernent les relations avec l'étranger.

Exemples :

- loi fédérale sur des mesures de promotion civile de la paix et de renforcement des droits de l'homme (RS 193.9) ;
- loi sur l'État hôte (LEH ; RS 192.12) ;
- loi sur les valeurs patrimoniales d'origine illicite (LVP ; RS 196.1).

10 Droits fondamentaux

Définition

651 dans la Constitution qui protègent les particuliers dans leurs rapports avec l' État. Ils sont le pendant *interne* des droits humains qui sont, pour leur part, contenus dans des conventions internationales.

652 La notion de droits humains englobe l'ensemble des protections particulières consacrées par les Nations Unies dans des conventions générales (Pacte ONU I et II) et particulières (Convention relative aux droits de l'enfant [CDE], ou Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes [CEDEF], par exemple). Les droits humains ne sont pas toujours justiciables, et une analyse au cas par cas des dispositions du droit international est nécessaire pour connaître leur portée juridique en Suisse (voir chapitre 11, ch. 682 ss).

Les droits fondamentaux en droit interne

Le catalogue des droits fondamentaux et les garanties de l'État de droit

653 La Constitution de 1999 a codifié une grande partie des droits fondamentaux reconnus par l'ancienne Constitution, et par la jurisprudence du Tribunal fédéral. On parle dès lors de "catalogue" des droits fondamentaux en Suisse avec les articles 7 à 34 Cst.

654 Ces différents droits sont garantis et doivent être réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique (art. 35, al. 1 Cst.). Les autorités, tant fédérales que cantonales, doivent veiller à respecter et mettre en oeuvre le catalogue des droits fondamentaux (art. 35, al. 2 Cst.).

655 Les particuliers peuvent se prévaloir des droits du catalogue, et en vérifier la bonne application par les autorités. À l'encontre des autres particuliers, les droits fondamentaux ne peuvent par principe pas être invoqués. Il arrive toutefois que la législation mette en oeuvre indirectement les droits fondamentaux dans les rapports entre particuliers (art. 35, al. 3 Cst.). Dans de tels cas, les droits fondamentaux constitutionnels servent de soutien à l'interprétation et à l'application de la législation.

Exemples:

- la protection de la personnalité contre les atteintes (art. 28 CC) met en oeuvre indirectement la liberté personnelle (art. 10, al. 2, 2ème phrase Cst.)
- la protection de la personnalité du travailleur (art. 328 CO) impose à l'employeur un devoir de respect de la liberté personnelle (art. 10, al. 2, 2ème phrase), ainsi que dans une certaine mesure de l'interdiction de la discrimination (art. 8, al. 2 et 3 Cst.)

Les buts sociaux

Les buts sociaux ne font pas partie du catalogue des droits fondamentaux, en ce sens qu'ils ne sont pas des "droits" mais uniquerment des aspirations devant guider les autorités à soutenir une série d'objectifs sociaux. 656

Les buts sociaux ne sont pas justiciables (art. 41, al. 4 Cst.), et n'attribuent pas de compétence nouvelle (art. 41, al. 3 Cst.). En conséquence, la portée juridique des buts sociaux est restreinte, et une mise en oeuvre législative serait nécessaire pour en déduire un certain effet justiciable. Les buts sociaux doivent toutefois être pris en compte lors de l'interprétation conforme et concordante des dispositions du droit fédéral, et du droit cantonal. 657

Les droits humains à l'international

Outre les droits fondamentaux contenus dans la Constitution fédérale, les conventions internationales de protection des droits humains pertinentes jouent un rôle important dans l'interprétation des dispositions légale. 658

Convention européenne des droits de l'homme

La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH ; RS 0.101) est entrée en vigueur pour la Suisse le 28 novembre 1974. Les droits de l'homme et les libertés fondamentales inscrites dans la CEDH et ses protocoles additionnels ont une portée analogue aux droits fondamentaux de la Constitution. Du point de vue procédural, le Tribunal fédéral les traite depuis toujours de la même manière que les droits fondamentaux garantis par la Constitution fédérale (ATF 101 Ia 67). 659

Si la Constitution fédérale ou une constitution cantonale reconnaît un droit fondamental d'une portée plus vaste que la CEDH, c'est le droit suisse qui s'applique (v. art. 53 CEDH). À l'inverse, la CEDH est déterminante si elle offre une protection plus étendue. Le Tribunal fédéral a jugé que c'était le cas à diverses occurrences. 660

Exemples :

- droit de répliquer dans la procédure de mise en liberté, art. 5, par. 4, CEDH (ATF 114 Ia 84, cons. 3) ;
- protection de la vie familiale, art. 8, par. 1, CEDH (ATF 109 Ib 183, cons. 2a).

La CEDH revêt une grande importance pour l'ensemble de l'ordre juridique suisse. Le Tribunal fédéral prend en compte les arrêts et autres décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, même lorsqu'ils n'ont pas été rendu contre la Suisse. 661

Exemples :

- la règlementation sur le placement à des fins d'assistance (voir art. 426 ss CC) a sa source dans l'art. 5 CEDH ;
- la révision du code pénal militaire et de la procédure pénale militaire en 1979 découle d'un jugement de la Cour européenne des droits de l'homme (Engel *c/Pays-Bas*, Série A n° 22) ;
- le Tribunal fédéral a tiré de manière préventive les conséquences de l'arrêt De Cubber *c/Belgique* (Série A vol. 86) en déclarant contraire à l'art. 6, par. 1, CEDH, le système de l'union personnelle du juge d'instruction et du juge du fond (voir ATF 112 Ia 290) ;
- dans l'ATF 131 I 455, cons. 1.2, le Tribunal fédéral a reconnu le droit à une enquête officielle effective et approfondie de celui qui prétend de manière défendable avoir été traité d'une façon dégradante par un fonctionnaire de police, en s'appuyant sur un arrêt de la Cour concernant la Bulgarie et l'Autriche.

662 La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est abondante. Il est donc important de se renseigner sur l'état de la jurisprudence de la Cour. Nous renvoyons à la plateforme de partage de connaissances de la CEDH (CEDH-KS) qui a pour but le partage des connaissances sur la jurisprudence découlant de la Convention et aux rapports trimestriels de la jurisprudence de la Cour de l' Office fédéral de la justice.

Autres conventions relatives aux droits de l'homme

663 L'Assemblée générale de l'ONU a adopté de nombreuses Conventions en matière de droits humains. Les deux principales étant les deux pactes ONU, l'un portant sur les droits civils et politiques, et l'autre sur les droits sociaux. Ils sont entrés en vigueur le 18 septembre 1992 pour la Suisse.

664
- Le Pacte I de l'ONU (Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels; RS 0.103.1) garantit des droits dont le Tribunal fédéral considère qu'ils ne sont, en général, pas directement applicables (v. ATF 130 I 113, cons. 3.3, concernant l'augmentation des taxes universitaires).
- Le Pacte II de l'ONU (Pacte international relatif aux droits civils et politiques; RS 0.103.2) contient, aux art. 6 à 27, des droits de l'homme classiques. Ils sont en général directement applicables et le Tribunal fédéral les traite comme les droits consacrés par la CEDH (v. ATF 120 Ia 247, cons. 5a ; 122 I 109, cons. 3c).
- D'autres Conventions avec un but spécifique ont été ratifiées par la Suisse. Elles se trouvent au RS 0.104ss.

Le rôle des droits fondamentaux dans le contrôle préventif des actes normatifs

Principe du contrôle préventif

L'art. 141, al. 2, let. a de la Loi sur le Parlament (LParl) oblige le Conseil fédéral, dans les messages qu'il adresse aux Chambres fédérales, à se prononcer sur la constitutionnalité du projet d'acte législatif, notamment sur ses effets sur les droits fondamentaux. On veut ainsi éviter que le Conseil fédéral soumette au Parlement un projet contraire à la Constitution. Les droits fondamentaux jouent donc un rôle de première importance lors du contrôle préventif des actes normatifs. *665*

Le fait que les tribunaux ne peuvent pas refuser d'appliquer une loi fédérale qui s'avèrerait inconstitutionnelle (v. art. 190 Cst.) ne dispense pas le législateur fédéral de veiller à adopter des actes normatifs conformes aux droits fondamentaux et humains. Il est donc important qu'un contrôle préventif de la constitutionnalité des actes législatifs que le Conseil fédéral propose à l'Assemblée fédérale soit assuré. Il en va de même pour les ordonnances du Conseil fédéral ou d'autres autorités. Le contrôle préventif est notamment garanti par la consultation des offices et l'implication de l'Office fédéral de la Justice. *666*

En particulier, si une restriction de droits fondamentaux est prévue, les conditions requises à cet égard doivent être réunies. Le contrôle juridique préventif est nécessairement abstrait. Il implique de veiller à ce que les règles de droit élaborées puissent être appliquées de manière conforme aux droits fondamentaux. Même si les règles de droit doivent être interprétées de manière conforme à la Constitution, on tient compte de la portée de l'atteinte aux droits fondamentaux en cause, de la possibilité d'obtenir ultérieurement, par un contrôle concret de la norme, une protection juridique suffisante, des circonstances concrètes dans lesquelles ladite norme sera appliquée, plus globalement de la vraisemblance d'une application conforme aux droits fondamentaux (cf. pour la jurisprudence constitutionnelle sur les actes cantonaux: ATF 145 I 73 consid. 2, p. 83; 143 I 1 consid. 2.3 p. 6).

Restrictions

Les droits fondamentaux ne sont en principe pas conçus comme des droits absolus. Cela signifie que le législateur peut prévoir des limitations. Plusieurs éléments doivent être pris en compte lorsque l'on prévoit une limitation à un droit fondamental. *667*

Les règles impératives du droit international

L'examen de la justiciabilité du droit international repose sur le caractère "self-executing" de la norme (voir ch 682). Il existe toutefois une série de droits humains qui est considérée comme trop importante pour ne pas être respectée, ou appliquée. Ces règles sont considérées comme *impératives* et ne peuvent jamais être limitées. *668*

669 Les règles impératives du droit international, ou ius cogens, recoupent des règles qui font l'objet d'un consensus international quant à leur importance morale et symbolique. Les États s'engagent à toujours respecter (et mettre en oeuvre) un droit qui ferait partie du ius cogens (voir ch 446).

Les libertés fondamentales

670 L'écrasante majorité des droits fondamentaux peuvent toutefois faire l'objet de limitations. Les autorités sont en principe libres de prévoir des bases légales à cet effet. Les exigences pour pouvoir valablement restreindre la portée d'un droit fondamental dépend alors de la nature dudit droit. Pour les libertés (art. 10, al. 2, 13, al. 1, 15 à 24, 27 et 28 Cst.), les autorités doivent respecter les exigences de l'article 36 Cst. :

1. *base légale* : l'exigence d'une base légale permet de légitimer démocratiquement les interventions de l'Etat et à la sécurité juridique. Plusieurs éléments sont à prendre en compte relativement à l'exigence de la base légale, notamment :

– Les bases légales doivent être suffisamment précises pour que les destinataires de la réglementation puissent adapter en conséquence leur comportement.

– Le niveau normatif et la densité de la base légale dépend de l'intensité de l'atteinte à la liberté. Plus l'atteinte est grave, plus la base légale doit être claire. En cas d'atteinte grave, une base légale formelle est nécessaire, alors qu'une base légale matérielle (par exemple une ordonnance) peut suffire en cas d'atteinte légère.

Exemple

- L'interdiction de manifester est une atteinte grave à la liberté de réunion (ATF 148 I 19), et la destruction d'un téléphone portable est une atteinte grave à la propriété (Arrêt 1B_493/2021 du 5.11.2021).

– La formulation de la base légale devra permettre aux autorités de se comporter de manière conforme aux droits fondamentaux.

Exemple

- Le refus d'une autorisation générale pour une entreprise afin d'organiser des jeux extérieurs dans tous les espaces forestiers du canton de Genève n'est pas une atteinte grave à la liberté économique, puisque des autorisations ponctuelles et localisées sont possibles (Arrêt 2C_397/2023 du 24.5.2024).

2. *intérêt public* : la restriction doit être justifiée par un intérêt public. On pense en premier lieu aux mesures prises par l'État pour préserver le bien public, notamment les valeurs dites parfois « de police » (l'ordre public, la tranquillité, la moralité, la sécurité et la santé publiques, la bonne foi dans les affaires) et les droits fondamentaux d'autrui ;

3. *proportionnalité* : la restriction doit être proportionnée au but visé. Ce critère se décompose en trois aspects :
   - l'aptitude : la mesure doit être apte à atteindre le but d'intérêt public visé.
   - la nécessité : la mesure doit être nécessaire pour atteindre le but visé. Autrement dit, il faut s'en abstenir si une mesure moins contraignante suffit.
   - la proportionnalité au sens étroit ou adéquation entre le but et l'effet de la mesure : il doit y avoir un rapport raisonnable entre le but de la mesure envisagée et l'effet de cette mesure. Il convient de mettre en balance l'intérêt public et les intérêts privés.

4. *sauvegarde de* l'essence *des droits fondamentaux* : l'essence des droits fondamentaux est inviolable.

Exemple:

- Une base légale prévoyant la limitation des réunions à 10 personnes en cas de crise sanitaire répond à l'intérêt public de la santé publique (limitation de la liberté de réunion ; art. 22 Cst.). Elle est proportionnée dans ce sens où la limitation à un nombre donné de personne est apte à limiter les transmissions d'un virus, est nécessaire pour canaliser la dispersion du virus. La proportionnalité au sens étroit doit être examinée en fonction des faits précis dont on a connaissance sur le virus, son mode de tranmission et son caractère contagieux. Une limite à 10 personnes doit alors être la limite la plus sûre en fonction de ces éléments. Quant à l'essence de la liberté de réunion, elle est préservée du moment où l'on interdit pas purement et simplement la possibilité pour deux (ou plus) personnes de se réunir et d'échanger.

Les autres droits et garanties fondamentales

671 Les quatre éléments ci-dessus conditionnant la restriction des droits fondamentaux sont pensés en référence aux libertés individuelles (FF 1997 I 196). Leur application aux autres garanties fondamentales ne fait pas l'unanimité. Il est toutefois arrivé que le Tribunal fédéral et la doctrine s'y rapportent aussi pour les autres droits fondamentaux (v. Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, n° 302 ss).

Prévoir une limitation des autres droits fondamentaux, et des garanties fondamentales demande toutefois des arguments propres à ceux-ci. L'article 36 Cst. peut servir de schéma de pensée, mais certains éléments doivent être examinés plus en profondeur.

Exemples:

- En cas de restriction au principe de l'égalité (art. 8, al. 1 Cst.), le législateur doit présenter une argumentation renforcée sur le besoin de prévoir une inégalité de traitement. L'intérêt public dans un tel cas doit être légitime, et la proportionnalité doit être examinée en détail (ATF 149 I 125 - impôt foncier).
- Les garanties de procédure (art. 29 à 32 Cst.) ne peuvent souffrir des limitations que si elles sont justifiées par un besoin impérieux supérieur. De telles limitations doivent toujours être ancrées dans la loi. Certains éléments des garanties de procédure sont toutefois considérés comme du *ius cogens* comme par exemple le principe *nulla poena sine lege* (art. 31, al. 1 Cst.), ou le principe d'un tribunal indépendant (art. 30, al. 1 Cst.). L'examen de la proportionnalité aux limitations des garanties de procédures doit être très strict.
- La garantie de l'accès au juge (art. *29a* Cst.) est particulièrement importante pour assurer une protection judiciaire suffisante, peu importe le domaine du droit. Lors de l'examen d'un projet législatif, il est nécessaire de s'assurer que le projet garantisse un accès suffisant à la justice. Si une exception devait être prévue, celle-ci doit reposer sur une base légale formelle (ATF 149 I 146 - subvention discrétionnaire).

11 Compatibilité avec le droit international

Aperçu

Le droit international est un élément essentiel de notre ordre juridique. D'abord en quantité : il suffit, pour s'en convaincre, de contempler la partie internationale du RS (n° de RS commençant par « 0. »). En outre, il conditionne de manière décisive la législation interne et porte sur l'ensemble des activités de l'État. 672

Généralités

Notion et champ d'application

Le droit international public (ou droit des gens, *Völkerrecht* , *diritto internazionale pubblico* ou *diritto delle genti* , *public international law*) règle non seulement les relations entre États, mais aussi, dans une certaine mesure, les droits et devoirs des individus au sein de leur propre État (protection des Droits de l'Homme, droit pénal international), ainsi que les organisations internationales et leurs relations avec les États. 673

Les relations relevant du droit international peuvent être bilatérales, multilatérales, régionales ou mondiales. Le droit de l'Union européenne (dit droit européen , *Europarecht* , *diritto Europeo* , *European law*) a une place particulière. Il se développe dans ce cadre un droit *sui generis* qui se laisse toujours plus difficilement appréhender dans les catégories traditionnelles du droit international public. 674

Sources

Les traités internationaux sont la source la plus importante du droit international public. Les autres sources sont le droit coutumier, soit la pratique générale acceptée comme étant le droit, et les principes généraux de droit, soit les principes essentiels des législations nationales. Ces sources de droit sont inscrites à l'art. 38, al. 1, let. a à c, du Statut de la Cour internationale de justice du 26 juin 1945 (Statut de la CIJ ; RS 0.193.501). 675

En revanche, les décisions judiciaires et la doctrine ne sont pas des sources du droit international public; il s'agit de moyens auxiliaires à la détermination des règles de droit (art. 38, al. 1, let. d, du Statut de la CIJ). Les arrêts de la Cour internationale de justice de La Haye revêtent une importance particulière. 676

À côté de ces sources de droit dites primaires s'est développée une source de droit secondaire : certains traités fondateurs d'organisations internationales autorisent leurs organes à prendre des décisions contraignantes pour leurs États membres. On citera par exemple les résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU au sens de l'art. 25 de la Charte des Nations Unies du 26 juin 1945 (RS 0.120). 677

« Droit mou »

678 On appelle « droit mou » (*soft law*) des règles qui ne sont pas juridiquement contraignantes mais qui suscitent certaines attentes auxquelles les intéressés ne peuvent se soustraire entièrement. Ce sont par exemple les résolutions de l'Assemblée générale de l'ONU, certains accords internationaux non contraignants tels que ceux du domaine du contrôle de l'armement, ou encore les recommandations du Conseil de l'Europe. La jurisprudence et la conviction juridique des États peuvent transformer du droit mou en droit coutumier.

Les rapports entre droit interne et droit international

Les trois critères déterminant cette relation

679 Les rapports entre droit interne et droit international dépendent de trois éléments :

- validité : le droit international acquiert-il force de loi immédiate à l'intérieur de l'État (monisme), ou doit-il être repris par un acte de droit national pour être valable (dualisme) ?
- application : peut-il être appliqué directement par les autorités et les tribunaux ou bien doit-il faire l'objet d'un acte d'exécution ?
- rang : en cas de conflit de normes, le droit international prime-t-il le droit national, ou l'inverse?

Validité

680 L'ordre juridique suisse est fondé sur une tradition moniste. Les traités internationaux que la Suisse conclut font automatiquement partie intégrante de son ordre juridique dès leur entrée en vigueur au sens du droit international, sans qu'il y ait besoin d'un acte dit de « transformation » ou de « réception » (contrairement aux États dualistes comme l'Allemagne ou l'Italie).

681 Le système moniste découle implicitement de la Constitution, qui ne prévoit pas de procédure permettant de transformer le droit international en droit interne. L'arrêté d'approbation d'un traité international par l'Assemblée fédérale ne constitue pas un acte de transformation. En effet, l'approbation n'est pas soumise à la procédure législative. Sous la forme d'un arrêté fédéral (art. 163, al. 2, Cst.), il est publié dans le RO en même temps que le traité.

Application

682 Sont directement applicables (ou justiciables ou *self-executing*) les normes de droit international qui sont suffisamment concrètes et précises pour que des personnes physiques ou morales en retirent des droits et des obligations sur lesquels elles pourront fonder une action devant les autorités judiciaires et administratives. Le Tribunal fédéral connaît des contestations pour violation du droit international (art. 189, al. 1, let. b, Cst.).

Pour fonder des obligations envers les particuliers, les traités internationaux doivent être publiés au RO (art. 8 LPubl). 683

Ne sont pas directement applicables (c'est-à-dire sont non justiciables ou *non-self-executing* ou *executory*) les normes de nature programmatoire et les dispositions qui s'adressent aux États. Elles doivent être concrétisées par le législateur national avant de fonder des droits et obligations pour les particuliers et de pouvoir être invoquées devant les autorités administratives et judiciaires (v. *ch. 531 ss*). 684

Pour concrétiser le traité international, il faudra par exemple déterminer dans un acte normatif à qui s'adressent les droits et les obligations ou quelle est leur étendue exacte (conditions pour faire valoir un droit). On pourra aussi avoir à désigner les autorités compétentes et à fixer les voies de recours (compétences et procédures). 685

La question de l'application directe se pose aussi pour le droit de l'UE que la Suisse reprend dans un accord bilatéral. 686

- Les règlements de l'UE sont contraignants pour tous les Etats membres et s'appliquent directement. Les Etats membres n'ont pas le droit de les concrétiser par des actes nationaux. Comme la Suisse n'est pas membre de l'Union, elle n'est pas tenue par cette règle. C'est en fonction des règles générales d'interprétation des traités internationaux que l'on détermine si un règlement de l'UE est directement applicable en Suisse ou doit être concrétisé en droit interne, en particulier selon que ses dispositions sont justiciables ou non.
- Les Etats membres de l'UE sont tenus de mettre en œuvre les directives européennes dans leur droit national. La Suisse a quant à elle une marge de manœuvre. Elle ne transpose en droit suisse que les dispositions des directives qui ne sont pas directement applicables. De plus, seules les dispositions ayant un cadre normatif doivent être reprises dans un acte fixant des règles de droit (v. art. 22, al. 4, LParl). Les passages ressortissant plutôt au commentaire sont à intégrer dans des aides à la mise en œuvre, telles que des instructions administratives, des listes de contrôles, etc. (v. *ch. 547 ss*). Dans le cas d'une loi fédérale, ils peuvent simplement être mentionnés dans le message.

Rang

La question du rang d'une norme de droit international se pose lorsque celle-ci a force de loi en Suisse, est directement applicable et se trouve en conflit avec le droit interne, c'est-à-dire lorsque le droit interne ne peut pas être interprété de manière conforme au droit international. La Constitution fédérale ne règle pas explicitement cette question. 687

Le Tribunal fédéral a développé la jurisprudence « Schubert » (ATF 99 Ib 39) nuancée par la jurisprudence « PKK » (ATF 125 II 417), qui, très schématiquement, fondent les règles de résolution des conflits suivantes : 688

1. en principe, le droit international prime le droit interne ;
2. si l'Assemblée fédérale a dérogé au droit international en pleine connaissance de cause, la loi fédérale prime (exception au principe) ;
3. cette exception en cas de violation délibérée du droit international par le législateur ne vaut toutefois pas par rapport aux droits de l'homme garantis par le droit international, par exemple la CEDH. La primauté de l'accord sur la libre circulation des personnes conclu avec l'Union européenne sur le droit national n'est pas définitivement établie (pro: ATF 142 II 35, consid. 3.3; contra: ATF 6B_378/2018, consid. 4.3.4 et ATF 6B_48/2019).

689 Concernant certaines questions particulières, notamment celle des conflits entre le droit constitutionnel et le droit international, la pratique des autorités et des tribunaux n'est pas encore bien fixée.

690 Ceci mis à part, quelques actes de droit fédéral prévoient la primauté du droit international (art. 1, al. 2, LDA : « Les accords internationaux sont réservés » ; voir aussi l'art. 1, al. 2, LDIP ou l'art. 2 LEI, où la réserve porte sur des accords internationaux bien précis). Une telle disposition n'a toutefois qu'un caractère déclaratoire et devrait être évitée.

691 En revanche, il peut être utile – et cette manière de faire est de plus en plus fréquente en pratique – de prévoir une disposition obligeant le Conseil fédéral à prendre en considération des normes ou des recommandations de droit international lorsqu'il édicte des dispositions d'exécution.

Exemples :

- art. 4, al. 2, de la loi fédérale sur la sécurité des produits (LSPro ; RS 930.11) ;
- art. 39, al. 1, de la loi sur les produits chimiques (RS 813.1).

Force obligatoire du droit international

692 Lorsque la Suisse déroge à ses engagements internationaux, elle voit sa responsabilité engagée au regard du droit international. L'art. 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (RS 0.111) explicite l'adage *pacta sunt servanda* en précisant que les États sont liés par les traités en vigueur et doivent les exécuter de bonne foi. L'art. 27 de la Convention de Vienne interdit aux États de se dégager de ces liens en invoquant les dispositions de leur droit interne.

Moyens auxiliaires :

- rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne (FF 2010 2067) ;
- rapport additionnel du Conseil fédéral du 30 mars 2011 au rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne (FF 2011 3401).

Examen de la compatibilité d'un projet législatif avec le droit international

693 Pour tout projet législatif, il convient d'examiner la compatibilité avec les engagements internationaux pris par la Suisse. Il est donc indispensable de consulter la partie internationale du Recueil systématique.

694 Il peut s'adresser éventuellement à la Direction du droit international public du DFAE pour s'assurer que les sources dont il dispose sont exhaustives ou, le cas échéant, pour demander une interprétation d'une norme de droit international.

695 Les messages du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale doivent comporter, si nécessaire, un chapitre consacré à l'examen de la compatibilité du projet d'acte législatif avec les engagements internationaux conclus par la Suisse (art. 141, al. 2, let. a, LParl).

Rapport avec le droit de l'Union européenne

696 Les messages du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale et les propositions au Conseil fédéral relatives aux ordonnances doivent toujours aborder la question du droit européen. Il s'agit d'examiner dans quelle mesure les dispositions proposées ayant des conséquences internationales sont compatibles avec les actes de droit européen en vigueur ou en préparation qui ne lient pas la Suisse. L'objectif est ici d'éviter de créer, involontairement et sans que ce soit nécessaire, de nouvelles disparités juridiques qui feront obstacle à la reconnaissance mutuelle des différents ordres juridiques que l'on cherche en principe à instaurer au niveau européen (voir FF 1988 III 233, 365). Les accords bilatéraux entre la Suisse et l'UE, eux, sont traités dans le chapitre sur la compatibilité avec les engagements internationaux de la Suisse.

697 La procédure suivante est prévue pour examiner la compatibilité avec le droit européen (voir FF 1988 III 233, 440) :

- l'office fédéral dont émane le projet de loi ou d'ordonnance décrit lui-même la situation juridique européenne et sa relation avec le projet en question ;
- la Direction des affaires européennes analyse ensuite le texte sous l'aspect de la politique d'intégration et vérifie que tous les développements importants en cours dans l'UE ont été pris en compte ;
- la Direction du droit international public traite de toutes les questions de droit international public qui se posent dans le développement des relations entre la Suisse et l'UE ;
- l'Office fédéral de la justice assiste les services fédéraux compétents dans leur activité normative et, au besoin, fait des propositions visant à assurer la compatibilité du droit suisse avec le droit européen.

12 Légalité, délégation des compétences législatives et renvois

Principe de la légalité

Principe

698 Le droit est la base et la limite de l'activité de l'État : c'est sur cette maxime, fixée à l'art. 5, al. 1, Cst., que repose tout notre ordre juridique. Le principe de la légalité implique que tout acte étatique repose sur une norme générale et abstraite suffisamment précise, édictée et rendue publique (art. 8 LPubl ; v. *ch 32 ss*) par l'autorité compétente au niveau normatif requis.

699 Les normes (loi, ordonnances...) sont générales — parce qu'elles s'adressent à un cercle de destinataires qui n'est pas défini de manière précise — et abstraites — parce qu'elles visent un nombre indéterminé de situations concrètes (voir la définition de la règle de droit au *ch. 542 ss*).

700 Le principe de la légalité vise, tout d'abord, à satisfaire à l'exigence démocratique liée au respect de la répartition des compétences entre les divers pouvoirs de l'Etat ; il permet, d'autre part, d'assurer le respect de l'État de droit, à savoir la prévisibilité du droit et l'égalité de traitement, exigences auxquelles doit répondre l'activité étatique (voir ATF 123 I 1, p. 3 avec renvois). Il ne requiert pas que toute activité étatique soit prévue dans tous ses détails dans des normes générales et abstraites. Dans les limites des dispositions constitutionnelles (notamment les art. 36 et 164 Cst.), il peut être approprié et de l'intérêt des sujets de droit de laisser une certaine latitude aux autorités d'application du droit dans les cas d'espèce.

701 On ne peut nier un conflit d'objectifs entre d'une part l'exigence constitutionnelle selon laquelle la loi doit rendre prévisible le comportement des autorités (y compris des tribunaux) au moyen de réglementations suffisamment précises, et d'autre part le souci de concevoir les actes législatifs de manière à ce qu'ils restent efficaces et atteignent leurs objectifs pendant toute leur durée d'application, même dans un contexte qui évolue. Il n'existe pas de règles simples et claires pour gérer ce conflit d'objectifs. On peut au moins dire que les actes législatifs doivent être aussi précis que nécessaire pour la prévisibilité et aussi ouverts à l'avenir que possible. L'appel à des réglementations technologiquement neutres se fait particulièrement entendre lorsqu'il s'agit d'actes législatifs dans le domaine du numérique. Toutes les questions de détail – y compris les questions techniques – qui ne nécessitent pas de réponse dans une loi ou une ordonnance afin de parvenir à une réglementation juridiquement correcte et efficace doivent rester ouvertes. En outre, à des niveaux de normes plus élevés, un plus grand degré d'indétermination est tolérable (c'est-à-dire qu'une plus grande ouverture est possible). Au niveau de normes inférieures, une moindre ouverture vers l'avenir est plus acceptable étant donné qu'une révision ce ces actes est plus facile (c'est-à-dire qu'une plus grande préci-

sion est possible). Par exemple, au niveau de la loi formelle, il peut être généralement prévu que les données de certaines personnes sur un certain sujet doivent être transmises à un service spécifique dans un but précis, après quoi le Conseil fédéral précise dans son ordonnance plus en détail les données à transmettre et délègue au département responsable la responsabilité de réglementer le format de données à utiliser pour la transmission électronique et les détails techniques d'éventuelles interfaces machine à machine.

Exceptions

Il existe toutefois des exceptions au principe de la légalité, à savoir : 702

- Les activités administratives auxiliaires
  Sous ce terme, il faut comprendre les activités qui ne représentent pas en soi l'accomplissement d'une tâche étatique, mais dont l'État a besoin pour remplir une tâche déterminée. On pense en particulier à la création et à l'entretien des infrastructures nécessaires à l'accomplissement de tâches déterminées. L'attribution à des tiers de prestations de service nécessaires à l'accomplissement de tâches étatiques fait partie de l'administration auxiliaire (s'agissant de la délégation de tâches publiques à des tiers, voir *ch. 954 ss*).
- Clause générale de police
  Il n'est guère possible de régler, par un ensemble de normes abstraites, toutes les situations qui mettent en péril la sécurité et l'ordre publics. Afin de permettre à l'État d'agir dans des situations exceptionnelles, imprévisibles et urgentes, on admet le recours à ce que l'on nomme la clause générale de police, qui supplée l'absence de base légale. La clause générale de police est ancrée à l'art. 36, al. 1, 3e phrase, Cst. et dans beaucoup de constitutions cantonales. L'art. 185, al. 3, Cst. constitue en outre une transcription explicite, à l'intention du Conseil fédéral, de la clause générale de police. Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 147 I 165, 136 IV 113 ss, 130 I 381 ss, 126 I 118, 121 I 22 ss), cette clause ne peut être invoquée que pour écarter un danger grave, direct et imminent qui menace des biens juridiques essentiels (la vie, l'intégrité corporelle, la santé, l'ordre public). Le Conseil fédéral ne peut donc s'en prévaloir que pour réglementer temporairement des situations exceptionnelles.

Délégation de compétences législatives

Principes

703

L'art. 182 Cst. habilite le Conseil fédéral à édicter des dispositions d'exécution. Selon cet article, il s'agit uniquement de normes secondaires qui, par exemple, précisent une disposition légale, décrivent ses effets juridiques pratiques, concrétisent des notions juridiques indéterminées ou règlent des questions d'organisation.

704 L'art. 164, al. 2, Cst. autorise le législateur à déléguer la compétence d'édicter des règles de droit primaires (ordonnances de substitution, voir *ch. 566 ss*), à moins que la Constitution ne l'exclue. Il est donc aussi possible de déléguer la compétence d'édicter des dispositions importantes qui fixent des règles de droit, au sens de l'art. 164, al. 1, Cst. (v. JAAC 66 [2002] n° 99). Les ordonnances ne se limitent pas forcément à des dispositions de moindre importance ou sans importance (v. commentaire de la LParl, art. 22, ch. 10). Toute délégation doit toutefois respecter les conditions développées par la pratique et la jurisprudence. La loi formelle doit, en particulier, contenir les orientations essentielles et fixer elle-même les principes directeurs ou les grandes lignes en édictant des *dispositions fondamentales*.

705 Si la délégation de la réglementation d'un domaine déterminé ne paraît pas exclue par la Constitution (v. par exemple les art. 29*a* et 36, al. 1, Cst.), il n'y en a pas moins lieu d'examiner si elle se justifie en l'espèce. Tel est, par exemple, le cas lorsque la souplesse de l'activité étatique passe par une délégation de compétences normatives au Conseil fédéral ou que, à défaut d'une telle délégation, la loi descendrait trop au niveau du détail (v. *ch. 581*).

706 Les compétences que le Parlement a choisi de déléguer doivent, en règle générale, l'être au Conseil fédéral et non aux instances qui lui sont subordonnées car, en sa qualité d'autorité directoriale suprême de l'administration, il doit pouvoir décider s'il y a lieu de déléguer des compétences à un niveau inférieur et, dans l'affirmative, à quelle instance. Dans les messages qu'il adresse au Parlement, le Conseil fédéral est tenu de justifier les normes de délégation qu'il propose.

Exemples (hypothétiques) de délégations inadmissibles :

- le législateur ne peut pas déléguer la compétence de décider s'il y a lieu de choisir un régime de répartition ou un régime de capitalisation dans les domaines de la LAVS et de la LPP ;
- le législateur ne peut pas déléguer la compétence de décider de l'introduction d'un système de valeurs-limites dans le droit de l'environnement. En revanche, il peut déléguer la tâche de fixer les différentes valeurs-limites.

Exigences relatives à la norme de délégation

707 La norme de délégation doit décrire l'objet, le but – pour autant que celui-ci ne saute pas aux yeux –, l'étendue (par exemple au moyen de délimitations chiffrées) et, autant que possible, les grandes lignes de la réglementation déléguée. Ces précisions s'imposent, notamment, lorsque les personnes sont particulièrement touchées par la réglementation considérée.

Le législateur peut assortir la norme de délégation d'indications précises, d'une énumération d'exemples ou encore de principes et de buts.

- Principes et buts

Exemples :

- art. 13, 14 et 15 de la loi sur la protection de l'environnement (valeurs limite ; LPE, RS 814.01) ;
- art. 1 en relation avec l'art. 7, al. 4 à 6, de la loi sur les denrées alimentaires (LDAl, RS 817.0) ;
- art. 10 de la loi fédérale sur les produits de construction (LPCo ; RS 933.0).

- Indications précises

Exemples :

- art. 14, al. 5, de la loi sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS ; RS 831.10) ;
- art. 11, al. 5, de la loi sur les produits thérapeutiques (LPTh ; RS 812.21) ;
- art. 13 de la loi sur les denrés alimentaires et les objets usuels (LDAl ; RS 817.0.

- Énumération non exhaustive

Exemples :

- art. 18, al. 2, de la loi sur l'énergie (LEn RS 730.0) ;
- art. 54b, al. 2, LPTh. (RS 812.21);

Une délégation trop globale est inadmissible (par exemple, « Le Conseil fédéral réglemente les passages de frontières »), car les exigences de la norme de délégation ne sont alors pas remplies. Si l'on utilise la formulation « Le Conseil fédéral fixe les détails », il convient d'examiner si la disposition n'est pas superflue du fait qu'elle ne concerne que du droit d'exécution (v. *ch. 566*). 708

Adoption d'ordonnances

Ordonnances du Conseil fédéral

Dans la hiérarchie des normes internes, les ordonnances se situent en dessous de la Constitution et de la loi et doivent leur être conformes. Elles sont plus faciles à modifier (rôle limité du Parlement, absence de référendum). 709

Les dispositions édictées sous forme d'ordonnances du Conseil fédéral doivent reposer sur l'une des bases légales suivantes. 710

- Compétence générale de mise en œuvre

  Sur la base de la compétence générale de mettre en œuvre les actes législatifs que lui confère la Constitution (art. 182, al. 2, Cst.), le Conseil fédéral peut édicter des ordonnances dans la mesure où il s'agit de dispositions de moindre importance (*ordonnances d'exécution*). Aucune clause d'habilitation spécifique dans la loi n'est nécessaire. C'est pourquoi des dispositions telles que « Le Conseil fédéral *peut* édicter les dispositions d'exécution » sont inutiles. Par

contre, en le formulant comme un mandat (« Le Conseil fédéral édicte les dispositions d'exécution »), le législateur peut enjoindre au gouvernement de régler les modalités de manière générale et abstraite (et par des prescriptions contraignantes).

- Délégation dans une loi
  En vertu de l'art. 164, al. 2, Cst., le législateur peut, dans une loi, déléguer au Conseil fédéral la compétence d'édicter des normes dites « primaires », autrement dit des normes qui se substituent à des dispositions législatives (*ordonnances de substitution*, voir *ch. 704*).

Exemple :

- art. 107, al. 1 et 2, de la loi sur la TVA (LTVA ; RS 641.20 : dérogation concernant l'imposition).

- Délégation dans un article constitutionnel
  Dans de rares cas, le Conseil fédéral peut être habilité directement par une disposition constitutionnelle à édicter des normes réglementaires.

Exemples :

- en vue de la sauvegarde des intérêts du pays (art. 184, al. 3, Cst.) ;
- en vertu de la clause générale de police instaurée par l'art. 185, al. 3, Cst ;
- pour adapter certains montants de la redevance forfaitaire sur la circulation des poids lourds (art. 196, ch. 2, al. 4, Cst.).

Ordonnances des départements, des groupes et des offices

Subdélégation aux autorités subordonnées au Conseil fédéral

711 En vertu de l'art. 48, al. 1, LOGA, le Conseil fédéral peut déléguer aux départements la compétence d'édicter des règles de droit, à condition toutefois que le législateur n'ait pas exclu – expressément ou implicitement – une telle délégation. Pour arrêter sa décision de déléguer ou non cette compétence, le Conseil fédéral doit prendre en compte la portée de la norme envisagée. S'agissant de la teneur à donner à la norme elle-même, il faut tenir compte des principes usuels régissant la délégation. Le Conseil fédéral étant l'autorité directoriale suprême de l'administration, il se doit d'utiliser la sous-délégation avec retenue. Celle-ci a, en effet, généralement pour incidence de restreindre l'implication des autres départements dans le processus de décision et, partant, des offices qui leur sont subordonnés.

712 Selon l'art. 48, al. 2, LOGA, le Conseil fédéral ne peut déléguer une telle compétence aux groupements et aux offices que si une loi fédérale le permet explicitement. Dans ce cas également, il prendra en compte la portée des normes censées faire l'objet de la délégation.

713 Les dispositions de ces ordonnances ne peuvent porter que sur la matière qui a fait l'objet d'une délégation de compétences normatives ainsi que, éventuellement, sur les prescriptions d'exécution nécessaires.

Formulation de la norme de subdélégation

Lors de la formulation d'une subdélégation, il faut veiller à ce que la norme délimite précisément l'étendue de la compétence déléguée. 714

Contrôle de l'activité législative déléguée

Contrôle exercé par le Parlement

Généralités

En principe, l'adoption des ordonnances a lieu sans la participation du Parlement ; le Conseil fédéral l'informe simplement de la préparation d'ordonnances (art. 151, al. 3, LParl). Toutefois, lorsque le Conseil fédéral prépare une ordonnance importante, la commission compétente peut lui demander qu'il la consulte sur le projet (art. 151, al. 1, LParl). De même, lorsqu'une ordonnance doit être édictée ou modifiée en application directe d'un acte adopté par l'Assemblée fédérale, la commission décide, lors du vote sur l'ensemble de l'acte, si elle veut être consultée. Enfin, le Conseil fédéral informe l'Assemblée fédérale de la préparation d'ordonnances (art. 151, al. 2, LParl ; voir le commentaire de la LParl, art. 151, ch. 409 ss). 715

Outre cette forme de consultation du Parlement dans le cadre de l'activité législative déléguée, le législateur prévoit dans quelques cas un véritable contrôle des normes réglementaires adoptées par le Conseil fédéral. Ce contrôle peut aller jusqu'à l'obligation de soumettre lesdites normes à l'approbation du Parlement. Toutefois, comme le contrôle exercé par le Parlement sur les ordonnances du Conseil fédéral affaiblit les compétences réglementaires de celui-ci, il apparaît inapproprié, certains auteurs de doctrine allant même jusqu'à le considérer comme contraire à la Constitution. En l'occurrence, compte tenu des problèmes de répartition des compétences qu'il pose, le contrôle exercé par le Parlement ne doit être admis que dans des cas dûment motivés, par exemple, lorsque le Conseil fédéral doit prendre à court terme des décisions qui, par leur portée, incomberaient en principe au législateur lui-même. 716

Le législateur a diverses possibilités d'exercer le contrôle de l'activité législative déléguée. On en distingue au moins deux : 717

Approbation par le Parlement des ordonnances du Conseil fédéral

Dans ce cas de figure, les ordonnances du Conseil fédéral nécessitent l'approbation (a priori ou a posteriori) du Parlement. Une telle approbation revêt la forme d'un arrêté fédéral simple. A l'heure actuelle, cette approbation n'est réservée que dans de rares cas par la législation. En outre, ces dernières années, plusieurs dispositions soumettant des normes réglementaires à l'approbation du Parlement ont été abrogées. 718

Exemple :

- arrêté fédéral concernant l'approbation des modifications de l'ordonnance sur les banques et de l'ordonnance sur les fonds propres (too big to fail), FF 2012 7771.

Rapport au Parlement assorti d'un droit d'intervention

719 Dans ce cas de figure, le Conseil fédéral doit faire rapport à l'Assemblée fédérale sur les ordonnances qu'il a édictées en vertu des normes de délégation. Ces normes peuvent habiliter le Parlement à exiger du Conseil fédéral qu'il annule, modifie ou complète son ordonnance. Juridiquement parlant, ce droit d'intervention est assimilable à une motion.

Exemple :

- art. 13, al. 2, de la loi sur le tarif des douanes (LTaD ; RS 632.10) ;

Contrôle exercé par les tribunaux et les autorités administratives (droit accessoire de contrôle)

720 Les autorités judiciaires et administratives peuvent examiner, en présence d'un cas concret dont elles doivent traiter, la légalité, y compris la constitutionnalité, des lois et ordonnances qu'elles doivent appliquer (contrôle concret des normes ; contrôle accessoire/préjudiciel). Ce droit leur permet de ne pas faire application d'une norme règlementaire si l'examen conclut à son illégalité. Les tribunaux sont par contre tenus d'appliquer les lois fédérales, en vertu de l'art. 190 Cst. (pour plus de détails, v. *ch. 541 ss*).

Renvois

Aperçu

721 Par « renvoi », il faut comprendre le fait de se référer, dans un acte législatif, à une autre réglementation et de renoncer, par là même, à en créer une nouvelle. Par conséquent, le renvoi constitue le lien entre la norme de renvoi et l'objet du renvoi. La norme de renvoi n'est pas complète sans l'objet du renvoi.

722 Il convient de distinguer le renvoi de l'intégration ou de la réception, qui consistent à retranscrire une norme externe dans un acte législatif. Dans un cas comme dans l'autre, la norme externe devient immédiatement partie intégrante de l'acte législatif. Le renvoi porte sur des règles déjà existantes et n'a pas pour corollaire l'édiction de nouvelles règles. Il se distingue ainsi de la délégation de compétences législatives.

723 S'ils sont utilisés correctement, les renvois permettent de raccourcir considérablement les textes de lois, d'améliorer leur intelligibilité et d'intégrer d'autres normes (par exemple réglementation de l'UE ou règles techniques). En outre, ils peuvent contribuer à diminuer la nécessité de légiférer (cf. DTL ch. 96 ss).

Par contre, le renvoi viole, la plupart du temps, le principe selon lequel un acte législatif doit, autant que possible, pouvoir être compris isolément. Des renvois lacunaires ou mal choisis peuvent rendre un acte législatif difficilement compréhensible. *724*

Il existe divers types de renvois : *725*

- Les renvois au sens propre (constitutifs) créent un lien entre la norme de renvoi et l'objet du renvoi ; on s'intéressera ici avant tout à cette catégorie de renvois.
- Les renvois improprement dits (déclaratoires) sont cités pour mémoire et renvoient à des dispositions qui s'appliquent déjà au champ d'application de la norme de renvoi ; les renvois improprement dits sont souvent superflus et devraient si possible être évités.
- Les renvois internes sont des renvois à des dispositions du même acte législatif. Une structuration claire et cohérente permet dans la plupart des cas d'éviter de tels renvois.
- Les renvois externes se réfèrent à un autre acte normatif fédéral ou à une disposition qui ne fait pas partie du droit fédéral (normes privées ; droit étranger). Les renvois à une disposition du droit fédéral qui respectent la hiérarchie des normes ne posent en général pas de problème sur le plan juridique. Les renvois externes peuvent être divisés comme suit :
  - renvois indirects : ils ne renvoient pas à un ensemble de normes déterminé, mais, au sens d'une clause générale, à l'état de la science et de la technique (cf. par exemple art. 64, al. 4, de l'ordonnance sur les dispositifs médicaux de diagnostic in vitro ; RS 812.219) ou à des ensembles de normes mentionnés uniquement à titre d'exemple (en tant qu'expression d'un standard) ;
  - renvois directs : ils renvoient expressément à un ensemble déterminé de normes ou à des dispositions déterminées ; on distingue, parmi les renvois directs :
    - les renvois statiques, qui portent sur une version déterminée de l'objet du renvoi, par exemple « directive de l'UE no… du… », accompagnée d'une note de bas de page (« version du … ; modifiée en dernier lieu par … ») ou encore « norme SIA no… dans sa teneur du… » ;
    - les renvois dynamiques, qui portent sur un ensemble de normes, quelles que soient les modifications qu'elles puissent subir.

Renvoi à des normes privées

Importance

726 Les normes privées édictées par des organismes non étatiques sont importantes, en particulier dans les domaines techniques et scientifiques.

Exemple :

- Art. 4 de l'ordonnance sur le courant fort (RS 734.2)

  [1] Les installations à courant fort et les équipements électriques qui y sont raccordés doivent être établis, modifiés, entretenus et contrôlés selon les prescriptions de la présente ordonnance et les règles techniques reconnues. Lorsqu'ils sont utilisés ou exploités conformément à leur destination ainsi qu'en cas de perturbation prévisible, ils ne doivent mettre en danger ni les personnes ni les choses. Lorsque l'ordonnance ne prescrit rien, on s'en tiendra aux règles techniques reconnues.

  [2] Sont réputées règles techniques reconnues en particulier les normes internationales harmonisées de la CEI et du CENELEC. A défaut, on s'en tiendra aux normes suisses (...).

727 Le recours du législateur à des normes privées est indiqué lorsqu'il suffit à assurer convenablement, à titre préventif, la protection de la vie, de la santé et des biens.

Avantages

728 Le renvoi à des normes privées offre non seulement l'avantage de décharger le législateur, mais également celui d'alléger l'acte législatif lui-même, car il dispense de reproduire des dispositions techniques détaillées, volumineuses et compliquées. Le renvoi permet d'adapter rapidement une réglementation à l'évolution de la technique et de la science et de faire participer les milieux spécialisés à l'élaboration de la législation, ce qui peut contribuer à une meilleure acceptation de l'ordre juridique.

Inconvénients

729 Les règles élaborées par des particuliers ne deviennent pas des actes législatifs étatiques du fait du renvoi : elles conservent leur caractère privé, même si des organes étatiques ont collaboré à leur élaboration (voir JAAC 41 [1977], n° 110, p. 105 ; JAAC 44 [1980], n° 28, p. 121). De plus, elles ne sont pas publiées dans le RO (voir art. 5 LPubl, RS 170.512). Les destinataires doivent, en particulier lorsqu'il s'agit de renvois dynamiques, savoir quelle version de l'objet du renvoi est en vigueur et où la consulter (voir JAAC 41 [1977], n° 110, p. 106). Il paraît dès lors judicieux de ne pas donner aux règles élaborées par des organisations spécialisées privées la forme d'un acte législatif, mais plutôt de recommander leur application au moment de l'exécution par le biais de directives ou de circulaires (voir également JAAC 44 [1980], n° 28, p. 121 s.).

Enfin, l'élaboration de règles techniques ou scientifiques par des groupes composés de manière trop unilatérale peut contrevenir à l'intérêt public. 730

La procédure d'élaboration des normes privées ne répond pas aux exigences que l'État doit observer dans le cadre de son activité législative. Les principes d'un État de droit, tels que la protection des droits fondamentaux, l'égalité devant la loi, l'interdiction de l'abus de droit ou de l'arbitraire ou encore le principe de la légalité ne s'appliquent pas avec la même rigueur aux particuliers qui élaborent des réglementations. 731

Une règle de droit doit se conformer dans tous ses éléments au droit de rang supérieur. Par conséquent, le législateur qui prévoit un renvoi devra vérifier que l'objet du renvoi est conforme à l'ordre juridique. 732

Admissibilité

- Le renvoi indirect au moyen d'une clause générale (formules du type « selon les règles techniques reconnues » ou « selon l'état de la science et de la technique ») est admissible, car il n'impose pas le respect d'une norme technique particulière. Le destinataire de la réglementation est en effet libre d'adopter une autre solution s'il peut apporter la preuve qu'il remplit les exigences légales autrement qu'en appliquant la norme d'une association. 733
- Pour ce qui est du renvoi direct (l'objet du renvoi étant soit une norme déterminée édictée par une association, soit le système normatif d'une association que la norme de renvoi désigne précisément), il faut tenir compte des éléments suivants :
- Le *renvoi statique* est considéré admissible en doctrine et dans la pratique actuelles, dans la mesure où il permet l'adoption d'une réglementation appropriée à un moment donné et dans un futur proche. Il nécessite cependant l'adaptation de la norme de renvoi lorsque le particulier qui édicte la réglementation (et qui n'est pas lié par le renvoi) modifie ou abroge l'objet du renvoi.
- Le *renvoi dynamique (direct)* soulève la question de sa légitimité constitutionnelle. Au moment de l'entrée en vigueur de la norme de renvoi, le législateur a une représentation concrète de l'objet du renvoi et il sait que la version en vigueur de la réglementation élaborée par une association est conforme au droit. En revanche, lorsque le renvoi est dynamique, il n'a aucune garantie que les auteurs de la réglementation respecteront toujours le cadre qu'il a établi. Le renvoi dynamique, de par son caractère automatique, ouvre en effet la porte à des modifications normatives futures relatives à l'objet du renvoi, modifications qui n'auraient pas l'aval du législateur et pourraient même aller à l'encontre de sa volonté. En fin de compte, il pourrait s'agir d'une sorte de « chèque en blanc ». C'est la raison pour laquelle ce type de renvoi n'est en principe pas admissible en vertu du droit constitutionnel actuel (voir JAAC 41 [1977], n° 110, p. 106 s.).

Le renvoi dynamique direct est cependant admis à titre exceptionnel si les conditions de la délégation de la législation à des organismes privés sont respectées et que les normes techniques en question remplissent les conditions suivantes :

- elles se rapportent à une matière très technique ;
- elles ont essentiellement valeur de recommandation (art. 76, al. 1, de l'ordonnance sur les denrées alimentaires et les objets usuels ; RS 817.02) ;
- elles sont déjà très largement utilisées ;
- elles sont développées par des milieux d'experts selon un processus dynamique connu et accepté des utilisateurs, qui leur permette d'y prendre part.

- En matière de droit des produits, la loi fédérale sur la sécurité des produits (RS 930.11) ne définit que « les exigence essentielles » qui doivent être respectées. Elle prévoit que l'élaboration de la réglementation de détail est confiée à des associations professionnelles déterminées, mandatées par une autorité. Si un produit est fabriqué conformément aux normes en question, il est présumé correspondre aux exigences de base. La présomption de conformité s'inscrit encore dans le cadre du renvoi indirect, car elle n'instaure pas l'obligation de respecter une norme déterminée. C'est par exemple l'approche adoptée dans l'ordonnance sur la sécurité des ascenseurs (ordonnance sur les ascenseurs ; RS 819.13).

Renvoi au droit international, en particulier au droit de l'UE

734 Les renvois au droit international (traités internationaux ou actes édictés par des organisations internationales ou supranationales) sont devenus une partie intégrante du droit suisse. Alors que le renvoi à des normes privées vise avant tout à tirer profit de l'expertise des organismes spécialisés, le renvoi à des normes internationales a pour objectif premier d'harmoniser le droit suisse avec le droit international, en particulier avec le droit de l'UE.

Renvoi aux traités internationaux conclus par la Suisse

735 Il est possible, dans un acte normatif du droit interne, de faire un renvoi à un traité international engageant la Suisse.

Exemple :

- art. 3, al. 4, de la loi fédérale sur les entreprises de transport par route (RS 744.10) : « Le Conseil fédéral peut prévoir des exceptions à l'obligation d'admission. Pour ce faire, il tient notamment compte des dispositions de l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur le transport de marchandises et de voyageurs par rail et par route (accord sur les transports terrestres). »

Renvoi au droit de l'UE

Il est possible de renvoyer à un acte de l'UE, même si la Suisse ne l'a pas repris dans un accord bilatéral (reprise autonome). *736*

Exemples :

- art. 2, al. 3, de l'ordonnance sur les denrées alimentaires et les objets usuels (RS 817.02) : en dérogation à l'al. 2, les termes utilisés pour ce qui concerne les jouets sont ceux qui figurent dans la directive 2009/48/CE ;
- art. 4, al. 4, de l'ordonnance sur les installations à câbles (RS 743.011) : sauf dispositions contraires de la LICa et de la directive UE sur les installations à câbles, les cantons peuvent édicter des dispositions complémentaires et dérogatoires.

La différence entre le droit contraignant et non contraignant pour la Suisse est importante pour ce qui est de l'admissibilité des renvois dynamiques. *737*

Admissibilité des renvois au droit de l'UE

Le renvoi à des actes ou des normes du droit de l'UE pose la question de la souveraineté, puisqu'il porte sur le droit d'une autre entité souveraine. La Suisse ne prend pas part à l'élaboration du droit communautaire et ce dernier ne fait pas partie de notre ordre juridique. L'admissibilité de ce type de renvois doit donc faire l'objet d'un examen attentif : *738*

- Le renvoi direct statique à des normes du droit de l'UE est admissible, pour autant que le principe de la légalité soit respecté ; il faut en particulier que l'objet du renvoi respecte le droit suisse de rang supérieur et les principes de l'État de droit. Le renvoi doit être identifié comme tel par la désignation de la version déterminante (par exemple grâce à une formulation telle que « dans la version du … » ou, dans le cas des actes qui font l'objet d'une publication, grâce à la mention de la version publiée dans le Journal officiel de l'UE [JO]).
- Le renvoi direct dynamique à des normes du droit de l'UE n'est admissible que s'il est fondé sur un traité international et/ou sur la Constitution et sur la loi (cf. *ch. 733*).

Le renvoi dynamique est admissible dès lors que les normes de l'UE en question sont citées dans un traité international contraignant pour la Suisse, en particulier dans un accord bilatéral entre celle-ci et l'UE. En effet, les traités et décisions relevant du droit international sont considérés comme partie intégrante du droit fédéral, et chaque adaptation des actes européens concernés a lieu selon une procédure prévue par les accords. *739*

Exemple :

- Art. 77, al. 4, de l'ordonnance sur l'aviation (RS 748.01) : « Les événements visés au règlement d'exécution (UE) 2015/1018[110] doivent être déclarés. »

Note de bas de page 110 de cette disposition : «Règlement d'exécution (UE) 2015/1018 de la Commission du 29 juin 2015 établissant une liste classant les événements dans l'aviation civile devant être obligatoirement notifiés conformément au règlement (UE) no 376/2014 du Parlement européen et du Conseil, dans la version qui lie la Suisse en vertu de l'annexe, ch. 3, de l'accord sur le transport aérien (cf. note de bas de page relative à l'art. 13).»

740 Un renvoi dynamique peut exceptionnellement être approprié lorsque, dans un domaine juridique déterminé, le droit de l'UE doit être repris en continu et à court terme. Les conditions suivantes doivent être remplies :

- un mandat légal formel explicite prévoit la mise à jour dynamique ;
- la réglementation de l'UE qui fait l'objet du renvoi ne contient pas de disposition importante fixant des règles de droit ; elle est de nature essentiellement technique ou administrative ;
- la matière réglementée est étroitement délimitée ;
- la pertinence politique est restreinte ;
- l'objet du renvoi est accessible dans les trois langues officielles.

Exemples :

- art. 82, al. 3, de la loi sur les produits thérapeutiques (RS 812.21) : « Le Conseil fédéral peut prévoir que certains actes délégués et certains actes d'exécution de la Commission européenne dans le domaine des dispositifs médicaux s'appliquent également en Suisse dans la version qui s'applique aux États membres de l'Union européenne, pour autant qu'il s'agisse de modalités techniques ou administratives dont la réglementation est adaptée régulièrement et en général à court terme. »
- art. 17, al. 4, et annexe 4, de l'ordonnance sur les dispositifs médicaux (RS 812.213) : « Les obligations et modalités découlant de l'identification et de l'enregistrement des dispositifs sont régies par les art. 27 et 29 et par l'annexe VI RDM-UE, compte tenu des amendements apportés à ladite annexe par la Commission européenne au moyen de ses actes délégués[x].

Renvois en chaîne au droit de l'UE

741 Le renvoi en chaîne renvoie, dans un acte législatif ou un accord bilatéral, à une disposition du droit de l'UE qui, à son tour, renvoie à une autre disposition du droit de l'UE. Dans une telle constellation, il peut parfois être difficile de déterminer la portée (matérielle) de l'objet du renvoi (le second renvoi doit-il être déterminant ?). En outre, un renvoi peut potentiellement constituer un renvoi dynamique « caché ». Il peut donc être indiqué de régler explicitement la question du caractère déterminant et de la « statique » du renvoi figurant dans l'acte législatif fédéral.

Exemples :

- annexe 3 de l'ordonnance sur les dispositifs médicaux (RS 812.213)
  « Droit applicable
  1 Droit européen
  Dans la présente ordonnance, lorsqu'il est fait référence à des dispositions du RDM-UE renvoyant elles-mêmes à l'un des règlements suivants de l'UE, la version ci-après s'applique : […]
  2 Droit suisse
  Dans la présente ordonnance, lorsqu'il est fait référence à des dispositions du RDM-UE renvoyant elles-mêmes à l'un des actes suivants de l'UE, le droit suisse ci-après est applicable en lieu et place dudit acte de l'UE : […] »

Principes applicables à l'élaboration de la législation

On appliquera les principes suivants : *742*

- On élaborera les lois et les ordonnances de manière à éviter les renvois, car ceux-ci en compliquent l'application. Par conséquent les actes législatifs doivent, dans la mesure du possible, être formulés dans leur intégralité. Ce principe vaut également pour la reprise du droit de l'UE dans le droit suisse.
- On évitera les doubles renvois (renvoi à un autre renvoi ou renvois « en chaîne »). Ils compliquent inutilement la lecture de l'acte.
- On n'introduira un renvoi que s'il simplifie substantiellement l'acte en évitant une répétition et s'il n'influence pas son intelligibilité.
- La norme de renvoi doit respecter les exigences posées par le principe de la légalité et tenir compte des conditions posées en matière de délégation de compétences législatives.
- Lorsqu'un renvoi est prévu, on examinera la conformité au droit de l'objet du renvoi.
- S'agissant de l'objet du renvoi et de la version de celui-ci, on formulera les renvois directs et statiques de manière à ce qu'il n'y ait ni confusion, ni ambiguïté possibles. Les références à l'objet du renvoi (par exemple s'il s'agit de règles techniques) et l'organe de publication officiel (par exemple le Journal officiel de l'Union européenne) doivent figurer dans une note de bas de page.
- L'objet du renvoi doit en principe être appliqué tel quel ; on s'abstiendra d'introduire dans la norme de renvoi des clauses du genre « le règlement X est applicable par analogie ».

En cas de renvoi indirect, il convient en premier lieu de renvoyer à un standard (par exemple à « des règles techniques et scientifiques »). On peut encore ajouter par exemple quelles normes sont l'expression de ce standard. Au moment de formuler la norme de renvoi, on l'indiquera clairement en ajoutant par exemple « en particulier » ou « en règle générale ». *743*

Exemples :

- art. 7 al. 1, de l'ordonnance sur l'accréditation et la désignation(RS 946.512) : « Le requérant doit répondre aux critères internationaux pertinents, tels qu'ils sont notamment définis dans les normes et principes figurant dans l'annexe 2. ».
- art. 55 al. 2 de l'ordonnance concernant les exigences techniques requises pour les véhicules routiers (RS 741.41): « Les compteurs doivent être conformes à l'état de la technique, tel qu'il est notamment décrit dans le règlement CEE-ONU no 39. La vitesse indiquée par le compteur ne doit jamais être inférieure à la vitesse effective du véhicule. [...] ».

744 Les aspects de technique législative relatifs aux renvois sont traités dans les DTL (voir ch. 96 ss DTL).

13 Normes de procédure

Introduction

Les paragraphes qui suivent visent à aider les légistes à intégrer des normes de procédure dans des actes législatifs autres que les codes de procédure (v. *ch. 746*). Il faut à chaque fois s'interroger sur la nécessité de telles dispositions, avant de décider si elles ont leur place dans le nouvel acte directement ou dans un des codes de procédure. Concernant le contenu et la systématique, il importe de préserver la cohérence du système, établie il y a une vingtaine d'années grâce à la réforme de la justice, et de se conformer aux buts de cette dernière, qui restent valables. Il s'agit notamment de la garantie de l'accès au juge (art. 29*a* Cst.) et de l'harmonisation des procédures civiles et pénales. Afin de décharger le Tribunal fédéral, celui-ci ne statue que sur les affaires qui ont déjà été tranchées par un tribunal inférieur. *745*

Faut-il intégrer des

Faut-il intégrer des normes de procédure dans une loi spéciale ?

La procédure devant les autorités administratives, les tribunaux cantonaux (en particulier les tribunaux civils et pénaux) et les tribunaux de la Confédération (Tribunal fédéral, Tribunal administratif fédéral, Tribunal pénal fédéral et Tribunal fédéral des brevets) est en principe entièrement régie par les dispositions générales de la procédure fédérale : *746*

- loi fédérale de procédure administrative (PA ; RS 172.021),
- loi sur le Tribunal fédéral (LTF ; RS 173.110),
- loi sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF ; RS 173.32),
- loi sur l'organisation des autorités pénales (LOAP ; RS 173.71),
- code de procédure civile (CPC ; RS 272),
- loi fédérale de procédure civile fédérale (PCF ; RS 273),
- code de procédure pénale (CPP ; RS 312.0),
- loi fédérale sur le droit pénal administratif (DPA ; RS 313.0),
- loi fédérale sur les plateformes de communication électronique dans le domaine judiciaire (LPCJ).

Il ne convient de créer une norme de procédure dans une loi spéciale que si les dispositions générales de la procédure fédérale ne suffisent pas dans le domaine concerné et qu'un certain nombre de conditions, énumérées plus loin, sont remplies. On doit éviter les simples renvois aux codes de procédure, à moins qu'ils ne soient exceptionnellement indispensables à la compréhension. *747*

Les compétences des autorités de recours sont réglées au niveau de la loi formelle. Il est par contre loisible, dans les limites de l'art. 47 LOGA, de conférer à une autorité administrative le pouvoir de trancher en première instance dans une *748*

ordonnance.

Proscription de nouveaux tribunaux fédéraux

749 Les principaux tribunaux fédéraux sont le Tribunal fédéral, le Tribunal administratif fédéral, le Tribunal pénal fédéral et le Tribunal fédéral des brevets. Il existe aussi quelques commissions d'arbitrage (instances inférieures du Tribunal administratif fédéral, qui statuent dans les procédures par voie d'action), les commissions fédérales d'estimation, la Commission de recours interne des EPF, les tribunaux militaires et l'autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio et de télévision. Il ne faut pas, *a priori*, créer de nouvelles autorités judiciaires. En particulier, le Tribunal administratif fédéral doit rester « le tribunal administratif ordinaire de la Confédération » (art. 1, al. 1, LTAF). Cependant, s'il s'avère objectivement nécessaire de créer une procédure par voie d'action (v. *ch. 757*), il peut être justifié de créer une commission d'arbitrage pour ne pas le surcharger.

Principe de la double instance de recours

Principe

750 Après la décision de première instance, il doit y avoir une double instance de recours (art, 29*a* et 32, al. 3, Cst.). Le droit fédéral ne doit prévoir moins ou davantage de voies de droit que si des motifs particuliers le justifient.

751 Normalement, les décisions rendues par la première instance (tribunal administratif fédéral ou cantonal, tribunal régional, tribunal de district ou d'arrondissement) peuvent être attaquées devant un tribunal (tribunal cantonal, Tribunal administratif fédéral ou Tribunal pénal fédéral) qui précède immédiatement le Tribunal fédéral. Lorsque le recours au Tribunal fédéral est irrecevable contre un arrêt du Tribunal administratif fédéral (art. 83 et 85 LTF), il n'y a pas de deuxième instance de recours. Si le Conseil fédéral statue en dernière instance (à savoir dans les cas prévus aux art. 72 ss PA), les voies de droit sont régies par l'art. 47, al. 1, let. a et d, PA.

Cas particuliers

Opposition

752 L'opposition (dirigée contre une décision, et non contre une demande ou un projet de construction) fait partie des voies de droit (v. art. 32, al. 2, let. a, LTAF). Elle vise à ce que l'autorité qui a statué en première instance reconsidère sa décision. Si une procédure d'opposition est prévue, l'autorité peut procéder à un examen moins détaillé et motiver plus succinctement sa décision, au profit de l'efficacité et de la célérité des procédures. Elle peut aussi renoncer à entendre les parties (art. 30, al. 2, let. b, PA). Les procédures d'opposition sont surtout usuelles dans le domaine des impôts et des assurances sociales, où les cas à traiter sont nombreux et où il est à la fois utile et faisable de réduire le temps de production de la

décision de première instance. Elles ne sont cependant pas limitées à ces domaines, du moment que les critères cités sont remplis. La nécessité de statuer très rapidement sans forcément entendre les personnes concernées suffit à justifier la procédure d'opposition, même si le nombre de cas n'est pas très grand.

Exemples

- art. 6, al. 2bis, de la loi sur les étrangers et l'intégration (LEI ; RS 142.20) ;
- art. 49, al. 1, de la loi fédérale sur l'alcool (LAlc ; RS 680) ;
- art. 59*b* de la loi sur les épizooties (LFE ; RS 916.40).

Recours à une autorité administrative

753 Les décisions qui relèvent de la juridiction matérielle du Tribunal administratif fédéral en vertu des art. 31 et 32, al. 1, LTAF peuvent faire l'objet d'un recours devant une autorité administrative. Pour éviter en ce cas qu'il y ait plus de deux instances de recours, il ne faut prescrire ce type de voie de droit que pour les domaines dans lesquels le recours au Tribunal fédéral est irrecevable.

754 Si la compétence de statuer a été déléguée à un organisme privé (art. 1, al. 2, let. e, PA), l'autorité fédérale compétente devra parfois ajouter à son rôle d'instance de recours des tâches de coordination et de surveillance. Toutefois, même dans ce cas, les voies de droit doivent être limitées à deux instances de recours. La LTAF prévoit donc, sur le principe, que les décisions des organismes extérieurs à l'administration sont directement attaquables devant le Tribunal administratif fédéral (art. 33, let. h, LTAF). Au lieu d'un recours à un office fédéral, on peut aussi prévoir, pour ne pas allonger indûment la procédure, que les organismes privés ne tranchent pas en cas de litige, mais transmettent l'affaire à l'office compétent.

Exemples :

- art. 40, al. 2, LAAM ;
- art. 61, al. 1, let. b, de la loi fédérale sur la formation professionnelle (LFPr ; RS 412.10) ;
- art. 16, al. 2, let. b, LEne ; RS 734.0 ;
- art. 43*b*, al. 2, de la loi sur la surveillance des marchés financiers (LFINMA ; RS 956.1).

Décisions de première instance du Tribunal fédéral, du Tribunal administratif fédéral, du Tribunal pénal fédéral ou d'une instance cantonale unique

755 Les cours des affaires pénales du Tribunal pénal fédéral statuent toujours en première instance (art. 35 LOAP). Le champ de leur compétence juridictionnelle est délimité par les art. 23 ss CPP et repose sur des considérations de politique criminelle.

756 Au contraire, c'est à titre exceptionnel que le Tribunal fédéral, le Tribunal administratif fédéral et les instances cantonales uniques rendent des décisions de première instance. Ces dernières sont liées, pour les tribunaux fédéraux du moins, à

un travail bien plus important que les affaires dont ils sont saisis ordinairement.

757 En droit public, la procédure de recours contre une décision est plus efficace qu'une procédure par voie d'action. Les cas dans lesquels une action est possible devant le Tribunal administratif fédéral et le Tribunal fédéral sont énumérés respectivement à l'art. 35 LTAF et à l'art. 120 LTF et ne devraient pas figurer dans des lois spéciales. Il faut une motivation particulière pour compléter l'art. 35 LTAF. Quant à l'art. 120 LTF, la genèse de cette norme rend quasiment tabou un complément futur.

758 En matière civile, les art. 5 à 8 du code de procédure civile (CPC ; RS 272) prévoient des instances cantonales uniques. Pour les raisons évoquées plus haut, il convient d'éviter de créer de nouveaux cas dans lesquels le droit fédéral impose une instance cantonale unique au sens de l'art. 75, al. 2, let. a, LTF.

Le Conseil fédéral comme première instance ou comme instance unique

759 Il n'est possible de conférer au Conseil fédéral le rôle de première instance ou d'instance unique (art. 78 PA) que dans des affaires ayant une composante politique marquée.

760 Les art. 6, par. 1, et 13 CEDH et l'art. 29*a* Cst. ne laissent guère de marge pour une instance unique gouvernementale. Si le droit supérieur permet la création de ce type d'attribution, celle-ci doit aussi figurer dans la liste d'exceptions de l'art. 32 LTAF (v. par exemple l'art. 32, al. 1, let. e, f et h, LTAF), faute de quoi la délégation automatique à un département prévue par l'art. 47, al. 6, LOGA s'applique.

761 Si le Conseil fédéral statue en première instance, mais non en instance unique, le domaine en question doit être cité à l'art. 33, let. b, LTAF, comme susceptible de recours au Tribunal administratif fédéral.

Prescriptions de droit fédéral sur le nombre d'instances de recours cantonales

762 Les voies de droit au niveau cantonal doivent satisfaire aux exigences des art. 75, al. 2, 80, al. 2, 86, al. 2 et 3, 87, 88, al. 2, 110 à 112 et 114 LTF. Il n'est généralement pas nécessaire de fixer d'autres règles. Seuls des motifs impérieux peuvent le justifier, en considération de l'art. 46, al. 3, Cst.

Exemple :

- art. 57 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA, RS 830.1).

Exclusion du recours au Tribunal fédéral

763 La liste actuelle des domaines dans lesquels le recours au Tribunal fédéral (que ce soit en matière civile, pénale ou de droit public) est irrecevable (art. 73, 79, 83, 84 LTF) ne répond pas à une logique parfaite. On peut les répartir dans quatre catégories :

- décisions fondées essentiellement et manifestement sur des considérations d'ordre politique – par exemple la politique extérieure et la sécurité intérieure ou extérieure ; dans ces affaires, le Conseil fédéral est la dernière instance (voir art. 72, let. a, PA ; art. 32, al. 1, let. a, LTAF) ;
- domaines dans lesquels les possibilités de contrôle sont *de facto* restreintes et où un double examen judiciaire n'apporterait pas grand-chose – par exemple les résultats d'examens et autres évaluations de capacité ; l'octroi de subventions auxquelles la législation ne donne pas droit ; la réception par type de véhicules ; les concessions en matière de radio-télévision qui ont fait l'objet d'un appel d'offres public ;
- affaires qui doivent être vite réglées et pour lesquelles il existe une possibilité de recours plus tard dans la procédure – par exemple les tarifs dans l'assurance maladie ; l'attribution d'organes ; l'assistance internationale ; les offres publiques d'acquisition au sens de la loi sur l'infrastructure des marchés financiers ;
- domaines dans lesquels la procédure de recours est traditionnellement courte en raison du grand nombre de cas et de la marge de décision des autorités chargées de l'exécution – par exemple le domaine des étrangers et de l'asile ; le service militaire, le service civil et la protection civile ; le sursis de paiement et la remise de contributions.

764 Les exceptions ne doivent être étendues que pour des raisons absolument convaincantes, car elles restreignent la protection juridique et limitent l'harmonisation du droit fédéral. Elles doivent être évitées dans les domaines où les cas sont peu nombreux ou s'il s'agit principalement de simplifier le travail des autorités qui rendent les décisions. Il convient en outre d'être prudent avec l'argument de l'urgence : le Tribunal fédéral peut en tenir compte en priorisant les cas en question ou en refusant une éventuelle demande d'effet suspensif (v. art. 103 LTF ; le recours au Tribunal fédéral n'a en règle générale pas d'effet suspensif).

765 S'il faut intégrer une nouvelle exception à la compétence juridictionnelle du Tribunal fédéral (notamment à l'art. 83 LTF), elle doit être formulée de manière à ce que l'on comprenne au moins à peu près de quelles décisions il s'agit, sans forcément consulter une autre loi. Un simple renvoi à une disposition d'une loi spéciale ne suffit pas (exemple à ne pas suivre : art. 83, let. p, ch. 2 et 3, LTF). Dans le cas de règles fédérales matérielles qui doivent être mises en œuvre par les cantons, les décisions de ces derniers doivent en règle générale pouvoir faire l'objet d'un recours au niveau fédéral, pour violation du droit fédéral. Le recours constitutionnel subsidiaire des art. 113 ss LTF ne suffit pas.

Instances précédant immédiatement le Tribunal fédéral

766 La LTF détermine les instances inférieures dont les décisions peuvent être directement attaquées devant le Tribunal fédéral aux art. 75, 77, 80 et 86 à 88. Sauf quelques exceptions – droits populaires (art. 88, al. 1, let. b, et 2, LTF ; v. ATF 134 I 199 cons. 1.2), décisions cantonales revêtant un caractère politique prépondérant (art. 86, al. 3, LTF) –, le Tribunal fédéral n'a que des tribunaux comme instances précédentes. Ainsi, l'affaire a été examinée tant au fond qu'en droit par une autorité indépendante. En principe, le Tribunal fédéral ne juge que la conformité au droit.

767 Mises à part les rares exceptions citées, le Conseil fédéral et les autorités administratives ne peuvent pas statuer immédiatement avant le Tribunal fédéral. Pour garantir le passage obligé devant des tribunaux supérieurs, il ne faut plus désigner des commissions fédérales ou des autorités judiciaires inférieures des cantons comme instances précédentes du Tribunal fédéral (v. art. 86, al. 2 *in fine*, LTF).

Recours au Tribunal administratif fédéral contre des décisions cantonales

768 Les décisions rendues au niveau cantonal ne peuvent être attaquées devant le Tribunal administratif fédéral que si une loi fédérale spéciale le prévoit (art. 33, let. i, LTAF). L'instauration de ce type de recours doit rester exceptionnelle. Normalement, les décisions cantonales sont susceptibles de recours devant un tribunal cantonal de deuxième instance, puis devant le Tribunal fédéral.

Exemple :

- art. 53 LAMal (RS 832.10).

Qualité pour recourir, droit de recours

769 Tant en droit civil qu'en droit pénal, le droit de recourir est réglé de manière exhaustive par le CPC, le CPP, la DPA et la LTF.

770 En droit public, par contre, l'art. 48, al. 2, PA et l'art. 89, al. 2, let. d, LTF laissent la possibilité de régler les voies de droit dans des lois spéciales, ce qui a des répercussions sur la qualité de partie dans la procédure de première instance (art. 6 PA, art. 111, al. 1, LTF). Il peut être indiqué de créer une nouvelle voie de droit lorsque des décisions susceptibles de porter atteinte à des intérêts publics ne sont généralement pas contestées par les parties qui font habituellement recours (par exemple dans le domaine de l'environnement) ou si une autorité fédérale décentralisée (art. 2, al. 3, LOGA) a besoin d'un droit de recours pour remplir ses tâches de mise en œuvre et de surveillance. Lorsque le législateur institue des autorités de première instance indépendantes (en particulier des commissions décisionnelles), il devrait logiquement leur accorder également la qualité pour recourir.

Exemples :

- droit de recours des organisations au sens de l'art. 28 de la loi sur le génie génétique (LGG ; RS 814.91) ;
- art. 21 de la loi sur la surveillance des prix (LSPr ; RS 942.20) ;
- art. 54, al. 2, de la loi sur la surveillance des marchés financiers (LFINMA ; RS 956.1) ;
- art. 108, al. 1, let. i et j, de la loi fédérale sur les jeux d'argent (LJAr ; RS 935.51).

771 Les droits de recours prévus par la LTF et la PA ne doivent pas être limités par des lois spéciales. La simple délégation d'un droit de recours du département à une unité administrative qui lui est subordonnée peut se faire par voie d'ordonnance, conformément à l'art. 89, al. 2, let. a, LTF.

Définition de l'objet du recours (décisions ; décisions préjudicielles, incidentes, partielles, finales)

772 Les types de décisions susceptibles de recours sont définis dans les dispositions générales de la procédure fédérale ; les termes doivent être utilisés rigoureusement dans la même acception dans les lois spéciales.

773 Les définitions se trouvent aux art. 5, 25*a*, 45 et 46 PA, et aux art. 90 à 93 LTF. Toute restriction des voies de droit doit prendre la forme d'une limitation de la compétence matérielle ; il n'est pas possible de limiter les définitions des types de décision. En principe, il est également interdit de soumettre le recours contre des décisions préjudicielles et incidentes à des conditions particulières à un domaine du droit.

774 S'il y a hésitation sur la qualification d'un acte (par exemple, s'agit-il d'une décision ou d'une décision incidente qui peut causer un préjudice irréparable ?), la loi spéciale peut la préciser. Pour autant qu'une protection juridictionnelle s'avère nécessaire, le législateur peut aussi ordonner que telle question ou tel acte matériel fait l'objet d'une décision (sujette à recours), sans référence aux conditions de l'art. 5 PA.

Exemples :

- art. 25*a* de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021) ;
- art. 53 de la loi fédérale sur les marchés publics (LMP ; RS 172.056.1)
- art. 40, al. 1, let. d et e, de la loi sur les chemins de fer (LCdF ; RS 742.101).

Motifs de recours

775 La LTF règle les motifs de recours (et par conséquent le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral) aux art. 95, 96, 97, al. 1, et 98 pour le recours unifié, à l'art. 116 pour le recours constitutionnel et à l'art. 77, al. 1 et 2, pour le recours en matière civile contre les décisions de tribunaux arbitraux. (Citons pour mémoire le pouvoir d'examen des faits illimité sur les décisions concernant l'octroi ou le refus de prestations en espèces de l'assurance-accidents ou de l'assurance militaire [LTF: art 97, al. 2] : il s'agit d'un corps étranger qui sera éliminé à la prochaine occasion.)

776 Pour ce qui est du recours au Tribunal administratif fédéral, les motifs sont cités à l'art. 49 PA (v. art. 37 LTAF). On constatera que l'inopportunité compte au nombre des griefs possibles, si ce n'est pas une décision sur recours d'une autorité cantonale qui est attaquée. En effet, lors de la création du Tribunal administratif fédéral, le législateur a attribué à ce dernier le plein pouvoir d'examen que possédaient les commissions de recours qu'il remplaçait. Il voulait éviter, comme l'explique le message, de restreindre la protection juridictionnelle.

777 Les motifs de recours de la LTF ne doivent normalement être modifiés ni dans la LTF elle-même, ni au travers d'une loi spéciale. Il en va de même pour la PA. Toutefois, plusieurs lois spéciales excluent le grief de l'inopportunité.

778 Exemples :

- art. 56, al. 3, de la loi fédérale sur les marchés publics (LMP ; RS 172.056.1) ;
- art. 32, al. 3, de la loi sur le cinéma (LCin ; RS 443.1) ;
- art. 50, al. 2, de la loi relative à la recherche sur l'être humain (LRH ; RS 810.30).

Délais de recours

779 Au niveau fédéral, le délai de recours ordinaire est en principe de 30 jours, que ce soit pour les décisions finales ou pour les décisions incidentes (art. 100, al. 1, et 101 LTF ; art. 50, al. 1, PA ; art. 311, al. 1, et 321, al. 1, CPC ; art. 67, al. 1, DPA). Pour la sécurité du droit, il est indiqué de prévoir aussi peu d'exceptions que possible.

780 Des délais plus courts (pour accélérer la procédure) ne sont admissibles que s'il est évident, étant donné la nature de l'objet de la procédure, que l'autorité doit décider très rapidement par la suite – ou bien, vu autrement, que le temps gagné représente une proportion non négligeable de la durée totale de la procédure. On peut aussi envisager des délais plus courts si le sujet de droit peut déposer son recours sans avoir à rédiger un mémoire. Dès lors qu'ils dérogent à la règle générale, les délais plus courts doivent être expressément prévus dans des lois spéciales.

Exemples :

- art. 64*a*, al. 2, de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI ; RS 142.20) ;
- art. 56, al. 1, de la loi fédérale sur les marchés publics (LMP ; RS 172.056.1) ;
- art. 100, al. 2 à 4, de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF ; RS 173.110) ;
- art. 354 du code de procédure pénale (CPP ; RS 312.0).

781 En ce qui concerne le délai pour déposer un recours au Tribunal fédéral, les lois spéciales ne doivent pas s'écarter de la LTF.

Effet suspensif, mesures provisionnelles

782 Il n'est en général pas nécessaire d'édicter des dispositions spéciales sur l'effet suspensif des recours et sur les mesures provisionnelles dans les procédures en cours.

783 Les règles des codes de procédure laissent en général assez de marge à l'autorité qui mène la procédure pour jouer de ces deux instruments. Les décisions en la matière impliquent le plus souvent une pesée des intérêts en l'espèce.

784 La loi peut prévoir, dans des circonstances particulières, que les procédures de recours visées par la PA n'ont pas d'effet suspensif (v. art. 55, al. 5, PA). Elle doit alors préciser si l'effet suspensif est totalement exclu ou si l'instance de recours peut en décider autrement en l'espèce.

Exemples :

- art. 74, al. 2, de la loi sur le droit d'auteur (LDA ; RS 231.1) ;
- art. 54 de la loi fédérale sur les marchés publics (LMP ; RS 172.056.1) ;
- art. 93, al. 5, de la loi sur la TVA (LTVA ; RS 641.20) : exclusion de l'effet suspensif, sans la précision mentionnée au-dessus.

785 Conformément à son libellé et à sa systématique, l'art. 56 PA sur les mesures provisionnelles s'adresse aux instances de recours. Selon la pratique du Tribunal fédéral, cette disposition peut également être appliquée par analogie dans certaines procédures de première instance, par exemple dans le droit des cartels (ATF 130 II 149, consid. 2.1). Reste à savoir si elle peut être étendue de manière générale aux autres domaines. Relevons que la doctrine considère qu'une application par analogie doit être rejetée lorsque la réglementation est exhaustive, ce qui doit être déterminé par interprétation.

786 Les mesures provisionnelles qualifiées de décisions finales au sens de l'art. 90 LTF (c'est-à-dire qui ne sont pas prises seulement pour la durée de la procédure, jusqu'à la décision sur le fond) doivent s'appuyer sur une base légale, qu'il faut éventuellement créer.

Exemples

- art. 23, al. 3, de la loi sur les installations à câbles (LICa ; RS 743.01) ;
- art. 26 LB (RS 952.0).

Délais de traitement

787 L'art. 29, al. 1, Cst. consacre le droit de voir sa cause traitée dans un délai raisonnable, dans une procédure judiciaire ou administrative. Pour que les procédures soient rapides et efficaces, l'autorité responsable doit disposer de ressources humaines et techniques importantes et la personne qui dirige la procédure doit la mener de manière avisée et prévoyante, se concentrer sur les questions juridiques importantes et anticiper les tactiques des parties.

788 Il n'est généralement pas indiqué de fixer des délais de traitement dans la loi, car les cas de figure peuvent être très différents. De plus, le dépassement des délais n'est pas sanctionné par des conséquences juridiques efficaces.

789 Il peut être exceptionnellement utile de le faire si des intérêts supérieurs commandent de limiter la durée de la procédure, notamment pour préserver des droits fondamentaux.

Exemple :

- art. 80, al. 2, LEI (RS 142.20).

Coordination de la procédure

790 Si plusieurs autorités doivent rendre une décision sur des points liés entre eux, il faut faire attention à ce que les dispositions de procédure permettent une application coordonnée du droit.

791 L'obligation de coordonner des procédures s'est surtout développée dans les domaines de l'aménagement du territoire et de la protection de l'environnement (voir ATF 137 II 182, cons. 3.7.4.1). Il importe toutefois d'y veiller aussi dans d'autres domaines, dès lors qu'une situation similaire se présente. Cela peut être le cas par exemple lorsque des procédures de sanctions administratives et des procédures pénales doivent être menées en parallèle, chacune étant régie par des règles et des maximes de procédure différentes (voir FF 2022 776, ch. 5.9.2).

792 Il convient de garantir au minimum que les autorités de première instance puissent se coordonner entre elles sur les plans matériel et procédural. En d'autres termes, il ne faut pas que l'une d'elle soit soumise à des règles de procédure particulières (par exemple opposition, délais particuliers) qui ne s'appliquent pas à l'autre. En outre, les voies de droit contre les décisions de ces autorités doivent, aussi rapidement que possible, mener la personne concernée devant une même instance de recours – pour des autorités fédérales, le Tribunal administratif fédéral – et rester réunies jusqu'à la dernière instance. S'il est à prévoir que des décisions devront souvent être coordonnées dans un certain domaine, il est recommandé de

confier la coordination à l'une des autorités administratives concernées, en élaborant une norme adéquate.

Exemple :

- art. 25*a* de la loi sur l'aménagement du territoire (LAT ; RS 700).

793 À moins que les compétences attribuées aux cantons par la Cst. ne s'y opposent, le législateur fédéral peut ordonner que toutes les autorisations requises pour une activité ou une installation d'une catégorie précise (y compris les oppositions contre les expropriations) soient réunies dans une décision unique (concession, approbation de plan, autorisation) au terme d'une procédure unique aussi. L'autorité qui rend la décision doit consulter les autres autorités spécialisées avant de trancher (art. 62*a* LOGA).

Exemples :

- art. 26, al. 2, 28, al. 1, de la loi fédérale sur les routes nationales (LRN ; RS 725.11) ;
- art. 49, al. 2, et 57 de la loi sur l'énergie nucléaire (LENu ; RS 732.1).

Prescriptions de forme en droit public de la Confédération

En général

794 De nombreux actes législatifs fédéraux contiennent des prescriptions de forme, telles que la forme écrite ou la signature. Faciles à comprendre dans le langage courant, ces notions ont toutefois plusieurs significations possibles dans le contexte juridique. Dans le droit public de la Confédération, il n'existe pas de définition légale de la forme écrite, d'où une certaine flexibilité.

Sur le plan conceptuel, on peut dire de manière générale que des expressions telles que « par écrit » ne permettent pas de conclure automatiquement à la « forme écrite simple » du code des obligations (voir les art. 13 et 14, al. 2bis, CO). Souvent, elles signifient simplement que la forme orale ou les déclarations tacites sont exclues. C'est l'interprétation qui permet de déterminer si une signature (manuscrite ou électronique) est nécessaire. La question de l'objectif de la norme est souvent déterminante à cet égard. Les prescriptions de forme visent notamment à fixer les informations, à protéger l'intégrité et l'authenticité des documents et à empêcher les décisions hâtives. Les exigences concrètes et les mesures de protection varient en fonction du cas d'application.

Le guide pour l'interprétation et l'élaboration des prescriptions de forme en droit public de la Confédération du 19 septembre 2023 contient de plus amples informations (disponible sur www.ofj.admin.ch > État et citoyen > Instruments de légistique).

Élaboration des prescriptions de forme

795 La numérisation soulève régulièrement la question de la modification de prescriptions de forme existantes. Une modification du droit ne devrait être envisagée que lorsqu'il s'avère, moyennant une interprétation, qu'une prescription de forme empêche une gestion efficace des affaires, notamment si elle fait obstacle à des processus numériques de bout en bout.

Des modifications juridiques sont en particulier nécessaires lorsqu'il s'agit de déroger à des prescriptions générales telles que l'exigence de la forme écrite pour les décisions de première instance (art. 34, al. 1, PA). Des prescriptions de forme prévues par des lois spéciales peuvent également être nécessaires lorsqu'aucune prescription générale n'est applicable. Sur la possibilité d'édicter des ordonnances, voir le chapitre 12.

Le choix de la prescription de forme doit découler d'une évaluation des risques et des avantages, car le niveau de protection requis varie en fonction du cas d'application. En particulier, il n'est pas nécessaire d'apposer une signature manuscrite pour chaque requête ou pour chaque transaction. Des expressions telles que « par écrit » peuvent et doivent continuer à être utilisées. Il est important que les objectifs poursuivis par la prescription de forme soient décrits dans les travaux préparatoires. En revanche, il convient d'éviter d'utiliser la formulation « moyen permettant d'établir la preuve de la convention / du … par un texte », que l'on rencontre de manière isolée.

Exemples :

- Art. 6, 11, 13 et annexe 1 de l'ordonnance sur les mouvements de déchets (OMoD, RS 814.610)
- Art. 6 de l'ordonnance sur la communication électronique dans le cadre de procédures administratives (OCEl-PA, RS 172.021.2)
- Art. 7, al. 1, de l'ordonnance sur le principe de la transparence dans l'administration (ordonnance sur la transparence, OTrans, RS 152.31)

796 Lors de l'élaboration des prescriptions de forme, les autorités doivent impérativement veiller à ce que l'accès à leurs services respecte les principes de l'égalité de traitement et de la non-discrimination. En tout cas, dans les contacts avec la population en général, l'utilisation des canaux électroniques ne devrait pas être sans alternative à l'heure actuelle. Ces derniers temps, différentes approches réglementaires ou de nouvelles solutions techniques ont vu le jour qui peuvent remplacer les signatures électroniques selon la loi sur la signature électronique (SCSE, RS 943.03). Dans ce contexte, les technologies telles que les plateformes des autorités offrent, dans certaines circonstances, la possibilité de vérifier de manière automatisée le respect des prescriptions de forme dès le moment de la transmission. Afin d'éviter des exigences excessives en matière de forme, il convient bien entendu d'envisager des garanties de procédure. Si nécessaire, il faut proposer

aux destinataires plusieurs formes de communication possibles avec des profils d'exigences différents (p. ex. transmission de données structurées soit au moyen de formulaires en ligne à remplir manuellement, soit au moyen d'interfaces machine-machine).

Exemples :

- Art. 20, al. 1, et 22, al. 2, du projet de loi fédérale sur les plateformes de communication électronique dans le domaine de la justice (LPCJ), FF 2023 680
- Art. 75, al. 1, du projet de loi définissant les tâches d'exécution de l'OFDF (LE-OFDF, FF 2022 2725)

Le guide pour l'interprétation et l'élaboration des prescriptions de forme en droit public de la Confédération contient de plus amples informations et davantage d'exemples (voir l'adresse au ch. 1).

Obligation d'utiliser un formulaire

797 Un formulaire est un document officiel invitant à répondre à certaines questions ou à fournir certaines informations. Considéré comme une incarnation de l'activité administrative bureaucratisée, on le rencontre régulièrement au début de procédures dites de masse (par ex. sous la forme de formulaires de demande). Il permet un dialogue écrit standardisé entre les destinataires et l'autorité. Les formulaires peuvent notamment être imprimés, électroniques (par ex. des fichiers PDF) ou prendre la forme de masques de saisie en ligne.

L'obligation d'utiliser un formulaire peut être considérée comme une prescription de forme particulière. La question de savoir si une telle obligation nécessite une base légale spécifique n'est pas entièrement résolue. Afin d'éviter tout doute inutile lié à l'application du droit, il est conseillé d'inscrire l'obligation d'utiliser un formulaire dans les lois spéciales.

Exemples :

- Annexe 2a de l'ordonnance Ordonnance réglant l'admission des personnes et des véhicules à la circulation routière (OAC ; RS 741.51)
- Annexe 2 de l'ordonnance relative aux règles d'origine régissant l'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement (OROPD ; RS 946.39).

798 La conséquence juridique en cas de retard devrait également être inscrite dans la loi si la règle générale de l'art. 13, al. 2, PA n'est pas applicable ou si des dérogations à cette règle s'imposent pour de justes motifs (voir par ex. les art. 29 et 43, al. 3, de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales [LPGA, RS 830.1]).

Dans tous les cas, un formulaire émis par l'administration et devant être rempli par les parties doit se limiter aux contenus requis par le droit applicable.

Le guide pour l'interprétation et l'élaboration des prescriptions de forme en droit

public de la Confédération contient de plus amples informations (voir l'adresse au ch. 1).

14 Protection des données personnelles

Bases juridiques

Droit fondamental

L'art. 13, al. 2, Cst. consacre le droit à l'autodétermination informationnelle. Selon la jurisprudence et la doctrine, cet article ne protège pas uniquement l'individu contre « l'emploi abusif » des données qui le concernent, mais il couvre toute intervention de l'État touchant des données personnelles (par exemple leur collecte, leur traitement, leur conservation ou leur transmission ; voir ATF 138 II 346, cons. 8.2 en allemand ou ATF 140 I 381, cons. 4.1 en français). Le traitement de données personnelles doit donc satisfaire aux conditions générales applicables en cas de restriction des droits fondamentaux (v. *ch.667*). On doit donc veiller au respect de ces conditions lorsque l'on élabore un acte normatif réglant ou entraînant un traitement de données personnelles. *799*

Partage constitutionnel des compétences

La Constitution ne contient aucune disposition qui habilite expressément la Confédération à légiférer en matière de protection des données. Celle-ci ne peut donc adopter des dispositions de protection des données que sur la base des dispositions constitutionnelles qui lui confèrent une compétence législative dans un domaine donné. *800*

Exemple :

- La nouvelle loi fédérale du 25 septembre 2020 sur la protection des données (LPD, RS 235.1) qui remplace la loi fédérale sur la protection des données de 1992 (aLPD) régit le traitement de données par des particuliers et par des organes fédéraux (voir le guide de législation en matière de protection des données, d'août 2022 disponible sur le site internet de l'Office fédéral de la justice, instruments de légistique). Cette loi se fonde sur la compétence de la Confédération de légiférer en matière de droit civil (art. 122 Cst.) de même que sur celle de légiférer sur l'exercice des activités économiques lucratives privées (art. 95 Cst.) et sur la protection des consommateurs (art. 97, al. 1, Cst.). Dans le domaine du droit public, le législateur fédéral s'est appuyé sur le pouvoir d'organisation de la Confédération (compétence implicite au sens de l'art. 173, al. 2, Cst.) pour édicter des dispositions de protection des données applicables aux autorités et aux organisations ou personnes extérieures à l'administration fédérale auxquelles des tâches administratives sont conférées (FF 2017 6565, 6797).

801 Il incombe aux cantons de légiférer sur la protection des données dans leurs domaines de compétences. C'est le cas lorsque les données sont traitées par des autorités cantonales et communales, même si ces dernières ont obtenu ces données d'un organe fédéral par exemple dans le cadre d'une entraide administrative ou au moyen d'un accès en ligne à une banque de données fédérale (FF 2003 1915, 1919).

802 Certains domaines relevant de la compétence de la Confédération sont soumis à une réglementation spécifique en matière de protection des données. En effet, lorsque la Constitution attribue à la Confédération la compétence de légiférer dans un certain domaine, le législateur fédéral peut être amené à adopter des dispositions de protection des données, qui s'appliquent également aux autorités cantonales chargées d'exécuter le droit fédéral, par exemple en matière d'assurances sociales. Toutefois, même là, la Confédération doit éviter d'empiéter sur les compétences cantonales en matière d'organisation (art. 47 Cst.; FF 2017 6565, 6797-6798). Une solution peut dès lors consister à prévoir un renvoi à la législation fédérale sur la protection des données et à la législation cantonale.

Exemples :

- En ce qui concerne les données collectées dans le cadre d'une procédure pénale ou de l'exécution d'une demande d'entraide judiciaire, sont applicables au droit d'accès aux données après la clôture de la procédure : la LPD si l'autorité saisie de la demande d'entraide judiciaire est une autorité fédérale, ou le droit cantonal si cette autorité est une autorité cantonale (art. 10, al. 1, let. b de la loi sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication, (LSCPT, RS 780.1, tel que modifié par la LPD).
- Dans l'ensemble du domaine des assurances sociales, des normes spécifiques de protection des données s'appliquent (par exemple art. 49*b* LAVS, RS 831.1) ;
- La législation fédérale sur la protection des données s'applique au traitement et à la communication de données personnelles en exécution de la loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (LMSI ; RS 120).

803 Lorsqu'un organe fédéral et des organes cantonaux traitent conjointement des données personnelles, le Conseil fédéral est chargé de régler les procédures de contrôle et les responsabilités en la matière de protection des données (art. 33 LPD) ;

Portée de la loi sur la protection des données (LPD)

La LPD vise à protéger la personnalité et les droits fondamentaux des personnes physiques faisant l'objet d'un traitement de données personnelles par des personnes privées ou des organes fédéraux (art. 1 et 2 LPD). 804

Les conséquences de la loi sur la protection des données sur l'élaboration de bases légales sont présentées dans le « Guide de législation en matière de protection des données», publié depuis fin août 2022 à la page «Instruments de légistique» du site Internet de l'OFJ. Elles sont détaillées dans le document intitulé Révision totale de la loi fédérale sur la protection des données (LPD) - Aperçu des principales modifications en vue de l'élaboration des bases légales concernant le traitement de données par les organes fédéraux (également disponible sous le lien susmentionné Instruments de légistique) .

Si un organe fédéral envisage de traiter des données qui ne contiennent aucune information qui se rapporte à une personne physique identifiée ou identifiable, les exigences de la LPD ne sont pas applicables. En revanche, le champ d'application de la LPD ne comprend pas les données sur personnes morales, leur traitement est réglé aux art. 57r-57t de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA, RS 172.010) tels qu'introduits par l'annexe 1/II de la LPD. L'art. 57r LOGA constitue une base légale générale directement applicable pour le traitement des données de personnes morales. Si certaines conditions sont réunies, il n'est pas nécessaire d'élaborer une base légale spéciale. En revanche, la communication de données concernant des personnes morales requiert une base légale spéciale (art. 57s LOGA).

La LPD fixe les principes à respecter lors du traitement de données personnelles : 805

- un organe fédéral n'est en droit de traiter des données personnelles que s'il existe une base légale (art. 34, al. 1, al. 1, LPD) ;
- une base légale au niveau d'une loi au sens formel est en principe exigée s'il s'agit de données sensibles, de profilages ou si la finalité ou le mode du traitement est susceptible de porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne concernée (art. 34, al. 2, LPD). Une exception à interpréter restrictivement figure à l'art. 34, al. 3, LPD ;
- tout traitement de données personnelles doit être conforme aux principes de licéité, de la bonne foi, de la reconnaissabilité, de la proportionnalité qui englobe le principe de minimisation, de la finalité et de l'exactitude (art. 6 LPD). Les responsables du traitement doivent assurer une sécurité adéquate des données personnelles par rapport au risque encouru (art. 8 LPD et art. 1 à 6 de la nouvelle ordonnance sur la protection des données, OPDo, RS 235.11).
- La LPD introduit les principes de protection des données dès la conception et par défaut (art. 7 LPD) qui découlent partiellement du principe de sécurité des données (art. 8 LPD) et de celui de la proportionnalité.

806 En l'absence de règlementation dans une loi spéciale, ce sont les dispositions de la LPD qui s'appliquent. Le législateur peut s'écarter de certains principes de la LPD dans des bases légales spécifiques qui règlent des domaines particuliers. Il doit cependant respecter les exigences constitutionnelles que la LPD met en œuvre ainsi que le droit international, en particulier la Convention 108 + du Conseil de l'Europe et la directive (UE) 2016/680 concernant la protection des données en matière pénale, qui relève de de l'acquis de Schengen. Il devrait aussi tenir compte du Règlement général sur la protection des données de l'Union européenne dans la perspective du maintien de la décision d'adéquation.

807 Au sens de l'art. 5 LPD, on entend par :

- données personnelles : toutes les informations concernant une personne physique identifiée ou identifiable ;
- données sensibles : les données personnelles sur les opinions ou activités religieuses, philosophiques, politiques ou syndicales, les données sur la santé, la sphère intime ou l'origine raciale ou ethnique, les données génétiques, les données biométriques identifiant une personne physique de manière univoque, les données sur les poursuites ou sanctions pénales et administratives, les données sur des mesures d'aide sociale (cette définition est exhaustive) ;
- profilage : une forme particulière de traitement automatisé qui consiste à utiliser des données personnelles pour évaluer de manière automatisée certains aspects personnels d'une personne physique. Cette notion remplace la notion de profil de la personnalité mais s'en distingue. Le profilage vise à analyser ou à prédire grâce à des algorithmes des éléments concernant par exemple le rendement au travail, la santé, le comportement, la localisation ou les déplacements d'une personne physique (voir aussi FAQ Droit de la protection des données, OFJ, septembre 2023).

808 Lorsqu'un organe fédéral gère des systèmes électroniques permettant d'assurer le bon déroulement de ses processus opérationnels et de gérer des documents, l'art. 57*h* LOGA tel que modifié par l'annexe 1/II de la LPD peut constituer la base légale applicable. Une réglementation spéciale est dès lors superflue si les dispositions de la LOGA et l'ordonnance Gever (RS 172.010.441) peuvent fournir une base juridique suffisamment précise pour l'utilisation du système en question. En revanche, s'il ne s'agit pas de processus tout à fait banaux, cela signifie vraisemblablement que le traitement des données en tant que tel doit déjà être suffisamment réglementé dans le domaine juridique concerné.

Exigences relatives aux bases légales

Niveau et densité des normes

809 - Niveau normatif : une base légale prévue par une loi au sens formel est nécessaire (art. 36, al. 1, Cst., art. 34, al. 2 et 36, al. 1, LPD) en cas d'atteinte grave au droit à l'autodétermination informationnelle (art. 13, al. 2, Cst.).

- Densité normative : le degré de précision doit être proportionné à la gravité de l'atteinte au droit fondamental. Les critères suivants sont particulièrement déterminants : le type de données, le mode et la finalité du traitement, le nombre et le cercle de personnes concernées, l'éventuelle association d'autres entités au traitement des données (organes fédéraux, organes cantonaux ou bureaux privés) ou le recours à de nouvelles technologies. En ce qui concerne les traitements de données personnelles qui constituent une atteinte grave au droit à l'autodétermination informationnelle au sens de l'art. 34, al. 2, LPD, les exigences décrites au ch. 813 sont applicables.

Traitement des données personnelles

Un organe fédéral n'est en droit de traiter des données personnelles que s'il existe une base légale (art. 5, al. 1, Cst. ; art. 34, al. 1, LPD). *810*

Une telle base légale doit en règle générale répondre aux questions suivantes :

- Quelles données sont traitées, par qui et dans quel but ? (qui, pourquoi, quoi, comment)

Traitement de données sensibles, profilage ou autres atteintes graves aux droits fondamentaux de la personne concernée

Une base légale doit être prévue dans une loi formelle pour le traitement de données sensibles, le profilage ou lorsque la finalité ou le mode de traitement des données personnelles est susceptible de porter gravement atteinte aux droits fondamentaux de la personne concernée (art. 34, al. 2, LPD). Cette loi doit régler en particulier les points suivants : *811*

- Qui – l'identité responsable du traitement *:* la disposition légale doit indiquer les autorités habilitées à traiter les données personnelles (voir aussi à ce sujet l'art. 33 LPD et le ch. 802). Cette indication permet notamment à la personne concernée de savoir quelle est l'autorité responsable du respect des principes de protection des données et auprès de qui elle peut faire valoir ses droits, en particulier son droit d'accès (art. 25 ss LPD). *812*

Exemple :

- L'art. 2 de la loi fédérale sur les systèmes d'information de la Confédération dans le domaine du sport (LSIS, RS 415.1) désigne les autorités qui sont habilitées à traiter des données.

- Pourquoi - la finalité du traitement : en vertu du principe de proportionnalité, les responsables ne peuvent traiter que les données personnelles qui sont nécessaires à l'accomplissement de leurs tâches. La finalité du traitement définit ainsi quelles données personnelles peuvent être collectées. Cette finalité doit être clairement circonscrite, en particulier lorsqu'elle est susceptible de porter gravement atteinte aux droits fondamentaux de la personne concernée. Il est *813*

en outre important que la finalité du traitement soit transparente pour la personne concernée.

Exemple :

- L'art. 2 de la loi fédérale sur l'enregistrement des maladies oncologiques (LEMO, RS 818.33) définit sous le titre «But» les motifs permettant la collecte, l'enregistrement et l'évaluation de données relatives aux maladies oncologiques.

814 • Quoi - les catégories de données sensibles et celles faisant l'objet d'un profilage, ainsi que les données personnelles dont la finalité du traitement ou son mode sont susceptibles de porter une atteinte grave aux droits fondamentaux de la personne concernée : afin de garantir le principe de la légalité, la disposition légale doit définir les données personnelles que les organes fédéraux sont en droit de traiter au sens de l'art. 34, al. 2, LPD. Il convient à cet effet d'établir des catégories. Pour permettre le traitement de données sensibles, la disposition légale doit énumérer au moins une des catégories de données figurant à l'art. 5, let. c, LPD. Il est aussi possible d'établir des sous-catégories. En matière de données sur la santé par exemple, il y a lieu de préciser que le traitement ne portera que sur des données concernant des maladies oncologiques. Le principe de la finalité s'en trouve ainsi renforcé. Plus le risque d'atteinte aux droits fondamentaux est élevé, plus le degré de précision doit être élevé. En rédigeant les dispositions légales, le législateur doit avoir pour objectif d'assurer la transparence du traitement à l'égard des personnes concernées.

Exemple :

- L'art. 3 de la loi fédérale sur l'enregistrement des maladies oncologiques (LEMO, RS 818.33) prévoit quelles catégories de données les médecins, les hôpitaux et les autres institutions privées ou publiques du système de santé qui diagnostiquent ou traitent une maladie oncologique collectent et déclarent.

815 • *Comment – le mode du traitement des données :* par mode de traitement des données, on entend par exemple les méthodes telles que la mise en relation ou le rapprochement de données, y compris le profilage. Ces méthodes doivent être décrites dans la disposition légale. Plus le risque d'atteinte aux droits fondamentaux est élevé, plus le degré de précision doit être élevé. En cas d'atteinte grave aux droits fondamentaux, la durée de conservation des données doit également être fixée. Le recours à de nouvelles technologies est également un aspect du mode de traitement et doit être précisé. Lorsque cela est possible, la disposition légale doit spécifier l'«architecture de traitement des données», notamment les finalités et la logique du traitement ainsi que le flux des données et l'accès à celles-ci. Cela revêt une importance particulière lors

de l'utilisation de nouvelles architectures. Même lors de la dissolution de structures de données classiques, il doit être à tout moment possible de reconnaître quelles données ont été traitées, par qui, pour accomplir quelles tâches et dans quel but. La «relation à la tâche» de tout traitement de données doit par conséquent également être établie dans les structures de type horizontal.

Exemple :

- L'art. 32 de l'ordonnance concernant la protection des données personnelles du personnel de la Confédération (OPDC, RS 172.220.111.4) décrit la structure du système d'information pour la gestion des données du personnel (IGDP).

Communication en tant que forme particulière du traitement

Objet de la règlementation

816 La communication est une forme particulière du traitement de données (art. 5, let. d et e, LPD), soumise à des règles spécifiques (art. 36 LPD). La communication des données par les organes fédéraux nécessite une base légale spécifique (une délégation générale de compétence n'est pas suffisante). Les exigences relatives à cette base légale sont similaires à celles concernant les autres formes de traitement des données (l'art. 36, al. 1, LPD renvoie à l'art. 34, al. 1 à 3, LPD).

817 La loi formelle qui règle la communication de données personnelles doit également définir en particulier les points suivants :

- Qui – les autorités responsables de la communication des données ;
- Pourquoi – la finalité de la communication des données ;
- Quoi – les catégories de données concernées ;
- À qui – les destinataires des données : voir à ce sujet les ch. *815* ss. Une communication des données à l'étranger n'est possible que si les conditions des art. 8 ss LPD sont remplies (voir à ce sujet le ch. *838* ss).

Exemple :

- Les art. 48a ss de l'ordonnance sur l'état civil (OEC, RS 211.112.2) règlent la divulgation d'office des données personnelles. On y trouve entre autres des dispositions relatives à la divulgation aux autorités étrangères (art. 54 OEC) et à celle des avis de décès aux représentations étrangères (art. 55 OEC).
- Comment – le mode de communication des données.

818 Les différents modes de communication reposant sur une base légale réglant la communication de données personnelles doivent faire l'objet d'une évaluation de la proportionnalité. Il s'agit de déterminer ici de quelle manière la communication de données porte atteinte aux droits fondamentaux, en prenant en compte notamment la finalité de la communication, la nature des données et le cercle des personnes informées. Ainsi, lorsque, dans un cas d'espèce, un échange sur demande

et selon la libre appréciation de l'autorité sollicitée suffit à atteindre les buts voulus par la loi en matière de coopération entre deux autorités, on ne prévoit pas de mode de communication plus large. Il ne faut prévoir une procédure d'appel que lorsqu'elle est indispensable à l'accomplissement des tâches des autorités.

819 En outre, l'étendue de la communication doit respecter le principe de la proportionnalité. Seules les données nécessaires aux destinataires peuvent être communiquées. À ce titre, il y a lieu de tenir compte en particulier de la finalité de la communication.

La transparence de la communication doit être garantie à l'égard des personnes concernées. Ces dernières doivent être en mesure de savoir à qui leurs données personnelles peuvent être transmises et dans quel but.

Exemple :

- Dans le domaine de l'AVS, les autorités compétentes peuvent communiquer dans des cas d'espèce et sur demande écrite et motivée, des données personnelles aux autorités compétentes en matière d'aide sociale, lorsqu'elles leur sont nécessaires pour fixer ou modifier des prestations, en exiger la restitution ou prévenir des versements indus (art. 50*a*, al. 1, let. e, ch. 1, de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, LAVS ; RS 831.10).

Mode de communication

820 Le mode de communication des données doit être établi dans une loi ou une ordonnance. On distingue généralement quatre différents modes d'échange de données personnelles (LeGes 2012/3, p. 389) :

821 - La communication obligatoire (d'office ou sur demande) : l'autorité est tenue, au cas par cas, de communiquer des données personnelles au destinataire. Elle n'a pas de liberté d'appréciation. La communication obligatoire est effectuée d'office ou sur demande écrite. Le légiste met en évidence le caractère obligatoire de la communication en recourant à une formulation du type « … communique … à … ». Pour éviter toute insécurité juridique, il précise également si l'autorité est tenue de communiquer des données personnelles uniquement sur demande ou également d'office.

Exemples :

- dans le domaine du droit d'asile, le SEM est tenu de transmettre d'office aux autorités de poursuite pénale compétentes les informations et moyens de preuve concernant un requérant fortement soupçonné d'avoir violé le droit international public (art. 98*a* LAsi, RS 142.31) ;
- dans le domaine de l'impôt fédéral direct, les autorités fédérales et les autorités cantonales sont tenues de communiquer, sur demande, tout renseignement nécessaire à l'application de la LIFD aux autorités chargées de son exécution (art. 112, al. 1, 1ère phrase, LIFD, RS 642.11).

- La communication spontanée : l'autorité est autorisée à communiquer spontanément des données personnelles à un destinataire, au cas par cas. Elle n'est cependant pas tenue de le faire. Dans le but d'éviter une confusion avec le devoir de communication, le légiste souligne dans le texte le caractère facultatif de la communication, en précisant par exemple que l'autorité « peut communiquer » ou « est habilitée » à communiquer des données personnelles. *822*

Exemple :

  - les autorités fédérales, cantonales et communales peuvent signaler spontanément à l'autorité chargée de percevoir l'impôt fédéral direct les cas qui pourraient faire l'objet d'une imposition incomplète (art. 112, al. 1, 2e phrase, LIFD, RS 642.11).

- La communication sur demande et selon la libre appréciation de l'autorité requise : En cas de demande, l'autorité requise apprécie librement, en l'espèce et dans les limites de la loi, si elle y donne suite ou non. Pour éviter tout risque de confusion avec les cas de communication spontanée, il est opportun que le légiste précise que la communication de données personnelles n'intervient que sur demande écrite. De plus, afin d'éviter une confusion avec la communication obligatoire sur demande, le texte de la disposition mettra en évidence la liberté d'appréciation dont jouit l'autorité en précisant par exemple qu'elle « peut communiquer » ou « est habilitée » à communiquer des données personnelles. *823*

Exemple :

  - l'art. 32, al. 1, LPGA (RS 830.1) prévoit que les autorités administratives et judiciaires fournissent gratuitement aux organes des assurances sociales, dans des cas particuliers et sur demande écrite et motivée, les données qui leur sont nécessaires pour fixer ou modifier des prestations, ou encore en réclamer la restitution, pour prévenir des versements indus, pour fixer et percevoir les cotisations et pour faire valoir une prétention récursoire contre le tiers responsable.

- On est en présence d'un accès en ligne lorsque plusieurs autorités exploitent le même système informatisé ou que des tiers par rapport au responsable du traitement ont accès selon le principe du self-service aux données. Dans ce cas de figure, le responsable du traitement demeure passif. Il ne sait pas forcément qu'une personne a eu accès à certaines données. *824*
- La LPD ne distingue pas la notion d'accès en ligne selon le principe du self-service, (c'est-à-dire la procédure d'appel «*Abrufverfahren*» visée à l'art 19, al. 3 aLPD) d'autres modes de communications. Cette modification de la loi n'entraîne pas d'affaiblissement de la protection de la sphère privée. Il s'agit d'un mode de communication qui comme tel doit être prévu par la loi. L'accès en

ligne selon le principe du self-service est particulièrement susceptible de porter gravement atteinte aux droits fondamentaux de la personne concernée, il doit être prévu dans une loi au sens formel en tout cas lorsqu'il porte sur des données sensibles ou des données basées sur des profilages. Il peut figurer dans une loi au sens matériel si le responsable du traitement donne un accès en ligne à des données non sensibles et que la probabilité d'atteinte grave aux droits fondamentaux est réduite. Le principe de finalité exige qu'un lien étroit soit établi entre l'accès en ligne et chaque tâche de l'autorité pour lesquelles il est requis. Par exemple, une autorité x a accès en ligne aux catégories de données y pour exécuter une tâche prévue à l'art. z de telle loi. Une autre autorité a accès en ligne aux catégories de données b pour accomplir une tâche c prévue à l'art. d de telle loi. Les bases légales nécessaires pour prévoir un accès en ligne seront d'autant plus précises que le risque d'atteinte aux droits fondamentaux est élevé. La gravité de l'atteinte doit être examinée en tenant compte non seulement de la nature des données mais aussi et en particulier du but du traitement.

Communication à l'étranger

825 En vertu de l'art. 16, al. 1, LPD, des données personnelles ne peuvent en règle générale être communiquées à l'étranger que si l'État concerné dispose d'une législation assurant un niveau de protection adéquat ou qu'un organisme international garantit un niveau de protection adéquat. Le Conseil fédéral détermine quels États et organes internationaux garantissent un tel niveau de protection. L'ordonnance sur la protection des données (OPDo, RS 235.11) comprend en annexe la liste des États étrangers qui garantissent un niveau de protection adéquat. Si un État ne figure pas sur cette liste, la communication des données ne peut intervenir que si le niveau de protection adéquat est garanti par un autre instrument prévu à l'art. 16, al. 2, LPD tel qu'un traité international ou des garanties spécifiques élaborées par l'organe fédéral compétent (art. 16, al. 2, let. a, b et d, LPD).
Lors de la conclusion de traités internationaux, il est important de s'assurer qu'un niveau de protection adéquat soit garanti à l'étranger. Les éléments centraux sont le respect des principes de la protection des données, les droits des personnes concernées (tels que le droit d'accès), les voies de droit disponibles, les exigences eu égard à une éventuelle communication ultérieure à l'étranger et l'existence d'une surveillance indépendante de la protection des données.

Examen préalable des risques et analyse d'impact relative à la protection des données personnelles (AIPD) dans le cadre de la procédure législative

826 Lors de chaque traitement de données envisagé, les organes fédéraux, se fondant sur l'art. 22 LPD, doivent effectuer un examen des risques afin de déterminer si un tel traitement est susceptible d'entraîner un risque élevé pour les droits fondamentaux de la personne concernée. Si cet examen démontre l'existence d'un risque élevé pour les droits fondamentaux de la personne concernée, une analyse d'impact relative à la protection des données (AIPD) doit être établie.

L'examen préalable des risques et l'AIPD se fondent sur les directives du Conseil fédéral concernant l'examen préalable des risques et l'analyse d'impact relative à la protection des données personnelles en cas de traitement de données personnelles par l'administration fédérale (Directives AIPD). Les documents complémentaires de l'OFJ, en particulier l'instrument d'examen préalable des risques et le guide AIPD, peuvent être téléchargés sur le site internet de l'OFJ.

4ème partie : Les divers types d'action possibles

15 Instruments d'action de l'État

Introduction

Lors de la recherche de solutions, il s'agit de choisir, parmi les instruments dont l'État dispose pour traduire sa volonté et influencer un comportement social, les plus appropriés. Ces instruments d'action de l'État sont : 827

- les obligations et interdictions (v. *ch. 828*) ;
- les régimes d'autorisation et d'annonce (voir *ch. 829 ss*) ;
- les dispositions financières (contributions de droit public, voir *ch. 837 ss* ; subventions, voir ch. 866ss)) ;
- les dispositions pénales (voir *ch. 877 ss*);
- les moyens de contrainte administratifs (voir *ch. 910 ss*);
- les dispositions régissant la responsabilité (voir *ch. 916 ss*);
- la planification (voir *ch. 922 ss*);
- les autres instruments : l'information et l'incitation (voir *ch. 931 ss*) et les instruments partenariaux (voir *ch. 941 ss*).

Obligations et interdictions

La partie principale de l'acte législatif est, en règle générale, consacrée à la définition des droits et des obligations de ses destinataires primaires. Ceux-ci peuvent être soumis directement à une obligation de faire ou de tolérer. 828

Exemples :

- dispositions sur la manière de traiter les animaux (art. 4 et 6 à 21 de la loi sur la protection des animaux (LPA, RS 455) ; art. 3 à 80 de l'ordonnance sur la protection des animaux (OPAn, RS 455.1) ;
- règles de la circulation routière (art. 26 à 53 LCR et ordonnance sur les règles de la circulation routière, OCR, RS 741.11).

Régimes d'autorisation et d'annonce

Régime d'autorisation

Lorsqu'un comportement présente un risque élevé, on peut prévoir un régime d'autorisation ou d'annonce. Les régimes d'autorisation peuvent consister en une procédure d'homologation ou d'examen de la conformité. 829

Le régime d'autorisation permet d'influencer des comportements en tenant compte de chaque cas ; cependant, contrairement aux dispositions qui prescrivent directement un certain type de comportement, il entraîne généralement un travail administratif important. 830

Les questions suivantes doivent être examinées au moment d'édicter des dispositions prévoyant un régime d'autorisation : 831

- Le comportement doit-il nécessairement être dirigé en tenant compte des circonstances de chaque cas concret ?
- Peut-on obtenir le même résultat en utilisant des instruments moins incisifs (par exemple publication officielle obligatoire, obligation de s'annoncer ou de se faire enregistrer, en prévoyant éventuellement pour les autorités d'application certains moyens d'intervention clairement circonscrits) ?

832 Le principe de l'autorisation doit dans tous les cas être ancré dans une loi formelle. Les particularités de la procédure d'autorisation peuvent être réglées au niveau de l'ordonnance. On se référera à ce sujet aux principes généraux de la délégation législative (voir *ch. 703 ss*).

833 La réglementation devrait clairement répondre aux questions suivantes :

- Quels sont les comportements qui ne sont admissibles qu'avec une autorisation expresse ?
- Qui peut bénéficier d'une autorisation (personnes physiques ou morales) ?
- Quelles conditions faut-il remplir pour la délivrance de l'autorisation ?
- S'agit-il d'une autorisation de droit ou d'une autoristion discrétionnaire ? Dans le premier cas, l'autorisation doit être accordée dès lors que les conditions sont remplies. Dans le second, l'autorité dispose d'une certaine marge de manœuvre, même lorsque les conditions sont remplies (l'autorisation peut être accordée).
- Quelle est l'autorité de décision en première instance ?
- Quel est le statut des tiers intéressés ?
- L'autorisation est-elle limitée dans le temps ?
- L'autorisation est-elle transmissible ?
- Quels sont, le cas échéant, les motifs d'extinction ou de retrait de l'autorisation ?

834 Au moment de régler la procédure, on veillera à ne faire figurer dans la loi formelle que les dispositions indispensables et celles qui complètent ou dérogent à la PA. Il en va de même s'agissant des voies de recours (v. les dispositions de procédure aux *ch. 745 ss*).

Exemples :

- art. 28 ss de la loi sur la radioprotection (RS 814.50) ;
- art. 9 ss de la loi sur les produits chimiques (LChim, RS 813.1).

Régime d'annonce

835 Le régime d'annonce sert prioritairement à fournir des informations à l'État. Il est une forme atténuée du régime d'autorisation (v. *ch. 829 ss*). L'État n'est pas obligé d'agir automatiquement quand il reçoit une annonce, mais celle-ci lui permet d'intervenir si la situation l'exige. En ce sens, le régime d'annonce sert aussi à influer sur le comportement des sujets de droit.

Une sanction est en règle générale prévue en cas de non-respect de l'annonce obligatoire. 836

Exemple avec sanction :

- annonces relatives au trafic des animaux (art. 14 s. de l'ordonnance sur les épizooties, OFE, RS 916.401).

Exemple sans sanction :

- inscription au registre des Suisses de l'étranger (art. 11 de la loi sur les Suisses de l'étranger, LSEtr, RS 195.1).

Dispositions financières

Les contributions de droit public

La notion de contribution est utilisée ici comme notion générique pour les impôts, les taxes d'orientation, les taxes de surveillance, les charges de préférence, les émoluments, etc. 837

Schéma des contributions de droit public (v. JAAC 64.25)

<table>
<tr><th></th><th>Lien entre le but de l'utilisation de la taxe et le cercle des assujettis</th><th>Exigences relatives à la base constitutionnelle pour la perception de contributions par la Confédération</th><th>Exigences relatives à la base légale</th></tr>
<tr><td>Impôts, à l'exemple des impôts sur le revenu et la fortune</td><td>Absence de tout lien (obligation sans condition)</td><td rowspan="2">Base constitutionnelle expresse et spécifique</td><td rowspan="3">Détermination du cercle des assujettis, de l'objet et de la quotité de la contribution nécessaire au niveau de la loi formelle</td></tr>
<tr><td>Impôts à affectation obligatoire calculés selon les coûts, à l'exemple de la surtaxe sur les huiles minérales et la taxe de séjour</td><td>Lien aussi peu arbitraire que possible (y inclus des assujettis qui n'ont rien à faire avec l'accomplissement du but poursuivi par la contribution)</td></tr>
<tr><td>Contributions particulières, à l'exemple des taxes de surveillance des banques et des assurances privées</td><td>Rapport particulier, par exemple une équivalence de groupe, c'est-à-dire une congruence entre le cercle des assujettis et le cercle des personnes auxquelles profite l'utilisation de la contribution</td><td rowspan="4">Prélèvement en vertu d'un lien matériel, c'est-à-dire sur la base d'un domaine de compétence de la Confédération (p.ex. art. 98 Cst. pour la taxe de surveillance dans le domaine des banques et des assurances privées)</td></tr>
<tr><td>Taxes d'incitation (par exemple sur les composés organiques volatils)</td><td>Non applicables (pas de but d'utilisation défini)</td><td>Comme pour les impôts, mais la taxe peut être déterminée dans une ordonnance, sur la base de critères suffisamment définis par la loi.</td></tr>
<tr><td>Charges de préférence (par exemple les contributions des propriétaires fonciers aux installations d'équipement)</td><td rowspan="2">Équivalence individuelle</td><td rowspan="2">Admissibilité de la délégation à l'exécutif, dans une base légale formelle, de la détermination du montant de la contribution, pour autant que son calcul puisse être vérifié sous l'angle des principes de l'équivalence et de la couverture des frais.</td></tr>
<tr><td>Émoluments</td></tr>
</table>

Impôts

Types d'impôts

Les impôts sont destinés à couvrir les besoins financiers de la collectivité. Ils sont perçus auprès de toutes les personnes qui remplissent les conditions prévues par la loi. L'obligation de payer des impôts n'a pas pour corollaire l'obligation pour l'État de fournir une prestation ou un avantage. Cette obligation est due « sans condition ». On distingue les catégories d'impôts suivantes : *838*

- les impôts destinés à couvrir les besoins financiers en général, parmi lesquels on distingue les impôts directs (impôt sur le revenu, sur la fortune, sur les gains en capital) et indirects (droits de timbre, impôt à la valeur ajoutée) ;
- les impôts d'affectation ou de dotation, destinés exclusivement à financer des tâches publiques fixées au préalable, par exemple l'impôt sur le tabac, l'impôt sur les boissons distillées et l'impôt sur les recettes des maisons de jeu (dont le bénéfice sert à financer l'AVS/AI en vertu de l'art. 112, al. 5, Cst.), les taxes de séjour ;
- les impôts à affectation obligatoire calculés selon les coûts, à l'exemple des taxes de séjour et de la surtaxe sur l'impôt prélevé sur les carburants au sens de l'art. 131, al. 2, let. a, Cst.

Faut-il affecter le produit de l'impôt à un but ?

Affecter le produit de l'impôt à un but déterminé permet d'assurer l'exécution d'une tâche que la collectivité estime particulièrement importante. Le produit de l'impôt ne peut alors être affecté qu'à l'activité choisie et non à la couverture des besoins financiers généraux. Ce mécanisme présente toutefois l'inconvénient de faire perdre sa souplesse à la politique financière. Quant à l'incitation à utiliser les fonds de manière mesurée, elle n'a effet que si l'impôt ne génère pas des recettes supérieures à ce qui est nécessaire pour l'accomplissement de la tâche visée. *839*

Objectifs extra-fiscaux

Les impôts poursuivent parfois des objectifs autres que fiscaux qui peuvent entrer en conflit avec les principes de l'égalité de traitement et de l'imposition selon la capacité économique. Il convient donc de pondérer les objectifs extra-fiscaux avec les principes constitutionnels de l'imposition visés à l'art. 127, al. 2, Cst. afin d'établir une concordance pratique (voir FF 2022 1252, ch. 7.1, p. 40 s.). *840*

Principes en matière de législation

- La Confédération n'a le droit de prélever que les impôts prévus par la Constitution fédérale (voir art. 106, al. 3, 128 et 130 à 133 Cst.). *841*
- L'art. 127 Cst. pose les principes régissant l'imposition : l'aménagement de l'impôt, notamment le cercle des contribuables, l'objet de l'impôt et son mode de calcul doivent être réglés dans la loi formelle elle-même (voir également

art. 164, al. 1, let. d, Cst. ; ATF 136 II 149, cons. 5.1). Pour autant que la nature de l'impôt le permette, il s'agit de tenir compte en particulier des principes de l'universalité et de l'égalité de l'imposition, de même que de celui de l'imposition selon la capacité contributive (v. ATF 136 I 49, cons. 5.2).

- De la même manière, les exceptions à l'obligation fiscale et une éventuelle affectation de la taxe à un but déterminé doivent figurer dans une loi formelle (voir ATF 122 I 305 cons. 6, 103 Ia 242). De telles affectations ne peuvent pas déroger à d'éventuelles affectations constitutionnelles.
- Les objectifs extra-fiscaux de droit fédéral doivent être fondés sur une compétence matérielle constitutionnelle de la Confédération (FF 1983 III 1, ch. 145.1, p. 48 ss).
- La charge fiscale ne doit pas être lourde au point de vider la fortune des contribuables de sa substance ou d'en empêcher la reconstitution (interdiction d'une imposition confiscatoire ou prohibitive, voir ATF 128 II 112, cons. 10b.bb).

Contributions particulières

842 Les taxes de surveillance constituent une sous-catégorie des contributions particulières. Leur classification spécifique n'a été établie qu'à la fin des années 1990, en partant du principe que la prise en compte des frais généraux (*overhead*) dans le calcul des émoluments pouvait dépasser le cadre des émoluments (JAAC 64.25, en particulier A./II.4 ; dans la pratique de l'OFJ, une part d'environ 15 % de frais généraux dans les coûts imputables est considérée comme admissible, ce qui permet d'assurer un calcul correct des émoluments, en particulier en cas de contrôle judiciaire).

843 La conception des taxes de surveillance ne fait pas l'unanimité dans la doctrine (voir Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8e édition, 2020, n° 2775 s., 2794 ; Tschannen/Müller/Kern, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5e édition, 2022, n° 1597 et 1653, qui envisagent d'élargir, par le biais de l'interprétation de la Constitution, la possibilité de prélever des taxes sur la base d'une compétence matérielle ; Wiederkehr, Sonderabgaben, recht 2017, 43 ss, en particulier 48 ss).

844 Au cours des 25 dernières années, le Conseil fédéral a proposé plusieurs fois la perception de taxes de surveillance ; le Parlement a en partie suivi ces propositions et a édicté les réglementations correspondantes (par exemple art. 15 LFINMA, art. 65 de la loi sur les produits thérapeutiques, art. 20 du projet de loi fédérale sur la surveillance et la transparence des marchés de gros de l'énergie [message du 29.11.2023, FF 2023 2864 s.]). Le Tribunal fédéral n'a pas jugé utile à ce jour de remettre fondamentalement en question cette pratique, en particulier le fait de fonder la réglementation légale formelle d'une taxe de surveillance sur la compétence matérielle à la base de l'activité de surveillance (ATF 141 V 509, consid. 6 ; arrêts 2C 726/2007 du 2.10.2008, consid. 4.2 et 2C 729/2007 du

25.6.2008, consid. 3).

Selon la conception des taxes de surveillance, il se justifie – malgré l'absence d'équivalence individuelle – de ne pas les qualifier d'impôts (d'attribution des coûts), qui exigeraient une base constitutionnelle spécifique explicite. Les taxes de surveillance servent à financer de manière conforme au principe de causalité la surveillance exercée par l'État : en raison du lien particulier qui unit le cercle des assujettis et l'affectation de la taxe, elles peuvent en effet être considérées comme une catégorie de taxes distincte au sein des contributions causales et une base légale formelle fondée sur une compétence matérielle de la Confédération suffit à leur perception. *845*

La qualité du lien entre les personnes assujetties à la taxe et l'utilisation de celle-ci est déterminante. Dans le cas des taxes de surveillance, le lien est congruent, puisque, bien qu'elles ne puissent être imputées aux assujettis pris séparément, elles leur bénéficient cependant en tant que groupe. Une telle congruence peut être considérée comme une équivalence de groupe qualifiée, ce qui n'est pas le cas de taxes telles que la surtaxe sur les huiles minérales grevant les carburants (art. 131, al. 2, let. a, Cst.). Cette dernière, si elle est bien utilisée au profit de la circulation routière (art. 86, al. 2, let. c, Cst.), n'est cependant pas prélevée uniquement sur la consommation de carburants des véhicules routiers mais également sur celle des machines de chantiers, par exemple (voir JAAC 64.25, 355 s). *846*

Lorsque l'on examine la question des bases légales du point de vue de la marge de manœuvre constitutionnelle, il ne semble pas approprié de traiter les taxes présentant une congruence élevée de la même manière que celles qui ne présentent aucun lien entre assujettis et affectation (par exemple les impôts sur le revenu) ou qui présentent un lien plus ténu (par exemple la surtaxe sur les huiles minérales grevant les carburants). On peut raisonnablement considérer que les taxes présentant un lien de congruence qualifiée peuvent être fondées sur une compétence matérielle de la Confédération dans une loi formelle, à l'image des taxes présentant un rapport d'équivalence individuelle, et qu'elles ne nécessitent donc pas de base constitutionnelle explicite spécifique. *847*

Selon la pratique des autorités fédérales, les taxes de surveillance ne sont donc pas considérées comme des impôts, mais comme des contributions causales. Cette pratique se justifie notamment dans les domaines où la surveillance est étendue, comme c'est le cas pour la surveillance des banques et des assurances privées par la FINMA. *848*

La détermination du critère qui permettra de répartir entre les assujettis les coûts qui doivent être couverts par la taxe de surveillance constitue un défi pratique. La clé de répartition doit reposer sur une corrélation plausible entre les assujettis et les charges dont les coûts doivent être couverts. La répartition de la taxe entre les assurances privées se fait par exemple en fonction du volume de primes de chaque entreprise d'assurance par rapport au volume total des primes (art. 15, *849*

al. 2, let. c, LFINMA). Une corrélation entre l'utilité des charges de surveillance, qui ne peuvent pas être imputées aux différentes entreprises d'assurance en vertu de l'équivalence individuelle, et la taille des entreprises semble plausible. Étant donné l'importance de cette clé de répartition, elle doit être fondée sur une base légale formelle.

Taxes d'orientation

850 Les taxes d'orientation visent à inciter les personnes assujetties à modifier leur comportement en augmentant les coûts engendrés par les agissements non souhaités (voir par exemple les taxes d'orientation visées aux art. 35*a* ss de la loi sur la protection de l'environnement, RS 814.01). Pour cette catégorie de taxes, le bénéfice financier n'est en fait qu'un effet accessoire. L'affectation du produit d'une taxe d'incitation compromet donc l'objectif à long terme de la taxe, qui risque de devenir pérenne.

Principes en matière de législation :

851
- Les taxes d'orientation n'ont pas besoin de base constitutionnelle expresse, si le but poursuivi par la taxe d'orientation est couvert par une compétence de la Confédération dans le domaine concerné. L'affectation doit en revanche pouvoir s'appuyer sur une compétence fiscale de la Confédération (pour la taxe sur le CO_2 : art. 131, al. 1, let. e, Cst.).
- Les taxes d'orientation obéissent au principe de la légalité dans la même mesure que les autres mesures incitatives de droit administratif (ATF 125 I 182 cons. 4d). Une ordonnance peut prévoir le montant de la taxe lorsqu'il doit être modifié fréquemment, à condition toutefois que les critères utilisés soient suffisamment précis.

Charges de préférence

852 Les charges de préférence sont, comme les émoluments, des contributions causales, représentant une participation des personnes auxquelles des installations réalisées par une corporation publique procurent certains avantages économiques.

Exemple :

- contribution d'un propriétaire foncier à la construction d'une route ou d'un réseau de canalisations.

853 Les charges de préférence doivent, d'une part, être calculées en fonction du principe de la couverture des frais et, d'autre part, être perçues proportionnellement à l'avantage économique qu'en retire le bénéficiaire de l'installation publique. Pour apprécier cet avantage, on peut utiliser des critères de calcul schématiques (voir TF du 30 juin 2005, ZBl 2006 382 cons. 3 ; ATF 128 I 46 cons. 4, 122 I 305 cons. 4b, 110 Ia 205 cons. 4c).

Les charges de préférence obéissent au principe de la légalité dans la même mesure que les impôts. La loi formelle doit définir au moins les conditions générales de la perception et le montant maximum de la contribution. De la même manière, elle doit fixer la proportion dans laquelle les frais de l'installation doivent être supportés par les assujettis (voir ATF 132 II 371 cons. 2). 854

Contributions de remplacement

Les contributions de remplacement sont, comme les émoluments et les charges de préférence, des contributions causales perçues de personnes exemptées d'une obligation de droit public. 855

Exemples :

- contributions de remplacement au lieu de la création de places de parc ou du reboisement d'une forêt ;
- taxe d'exemption de l'obligation de servir (loi fédérale sur la taxe d'exemption de l'obligation de servir, LTEO ; RS 661).

La contribution de remplacement doit être mesurée en fonction de l'avantage que retire l'administré à être exempté de l'obligation originaire (voir ATF du 18 août 1999, ZBl 2003 551 cons. 5, ATF 97 I 792 cons. 8). Elle ne peut pas être plus élevée que nécessaire pour compenser cet avantage ; elle ne doit pas non plus être si basse qu'elle incite l'assujetti à ne pas exécuter la prestation originaire. 856

En règle générale, les contributions de remplacement sont soumises au principe de la légalité dans la même mesure que les autres contributions causales (voir ATF 135 I 233, cons. 9). Le montant de la contribution peut être réglé par voie d'ordonnance lorsque la nature de l'obligation originaire permet de dégager des critères suffisamment précis pour le calcul de l'avantage à compenser. 857

Émoluments

Contrairement aux impôts qui sont dus « sans condition », les émoluments sont perçus en contrepartie d'une prestation de l'État ou de l'octroi d'un avantage déterminé. Il s'agit de contributions causales. 858

Les émoluments administratifs sont perçus pour financer une dépense découlant d'une prestation fournie par l'administration et causée ou sollicitée par l'administré. Les émoluments de chancellerie en constituent un exemple. 859

Les taxes d'utilisation sont prélevées pour l'utilisation des établissements, installations ou équipements publics.

Les émoluments régaliens constituent la contrepartie versée par le contribuable pour l'exercice d'une activité ou d'un privilège réservés à l'État (monopoles, régales). 860

861

Principes en matière de législation

- En principe, les émoluments doivent être prévus par une base légale formelle (art. 164, al. 1, let. d, Cst.). L'art. 46*a* LOGA est une base légale suffisante pour les émoluments perçus par les unités de l'administration fédérale centrale et décentralisée pour leurs décisions et leurs prestations, mais non pour d'autres actes officiels tels que les contrôles ponctuels qui ne donnent lieu à aucune contestation (voir Th. Braunschweig, LeGes 2005, p. 9 ss. notamment ch. 2.2 et 3.3). Le montant de l'émolument peut être prévu dans une ordonnance pour autant qu'il soit possible, compte tenu de la nature de l'activité administrative en cause, d'appliquer le principe de la couverture des frais et celui de l'équivalence (voir ATF 135 I 130, cons. 7.2, avec d'autres références).
- Les émoluments de chancellerie n'ont pas besoin de base légale formelle et peuvent être perçus sur la base d'une ordonnance. Constituent des émoluments de chancellerie les montants perçus pour rétribuer des activités administratives simples pouvant être effectuées sans moyens de contrôle ou d'examen particulier. Les taxes ne doivent pas excéder un montant modeste (environ 30 francs ; voir ATF 125 I 173 cons. 9b).
- En vertu du principe de la couverture des frais, le produit des émoluments ne doit pas dépasser l'ensemble des charges supportées par le service concerné (voir ATF 149 I 305 et le commentaire d'Alain Griffel, ZBL 11/2023, 594 ss, message relatif à l'art. 46*a* LOGA, FF 2003 5240 ss). S'agissant des émoluments perçus pour des droits n'engendrant pas de frais supplémentaires pour l'administration, en particulier des taxes de monopole, les taxes régaliennes et les taxes d'utilisation, le principe de la couverture des frais ne s'applique pas (voir ATF 131 II 735, cons. 3.2, 4,124 I 11, cons. 5b)
- Le principe de l'équivalence, qui découle du principe de la proportionnalité, exige qu'un émolument n'apparaisse pas disproportionné par rapport à la valeur objective de la prestation et qu'il se situe dans des limites raisonnables. La valeur d'une prestation se mesure soit à l'avantage qu'en retire l'assujetti, soit à la somme des frais qu'occasionne la demande par rapport à l'ensemble des charges supportées par le service administratif concerné (voir ATF 132 II 47 cons. 4.1, 130 III 225 cons. 2.3).
- Le tarif des émoluments doit respecter les principes d'égalité de traitement et d'interdiction de l'arbitraire ; cela signifie qu'il doit être conçu avec objectivité et ne doit pas établir de distinctions sans motif raisonnable. On admet toutefois un calcul schématique des tarifs sur la base de valeurs moyennes fondées sur l'expérience (voir ATF 138 II 70 cons. 6.2 à 7.4, 130 III 225 cons. 2.4, 125 I 1, 106 Ia 241, 244).

Cotisations aux assurances sociales

Les cotisations aux assurances sociales doivent permettre de financer totalement ou partiellement les charges des institutions d'assurances sociales. 862

Le cercle des personnes assujetties doit être défini dans une loi formelle. Hormis les assurés, il arrive souvent que leurs employeurs soient appelés à cotiser. L'obligation de cotiser peut être prévue dans une convention collective de travail déclarée de force obligatoire générale (v. ATF 138 V 32 cons. 3.2). 863

Les assurances sociales s'efforcent souvent de réaliser, outre une simple répartition des risques, un correctif social. C'est la raison pour laquelle les cotisations peuvent contenir, en plus de ce qui est indispensable sur le plan de la technique des assurances, une contribution de solidarité. Des contributions de solidarité de ce genre présentent les caractéristiques d'impôts d'affectation. Lorsque la part « contribution de solidarité » est importante par rapport au montant total de la cotisation (par exemple AVS/AI), elle doit être prévue par une loi formelle. 864

Subventions

Aides financières et indemnités (subventions)

La loi sur les subventions distingue entre aides financières et indemnités. 865

La Confédération alloue une aide financière à un bénéficiaire étranger à l'administration fédérale qui accomplit une activité importante pour la collectivité publique, mais qui ne pourrait guère la financer par ses propres moyens (voir art. 3, al. 1, de la loi sur les subventions, LSu, RS 616.1). Selon la LSu, elle peut notamment accorder ce type de subvention lorsque : 866

- la tâche répond à l'intérêt de la Confédération ;
- les particuliers ou les cantons ne sauraient accomplir cette tâche sans son soutien ;
- les autres possibilités de financement ont été épuisées ;
- la tâche ne peut être accomplie de manière plus rationnelle.

Les indemnités servent à atténuer ou à compenser les charges financières découlant de l'accomplissement de tâches prescrites par le droit fédéral (art. 3, al. 2, LSu). Leurs bénéficiaires sont souvent des entreprises de la Confédération ou des cantons qui se chargent en leur nom de certaines activités. Ces dernières se basent : 867

- directement sur une loi ou sur une ordonnance de l'Assemblée fédérale ;

Exemple :

- la Confédération alloue 50 millions de francs pour l'octroi de rabais sur la distribution de la presse (art. 16, al. 7, de la loi sur la poste, LPo, RS 783.0) ;

- sur un contrat ;

Exemple :

- les entreprises de transport reçoivent des indemnités pour les coûts non couverts des prestations de transport régional commandées par la Confédération et les cantons (art. 28 ss de la loi sur le transport de voyageurs, LTV, RS 745.1).

868 Si l'indemnisation est accordée dans le cadre de la délégation d'une tâche de la Confédération pour laquelle plusieurs bénéficiaires potentiels sont candidats, l'art. 15*b* de la loi sur les subventions (RS 616.1) prévoit que les dispositions de la loi fédérale sur les marchés publics (RS 172.056.1) s'appliquent aux marchés passés en dehors du champ d'application des traités internationaux. Si cela n'est pas souhaité, la législation spéciale doit préciser que le mandat n'est pas considéré comme un marché public :

- concessions d'infrastructure (art. 5, al. 5, LCdF ; RS 742.101) ;
- concession pour le transport de personnes (art. 6, al. 5, LTV ; RS 745.1).

869 En pratique, il n'est pas toujours facile de tracer la ligne de démarcation entre les aides financières et les indemnités (v. FF 1998 1721, 1729).

870 Les explications qui vont suivre devraient permettre de clarifier le principe de la loi sur les subventions qui veut que les dispositions légales relatives aux aides financières et les indemnités doivent être conçues de manière à ce qu'il soit possible de prendre en compte les impératifs de la politique financière, notamment en subordonnant l'octroi des prestations au volume des crédits disponibles et en fixant des taux plafonds (art. 7, let. h., et 10, al. 1, let. d, LSu).

871 Dans un acte législatif, subordonner des subventions au volume des crédits disponibles n'a pas la même signification que l'article 57, alinéa 2, de la loi sur les finances, qui impose à l'administration de n'allouer des versements que dans le cadre des crédits ouverts. Subordonner l'octroi des subventions à des crédits disponibles, dans un acte législatif, a des effets externes, et exclut, ou tout au moins diminue, les prétentions juridiques. À l'opposé, l'article 31, alinéa 2, de la loi sur les finances n'a que des effets internes. Si les crédits octroyés ne suffisent pas à financer les subventions, il est nécessaire de solliciter des crédits additionnels (voir JAAC n° 49 [1985], n° 59, p. 374 s.).

Conception flexible sur le plan financier des normes relatives aux subventions

872 Les normes relatives aux subventions peuvent, dans les cas suivants, être conçues de manière flexible sur le plan financier :

- aides financières : la flexibilité sur le plan de la politique financière doit être compatible avec le but de l'aide. En règle générale, il y a compatibilité lorsque

les aides financières sont attribuées à des fins d'investissements. Il y a incompatibilité lorsqu'elles favorisent ou servent à maintenir des activités de longue durée (par exemple les aides financières destinées à supporter des charges d'exploitation) ;

- indemnités : la flexibilité requise sur le plan de la politique financière doit être compatible avec la tâche à indemniser. Il y a, en règle générale, compatibilité avec une obligation d'indemniser lorsque les dispositions déterminantes laissent aux autorités d'exécution une marge de manœuvre pour décider de l'étendue ou du moment de l'indemnisation.

Moyens d'assurer la flexibilité sur le plan de la politique financière

Base légale

L'octroi d'aides financières et d'indemnités requiert une base légale formelle. Afin que la Confédération puisse maintenir la flexibilité de sa politique financière, on ne doit pas instaurer un droit aux subventions. On peut tout au plus fixer le principe du financement, mais pas le montant. Deux options s'offrent : *873*

- restreindre les aides financières au montant des crédits ouverts. Proposition de formulation : « La Confédération octroie des aides financières/des indemnités dans la limite des crédits ouverts ». Cette formulation instaure, jusqu'à concurrence du crédit ouvert, un droit à l'octroi d'aides financières ou d'indemnités.
- conférer un pouvoir d'appréciation à l'autorité par l'adoption d'une norme potestative. Proposition de formulation : « La Confédération peut accorder des aides financières/des indemnités ». À première vue, cette formulation ne donne pas naissance à un droit, mais ce n'est qu'une apparence. Comme l'administration ne peut, comme chacun sait, statuer arbitrairement, elle doit respecter dans ses décisions des critères objectifs. Si donc elle a développé une certaine pratique dans le traitement des demandes, elle ne peut s'en écarter sans motifs fondés. L'administration ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation totalement libre. Si les demandes présentées excèdent les ressources disponibles, le département compétent établit un ordre de priorité (art. 13, al. 2, LSu).

Si la liberté d'appréciation de l'administration doit être davantage limitée, les restrictions supplémentaires doivent être prévues dans la loi ou dans l'ordonnance. *874*

Exemples :

- promotion du tourisme (v. art. 1 à 3 de la loi fédérale encourageant l'innovation, la coopération et la professionnalisation dans le domaine du tourisme, RS 935.22) ;
- aides financières « lorsque les mesures sont urgentes » ou requièrent « une évaluation complexe » (art. 4*a* de l'ordonnance sur la protection de la nature et du paysage, OPN, RS 451.1).

Subventions dans le cadre de l'année budgétaire

875 Dans la plupart des cas, les subventions sont octroyées et payées sur une période d'un an. L'office compétent doit alors ouvrir un crédit budgétaire (pour l'ensemble de la terminologie, voir l'art. 20 de l'ordonnance sur les finances de la Confédération, RS 611.01). À certaines conditions, ces crédits peuvent être reportés sur l'année suivante.

Subventionnement d'engagements à long terme

876 Lorsqu'il est prévu de contracter des engagements financiers allant au-delà de l'exercice budgétaire, un crédit d'engagement est nécessaire (art. 21 de la loi sur les finances, LFC, RS 611.0 et art. 10 ss OFC). Proposition de formulation : « L'Assemblée fédérale fixe le montant maximal des aides financières, par année/sur plusieurs années, par arrêté fédéral simple. »

Exemples :

- art. 28, al. 3, de la loi sur l'encouragement du sport (LESp, RS 415.0) ;
- art. 4 de la loi fédérale sur les aides financières à l'accueil extra-familial pour enfants (RS 861).

Dispositions pénales

Introduction

877 Selon l'art. 123, al. 1, Cst., la législation en matière de droit pénal matériel relève de la compétence de la Confédération. Le droit pénal principal est constitué par le code pénal suisse (CP, RS 311.0). Il comprend les dispositions pénales concernant les comportements qui sont en soi susceptibles d'être réprouvés et sanctionnés. Le droit pénal accessoire est constitué par les dispositions pénales contenues dans les lois spéciales. On le distingue par son caractère administratif accessoire ; le comportement découlant de l'état de fait n'est pas en soi susceptible d'être réprimé pénalement, mais uniquement en rapport avec la violation d'une norme de droit administratif. Le droit pénal accessoire sert avant tout à la mise en œuvre du droit matériel. La compétence d'adopter ces dispositions légales ne découle pas de l'art. 123, al. 1, Cst., mais de la compétence législative de la Confédération de légiférer dans le domaine du droit administratif concerné.

878 Le droit pénal accessoire n'est cependant pas uniforme, aussi bien sur le plan matériel que formel. Les explications qui vont suivre donnent quelques principes de législation pour l'ensemble du droit pénal accessoire.

879 Une partie du droit pénal accessoire est également constituée par la loi fédérale sur le droit pénal administratif (DPA, RS 313.0), laquelle contient quelques dispositions pénales matérielles (analogues à l'escroquerie, au faux dans les titres et à l'obtention frauduleuse d'une prestation telles que réprimées par le CP). Cette loi unifie essentiellement la procédure pénale au niveau de l'administration fédérale, si bien que l'on peut en principe renoncer à introduire dans les lois spéciales des

dispositions spécifiques en matière de procédure pénale.

Validité des dispositions générales du CP et du DPA

Principe

En vertu de l'art. 333, al. 1, CP, les dispositions générales du CP sont applicables aux infractions prévues par d'autres lois fédérales, à moins que celles-ci ne contiennent des dispositions sur la matière. L'art. 2 DPA reprend ce principe pour « la législation administrative fédérale » ; en outre cette loi prévoit pour cette matière quelques dérogations aux dispositions de la partie générale du CP (voir art. 4 à 11 DPA). Ces dérogations concernent en particulier la punissabilité de l'instigation et de la complicité (voir art. 5 DPA), la répression des infractions commises dans la gestion d'une personne morale pour des amendes jusqu'à 5 000 francs (voir art. 6 et 7 DPA) et la prescription des contraventions (voir art. 11 DPA). *880*

L'ensemble du droit pénal administratif, y compris les dispositions qui lui sont propres, ne s'applique que lorsque l'instruction et le jugement d'une infraction sont du ressort d'une autorité administrative fédérale (voir art. 1 DPA). Par conséquent, chaque fois que le Ministère public de la Confédération et le Tribunal pénal fédéral ou une autorité cantonale sont chargés de l'instruction et du jugement d'une infraction pénale de droit administratif, seule la partie générale du CP est applicable. Une solution contraire doit être spécialement prévue (applicabilité des dispositions particulières de la DPA). *881*

Exemples :

- art. 62 de la loi fédérale sur la protection de l'environnement (RS 814.01) ;
- art. 73 de la loi fédérale sur la protection des eaux (RS 814.2).

Responsabilité des entreprises

La responsabilité pénale de l'entreprise (c'est-à-dire des personnes morales et de l'ensemble des personnes comparables), est régie par l'art. 102 CP. Cet article s'applique aux crimes et aux délits. Les contraventions sont réprimées par des règles particulières (v. art. 105, al. 1, CP, art. 6 et 7 DPA). Toute disposition définissant une nouvelle infraction commise dans une entreprise doit être justifiée, notamment si le plafond de 5 000 francs fixé à l'art. 7, al. 1, DPA est dépassé (par exemple art. 49 de la loi sur la surveillance des marchés financiers, LFINMA, RS 956.1 ; art. 125 de la loi sur les douanes, LD, RS 631.0). *882*

Amendes d'ordre

Les inobservations de prescriptions d'ordre sont des contraventions que la loi désigne sous ce terme et qui sont passibles d'une amende d'ordre (voir art. 3 DPA). La DPA ne s'applique pas aux amendes d'ordre sanctionnant des contraventions mineures au sens de la loi sur les amendes d'ordre (LAO, RS 314.1). Pour autant *883*

que le droit pénal administratif soit applicable, les caractéristiques de l'inobservation de prescriptions d'ordre sont les suivantes :

- l'instigation et la complicité ne sont pas punissables (voir art. 5 DPA) ;
- les amendes d'ordre ne peuvent pas être converties en arrêts (voir art. 10, al. 1, DPA).

884 Vu leur caractère pénal peu prononcé, les inobservations de prescriptions d'ordre peuvent être formulées de manière à prévoir la sanction dans la loi sans préciser le contenu de l'obligation violée (« *Blankettstrafnorm* », « norme en blanc »), les faits et le bien juridique protégé se déduisant d'une autre norme légale. Ces normes, par leur élasticité, permettent de faire face à des nécessités pressantes ou à des évolutions récentes.

Exemples :

- art. 56 de la loi sur les installations électriques (LIE, RS 734.0).
- art. 53 de la loi sur les télécommunications (LTC, RS 784.10).
- art. 127 de la loi sur les douanes (LD, RS 631.0).

885 En cas d'inobservation de prescriptions d'ordre, le maximum de l'amende ne doit pas dépasser 5 000 francs (art. 1, al. 4, LAO). Toutefois, les exigences constitutionnelles (droit d'être entendu, justification et examen par une instance de recours judiciaire) doivent être respectées dans tous les cas.

Nécessité de dispositions pénales particulières

886 On n'édicte des dispositions pénales accessoires que si cela paraît nécessaire à l'application des dispositions de l'acte juridique en cause. De nouvelles dispositions dans le droit pénal accessoire sont opportunes en particulier lorsque :

- le comportement que l'on cherche à sanctionner n'est pas encore réprimé par le code pénal ou par une autre disposition pénale ;
- la clause générale d'insoumission à une décision de l'autorité de l'art. 292 CP ou les moyens de contrainte administratifs ne suffisent pas (voir *ch. 910 ss*) ;
- la matière est très technique ;
- une disposition pénale ne peut pas être aisément appliquée sans recourir à des notions ou à des concepts spécifiques du droit administratif.

Base légale

887 Les dispositions pénales doivent en principe figurer dans une loi formelle. En effet, une privation de liberté représente une forte restriction des droits fondamentaux (v. art. 36, al. 1, Cst.). Une base légale est également nécessaire pour les autres sanctions (peine pécuniaire et amende) et il convient de tenir compte des conditions de restrictions des droits fondamentaux de l'art. 36 Cst., en particulier du principe de la proportionnalité.

Il est permis de prévoir des dispositions pénales dans une ordonnance dans les cas suivants (voir à ce sujet JAAC 46 [1982], III, n° 50) : 888

- Délégation de compétences pénales : la loi peut expressément charger le Conseil fédéral d'édicter des dispositions pénales. Dans ce cas, et pour autant que rien d'autre n'ait été prévu dans la clause de délégation, le Conseil fédéral ne peut édicter que des contraventions (voir art. 103 ss CP).

Exemple :

  - art. 55, ch. 3, LIE (RS 734.0), en relation avec l'art. 42 de l'ordonnance sur les installations électriques à basse tension (OIBT, RS 734.27).

- Délégation législative générale : la loi peut autoriser le Conseil fédéral à édicter des dispositions spécifiques dans une ordonnance de substitution. Dans ce cas, il est nécessaire d'examiner si le législateur a également voulu autoriser le Conseil fédéral à édicter des dispositions pénales. Seules des contraventions peuvent être édictées de cette manière. Si la norme délégante contient elle-même des dispositions pénales, il y a lieu de considérer que le législateur a légiféré exhaustivement et exclusivement sur le plan pénal. Des indices de silence qualifié résultent notamment des documents accompagnant l'acte législatif.
- Ordonnances d'exécution : dans les ordonnances qui procèdent de la compétence générale de l'art. 182 Cst. ou d'une clause d'exécution prévue par une loi, le Conseil fédéral n'a le droit d'édicter que les dispositions pénales qui servent de moyen de contrainte administrative et dans lesquelles l'élément pénal se situe nettement au second plan. Il peut notamment édicter des dispositions pénales similaires aux inobservations de prescriptions d'ordre de l'art. 3 DPA, c'est-à-dire des amendes n'excédant pas 5 000 francs. Compte tenu des exigences élevées posées par le principe de la légalité dans le domaine du droit pénal, il est indiqué de prévoir une base légale formelle également pour des amendes d'un faible montant.

Formulation des dispositions pénales

La formulation des dispositions pénales obéit à plusieurs règles spécifiques. 889

Construction de la phrase

Dans une disposition pénale, il est d'usage de faire suivre une infraction déterminée (« celui qui aura provoqué publiquement à un crime,… ») d'une conséquence juridique (« sera puni d'une peine privative de liberté pour trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire », art. 259, al. 1, CP). Si un nombre important d'infractions a une même conséquence juridique, il se justifie toutefois d'inverser la construction. 890

Exemple :

- art. 60, al. 1, et 61, al. 1, de la loi fédérale sur la protection de l'environnement (LPE, RS 814.01).

Éléments objectifs de l'infraction

891 L'auteur de l'infraction est en principe désigné par le terme générique « quiconque » (« celui qui » dans les normes plus anciennes). On ne vise une catégorie de personnes déterminées qu'à titre exceptionnel, lorsque des motifs importants l'exigent, car on crée de cette manière un « délit spécial ».

892 Les éléments constitutifs de l'infraction doivent être formulés le plus précisément possible. Le législateur doit épuiser toutes les possibilités qu'il a de préciser l'infraction, et éviter les clauses formulées de manière trop générale (voir *ch. 884*). On peut renvoyer à d'autres articles de la loi contenant des ordres ou des interdictions si ces prescriptions sont suffisamment claires.

893 On ne doit pas utiliser de formule du genre « quiconque enfreint les dispositions d'exécution édictées par le Conseil fédéral est puni de… ». Pour légiférer de manière différenciée, diverses possibilités existent :

- La loi peut déterminer quelles sont les dispositions d'exécution qui sont assorties de la menace d'une sanction pénale.

Exemple :

- art. 24, al. 1, let. e, de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD. RS 241).

- La loi peut habiliter le Conseil fédéral à prescrire des sanctions pénales pour faire respecter les dispositions d'exécution qu'il aura édictées ou prévoir une sanction pour les contraventions à des dispositions d'exécution que le Conseil fédéral aura expressément déclarées punissables.

Exemples :

- art. 103, al. 1, LCR (RS 741.01);
- art. 44, al. 1, let. f, de la loi sur la radioprotection (LRaP, RS 814.50).

894 Lorsque l'ordonnance d'exécution fait référence à une sanction pénale prévue par la loi dont elle est issue, la formulation suivante peut être utilisée : « *quiconque … (infraction) est, conformément à l'art… de la loi, puni de…* ».

Intention, négligence

895 Dans la mesure où l'art. 333, al. 7, CP, est formulé de manière ouverte, il y a lieu de spécifier dans chaque cas si seule l'infraction intentionnelle est punissable ou également l'infraction commise par négligence.

896 Proposition de formulation : « quiconque, intentionnellement ou par négligence, … (infraction), est puni de… » ; ou, si la négligence est moins sévèrement sanctionnée : « quiconque, intentionnellement, … (infraction), est puni de… ; l'auteur est

puni de… s'il agit par négligence ».

Du point de vue de la quotité de la peine, les comportements intentionnels et la négligence ne devraient être mis sur un pied d'égalité que si l'infraction est mineure (inobservation de prescriptions d'ordre ou contravention punissable d'une peine pécuniaire). En cas de crime ou de délit, la quotité de la peine doit être nettement différente. 897

Peine encourue

Le principe de l'égalité exige que des infractions d'une gravité comparable soient frappées de peines similaires. 898

L'art. 40 CP est applicable aux peines privatives de liberté, qui sont en principe d'au moins trois jours et d'au plus vingt ans, à moins que la loi ne prévoie expressément une peine privative de liberté à vie. 899

Pour qualifier un acte pénal de crime ou de délit, il convient de prendre en considération l'art. 10 CP. Celui-ci prévoit qu'un crime est une infraction passible d'une peine privative de liberté de plus de trois ans (al. 2), tandis que le délit est une infraction passible d'une peine privative de liberté n'excédant pas trois ans ou d'une peine pécuniaire (al. 3). 900

Les contraventions, quant à elles, sont punies de l'amende. L'art. 106, al. 1, CP, fixe un montant maximal de 10 000 francs, mais cette somme est souvent dépassée dans le droit pénal accessoire. 901

Exemples :

- art. 36, al. 1 et 3, de la loi sur le matériel de guerre (LMG, RS 514.51) : amende pouvant aller jusqu'à 100 000 francs en cas de contravention intentionnelle ; jusqu'à 40 000 francs en cas de négligence ;
- art. 18 de la loi sur la chasse (LChP, RS 922.0) : amende pouvant aller jusqu'à 20 000 francs.

Pour les peines privatives de liberté, on ne doit pas prévoir de peines maximales inusuelles (par exemple de deux ans ou quatre ans au maximum). Il convient d'éviter les peines minimales qui limitent le pouvoir d'appréciation du tribunal compétent ou de l'autorité compétente et risquent de conduire à des résultats arbitraires. 902

Relations avec d'autres dispositions pénales

Si, pour des raisons objectives, on ne peut renoncer à édicter une nouvelle disposition pénale et si l'on peut prévoir qu'au moment de son application cette disposition pourrait entrer en concours avec une disposition du CP ou d'une autre loi, il est nécessaire de régler les relations entre ces deux normes. Les solutions suivantes sont possibles en cas de concours : 903

- seule l'une des dispositions s'applique dans tous les cas ;

Exemples :

- art. 40, al. 4 de la loi fédérale sur les explosifs (LExpl, RS 941.41) ;
- art. 72 de la loi fédérale sur la protection des eaux (LEaux, RS 814.20 ; concerne uniquement l'art. 234 CP).

- seule l'une des dispositions s'applique lorsque certaines conditions sont réunies ;

Exemple :

- art. 40, al. 1, LExpl (RS 941.41).

- on applique la disposition qui prévoit la peine maximale la plus lourde ;

Exemples :

- art. 86, al. 1, de la loi sur les produits thérapeutiques (LPTh, RS 812.21) ;
- art. 21, al. 3, de la loi sur la chasse (LChP, RS 922.0).

- on applique les deux dispositions. Dans ce cas, pour autant que la loi ne prévoie pas autre chose, l'art. 49, al. 1, CP, est applicable (aggravation de la peine).

Exemple :

- art. 72 LEaux (RS 814.20).

904 L'application exclusive de l'une des dispositions pénales n'est conseillée que si celle-ci réunit tous les éléments constitutifs de l'autre et sanctionne l'infraction de manière appropriée. À l'inverse, il paraît indiqué de prévoir l'application des deux dispositions lorsque la même action viole différents biens juridiquement protégés (par exemple la santé publique et l'intégrité corporelle). Lorsque les infractions sont punies par le CP et la DPA — la DPA réprimant l'escroquerie en matière de prestations et de contributions, le faux dans les titres, l'obtention frauduleuse d'une constatation fausse, la suppression de titres et l'entrave à l'action pénale (voir art. 14 ss) —, on doit renoncer à édicter de nouvelles dispositions pénales (voir *ch. 880 ss*). Il est possible de renvoyer expressément aux dispositions précitées de la DPA si celle-ci s'applique.

Exemples :

- art. 45, al. 1, de la loi fédérale sur la radioprotection (RS 814.50) ;
- art. 45*a* de la loi sur les installations de transport par conduites (LITC, RS 746.1).

905 Par ailleurs, l'escroquerie en matière de prestations et de contributions est, selon l'art. 14, al. 1 et 2, DPA, soumise à la condition que l'auteur ait voulu, par une attitude astucieuse, induire l'autorité en erreur. Pour renoncer à cet élément constitutif de l'infraction, il est nécessaire de le prévoir expressément dans une loi spéciale.

Juridiction compétente

Dans le droit pénal accessoire, on précisera toujours quel organe est compétent en première instance pour instruire et juger une infraction. 906

Dans la mesure où les cantons sont chargés de l'exécution d'un acte législatif, on leur laissera le soin de poursuivre l'infraction. À l'inverse, lorsque c'est une autorité fédérale qui est chargée de l'exécution de l'acte, on chargera une autorité administrative fédérale de la poursuite de l'infraction. 907

Exemples :

- art. 45 en relation avec l'art. 73 LEaux (RS 814.20);
- art. 57 LIE (RS 734.0);
- art. 46*a*, al. 2, LITC (RS 746.1).

On ne devrait prévoir la compétence juridictionnelle du Tribunal pénal fédéral qu'exceptionnellement et qu'après avoir examiné la question avec lui et avec le Ministère public de la Confédération. 908

Communication des jugements pénaux

Les autorités fédérales peuvent recourir contre des décisions cantonales si le droit fédéral prévoit que la décision doit leur être communiquée (voir art. 381*a* CPP). La communication des décisions pénales aux autorités fédérales par les autorités cantonales est réglementée de manière exhaustive dans l'ordonnance correspondante du 10 novembre 2004 (RS 312.3). Les dispositions prévoyant une obligation légale de communication au Ministère public de la Confédération doivent être abrogées à la prochaine occasion et intégrées dans l'ordonnance précitée avec indication de l'autorité compétente. D'autres obligations légales de communication ne doivent être créées dans des lois spéciales que si les jugements pénaux sont utilisés dans un autre but que le dépôt d'un recours dans la procédure pénale, par exemple à des fins statistiques ou d'analyse. 909

Moyens de contrainte administratifs

Les moyens de contrainte administratifs sont destinés à obliger les personnes qui ne respectent pas leurs obligations à se soumettre au droit administratif. Concrètement, le moyen de contrainte doit toujours être en relation directe avec l'obligation juridique à exécuter. On distingue entre les moyens de contrainte de l'exécution forcée et les moyens de contrainte répressifs. 910

Les moyens de contrainte de l'exécution

Les moyens de contrainte de l'exécution forcée ont pour but de maintenir ou de rétablir l'état prévu par la loi et de faire réellement exécuter les obligations prévues par le droit administratif. Cela inclut : 911

- l'exécution forcée de la poursuite pour dettes (l'art. 40 PA renvoie à cet égard à la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite, LP, RS 281.1),
- la contrainte directe à l'encontre des personnes et de leurs biens (par exemple saisie de denrées alimentaires nuisibles pour la santé),
- l'exécution par substitution (par exemple démolition des constructions non autorisées).

912 Le champ d'application de l'exécution forcée englobe surtout l'exécution des décisions. En principe, les art. 39 à 43 PA (RS 172.021) sont déterminants. Formellement, ces dispositions ne sont toutefois applicables qu'aux décisions des autorités administratives fédérales (voir art. 1, al. 1, PA). Elles contiennent cependant des règles qui sont généralement reconnues en droit administratif et qui sont devenues aujourd'hui, en particulier par le biais des articles 5, 29, 31, 35 et 36 Cst., une référence pour l'activité des autorités administratives.

913 L'exécution forcée satisfait au principe de la légalité dès lors que les moyens employés ont une base légale.

Les moyens de contrainte répressifs

914 Les moyens de contrainte répressifs sont destinés à causer des désagréments à celui qui a manqué à ses obligations. Il s'agit, d'une part, de faire exécuter directement les obligations prévues par la loi et d'autre part, de sanctionner les violations de la loi et d'obtenir ainsi un effet préventif. Les moyens de contrainte répressifs peuvent également consister à supprimer un avantage.

Exemple :

- retrait d'autorisations, fermeture d'entreprises (art. 35, al. 2 de la loi fédérale sur les explosifs, LExpl, RS 941.41),
- exclusion de futurs marchés publics (art. 13 de la loi sur le travail au noir, LTN, RS 822.41).

Les mesures suivantes sont également considérées comme étant des moyens de contrainte répressifs:

- des sanctions pénales fondées sur l'art. 292 CP (amende en cas d'insoumission à une décision de l'autorité) ;
- des sanctions pénales (peine privative de liberté, peine pécuniaire, amende, travail d'intérêt général, éventuellement en lien avec des mesures, v. *ch. 877 ss*) ;
- des sanctions administratives pécuniaires (art. 100 et 109 de la loi fédérale sur les jeux d'argent, LJAr, RS 935.51 ; art. 49*a* de la loi sur les cartels, LCart, RS 251) ;
- des mesures disciplinaires (par ex. l'art. 17 de la loi sur les avocats, LLCA, RS 935.61).

S'il paraît indispensable de compléter, dans l'acte spécial ou lors de la formulation des conditions d'utilisation des moyens de contrainte administratifs, les règles de base de la loi sur la procédure administrative, on observe les principes suivants : 915

- Concernant les moyens de contrainte répressifs qui portent atteinte à des droits fondamentaux, une base légale formelle expresse est nécessaire. Même pour les sanctions légères, il est indispensable de prévoir au moins une base légale matérielle (voir *ch. 877 ss* ; voir également le chap. 4 du rapport du Conseil fédéral « sanctions administratives pécuniaires » répondant au postulat 18.4100 CIP-N [FF 2022 776]).
- Les règles qui prévoient des moyens de contrainte doivent être formulées de manière à respecter, dans tous les cas, le principe de la proportionnalité (voir art. 42 PA.
- En règle générale, les sanctions de droit administratif sont liées à une violation fautive des obligations de la personne sanctionnée (voir par exemple ATF 135 II 138 cons. 2.2, ATF 136 II 447 consid. 3). Lorsqu'il ne paraît pas équitable de faire dépendre ces sanctions de l'existence d'une faute (obligations imposées à des grandes entreprises), on peut renoncer à cette exigence. Les dispositions légales doivent indiquer clairement si une faute est nécessaire. Concernant le cas particulier des sanctions administratives pécuniaires (imputabilité subjective), voir notamment le chap. 4.3 du rapport du Conseil fédéral « sanctions administratives pécuniaires ».
- Lorsqu'une violation des obligations peut être punie par plusieurs sanctions de droit administratif (ou à la fois par une sanction administrative et par une sanction pénale), on se demandera si un concours est possible.
- Si la sanction du comportement fautif du destinataire consiste à annuler une décision, il est nécessaire de le prévoir expressément. Il n'est pas toujours aisé de différencier clairement retrait (voir par exemple retrait du permis de conduire en vertu de l'art. 16 LCR, RS 741.01) et révocation. La révocation d'une décision favorable au destinataire (par exemple autorisation, concession, subvention) mais qui est erronée au départ ou l'est devenue par la suite, ne constitue pas une mesure répressive, car le principe de la légalité exige la correction d'une telle décision ; par conséquent, il n'est pas nécessaire que la loi autorise une telle révocation. L'admissibilité d'une révocation doit être appréciée en regard des principes de validité juridique des décisions. Il est conseillé d'élaborer les dispositions légales de manière suffisamment large dans les domaines où l'on doit s'attendre à des cas litigieux.
- Les frais engagés par l'administration pour la mise en œuvre des moyens de contrainte doivent en principe être supportés par la personne qui viole ses obligations. Les moyens de contrainte ordonnés par décision peuvent se fonder sur l'art. 46*a* LOGA (v. Th. Braunschweig, LeGes 2005, p. 9 ss, notamment ch. 3.3, 3.7 et 4). Les émoluments doivent être prévus dans une ordonnance. Les

moyens de contrainte qui ne sont pas fondés sur une décision doivent avoir une base légale (voir par exemple art. 41, al. 1, let. a, PA concernant l'exécution par l'autorité ou un tiers mandaté).

Dispositions régissant la responsabilité

Principe

916 Au moment d'élaborer des règles sur la responsabilité, on n'introduit des dérogations aux règles générales (droit des obligations ou loi sur la responsabilité) que si cela s'avère absolument nécessaire. On veille en particulier à ce que des problèmes similaires soient réglés de manière identique dans toutes les lois.

Exemple :

- les dispositions sur l'assurance responsabilité civile obligatoire de l'art. 16 de la loi sur la chasse (LChP, RS 922.0) correspondent, malgré une densité normative différente, aux art. 63 à 68 LCR (RS 741.01).

917 Dans certains cas, on peut exiger, au lieu d'une assurance, d'autres sûretés. Proposition de formulation :

- « Des sûretés équivalentes peuvent remplacer l'assurance responsabilité civile. »

Responsabilité de la Confédération

918 La responsabilité de la Confédération, de ses fonctionnaires et des organismes qui exécutent des tâches de la Confédération est régie par les dispositions de la loi sur la responsabilité (LRCF, RS 170.32). En vertu de cette loi, la Confédération répond du dommage causé sans droit, sans égard à la faute (voir art. 3, al. 1, et 19). Dans différents domaines, il existe des dispositions spéciales.

Exemples :

- art. 135 à 143 de la loi sur l'armée (LAAM, RS 510.10) ;
- art. 44 de la loi fédérale sur les chemins de fer (LCdF, RS 742.101).

Responsabilité civile dans le droit des obligations

919 La responsabilité extracontractuelle en droit privé est régie par les art. 41 à 61 du code des obligations (CO, RS 220). De nombreuses lois fédérales contiennent en outre des dispositions spéciales.

Exemples :

- art. 58 à 89 LCR (RS 741.01);
- art. 30 ss de la loi sur le génie génétique (LGG, RS 814.91).

920 La responsabilité contractuelle de droit privé est régie par les art. 97 ss CO et par les dispositions concernant les diverses espèces de contrats (voir par exemple art. 321*e* ou 398 s. CO). Il existe en outre plusieurs actes législatifs contenant des dispositions spéciales.

Exemples :

- loi fédérale sur les transports de voyageurs (LTV, RS 745.1) ;
- Convention relative aux transports internationaux ferroviaires dans la teneur du Protocole de modification du 3 juin 1999 (COTIF, voir appendice A, art. 26 ss et appendice B, art. 35 ss, RS 0.742.403.12).

Responsabilité civile professionnelle

Pour la formulation des dispositions concernant la responsabilité civile professionnelle, il convient de tenir compte de différents critères : l'assurance responsabilité civile professionnelle doit-elle constituer une condition d'accès à la profession ou une règle professionnelle ? Est-elle incontournable ou une alternative acceptable peut-elle être proposée ? Faut-il prévoir un montant minimum d'assurance ? Quelles sanctions convient-il d'appliquer si l'assurance n'est pas contractée ? À quel niveau convient-il d'introduire la norme rendant l'assurance obligatoire (loi formelle ou ordonnance) ? *921*

Exemples :

- en tant que condition d'accès à la profession : art. 40, al. 1, let. c, de la loi fédérale sur le crédit à la consommation (LCC, RS 221.214.1) ;
- en tant que règle professionnelle : art. 12, let. f, de la loi sur les avocats (LLCA, RS 935.61) ;
- sans alternative à l'assurance : art. 16 LChP (RS 922.0) ;
- avec une alternative à l'assurance : art. 12, let. f, LLCA (RS 935.61);
- sans montant minimum d'assurance : art. 40, let. h, de la loi sur les professions médicales (LPMéd, RS 811.11) ;
- avec un montant minimum d'assurance : art. 12, let. f, LLCA (RS 935.61).

Planification

Aperçu

Les instruments de planification se divisent en deux catégories distinctes présentant des caractéristiques spécifiques : les plans-programme et les plans territoriaux. *922*

Plan-programme

Définition

Le plan-programme est un acte qui représente et concrétise un processus de planification, c'est-à-dire un processus ayant pour but de produire un résultat déterminé sous la forme d'un système cohérent de décisions. Le processus de planification peut être décomposé en phases types : *923*

- la définition de buts ;
- une analyse rétrospective de la situation ;
- une analyse prospective de la situation ;

- le catalogue des mesures à prendre pour atteindre les buts fixés ;
- la définition d'un processus de mise en œuvre ;
- la mise en place d'un mécanisme d'évaluation.

924 La terminologie employée pour désigner les plans-programme varie : plan ; planification ; concept ; conception ; programme ; schéma directeur ; lignes directrices ; grandes lignes ; plan d'intention ; plan stratégique ; objectifs ; orientations ; etc.

Exemples :

- programme de la législature (art. 146 LParl, RS 171.10) ;
- plan directeur des cantons au sens du droit de l'aménagement du territoire (voir art. 6 ss LAT, RS 700) ;
- plan de mesures relatif aux pollutions atmosphériques (voir art. 44a LPE, RS 814.01).
- plan cantonal de gestion des déchets (voir art. 31 ss LPE, RS 814.01).

Effets juridiques

925 Le législateur définit les effets juridiques des plans-programme par le biais de clauses qui précisent leur impérativité. L'effet peut être :

- contraignant (voir art. 9, al. 1, LAT, RS 700 ; art. 44*a*, al. 2, LPE, RS 814.01) ;
- non contraignant (le plan sert de base de décision).

926 À défaut de clauses conférant directement un certain degré d'impérativité à un plan, il est possible de prévoir dans la loi des normes considérant le plan comme un élément destiné à guider l'autorité dans une décision relevant de sa compétence ou pour l'aider à interpréter des notions juridiques imprécises (par exemple la notion de « besoin »). Dans ce cas de figure, le législateur confère indirectement une impérativité aux plans visés. À nouveau, l'effet peut être :

- *contraignant* (conformité au plan ; mention dans le plan) ;
- *non contraignant* (base de décision ; motivation des écarts par rapport au plan).

927 Dans certains cas, la loi exige simplement qu'un plan existe préalablement à l'exécution d'une mesure.

Plan territorial

928 Le plan territorial est une représentation particulière d'un territoire ou d'une entité territorialisée, généralement sous forme de carte. On peut distinguer deux grands types de plans :

- les plans délimitant le champ d'application d'une réglementation ou renvoyant à un statut posé par la loi ;
- les plans décrivant une situation de fait territorialisée.

Plans délimitant le champ d'application d'une réglementation

Le premier type de plan peut soit décrire un ou plusieurs territoires pour les délimiter en différentes zones, soit localiser un ou plusieurs objets déterminables spatialement (par exemple un marais, une route, un château). Les zones délimitées serviront à circonscrire le champ d'application d'une réglementation, alors que les objets localisés dans le plan renvoient à un statut déterminé par la loi. 929

Exemples :

- plan d'affectation (voir art. 14 ss LAT, RS 700) ;
- secteurs de protection des eaux (voir art. 19, al. 1, LEaux, RS 814.20) ;
- mention d'un monument historique à protéger.

Plans décrivant une situation de fait territorialisée

Le second type de plan territorial décrit une situation de fait territorialisée sans délimiter le champ d'application d'une réglementation ni renvoyer à un statut défini par la loi. 930

Exemples :

- consignation des immissions de bruit dans les cadastres de bruit (voir art. 37 OPB, RS 814.41) ;
- recensement des sites pollués par des déchets dans le cadastre des décharges contrôlées et des autres sites pollués par des déchets (voir art. 32*c*, al. 2, LPE, RS 814.01).

Autres instruments

Information et incitation

Les instruments d'information sont des moyens non contraignants. Dépourvus de sanction, leur efficacité réside en règle générale dans leur combinaison avec d'autres instruments d'action plus incisifs. 931

Campagnes d'information

Les campagnes d'information ont pour but de faire prendre conscience de l'existence d'un problème précis et des mesures pour y remédier. Si elles s'adressent en principe à l'ensemble de la population, elles peuvent aussi viser seulement les personnes directement concernées (par exemple les toxicomanes en matière de lutte contre le sida, les conducteurs pour les campagnes de prévention de la conduite sous influence de l'alcool, etc.). Ces campagnes n'ont qu'un effet limité dans le temps si elles ne s'inscrivent pas dans un programme qui prévoit encore d'autres instruments plus directifs. C'est pourquoi l'information précède souvent une intervention plus contraignante — afin de préparer d'une certaine manière le terrain et de vérifier les impacts de mesures incitatives — ou l'accompagne de manière à faciliter sa mise en œuvre. 932

Exemples :

- campagnes d'information sur le sida, l'alcool, le tabac ;
- perception d'une taxe sur les sacs poubelles liée à une campagne d'information sur la manière de produire moins de déchets et sur les déchets recyclables ;
- informations sur l'environnement (art. 10*e* ss LPE, RS 814.01) ;
- informations sur les questions énergétiques (art. 47 de la loi sur l'énergie, LEne, RS 730.0).

Recommandations et mises en garde

933 Les recommandations et les mises en garde sont des invitations pressantes à se comporter d'une manière déterminée, adressées au public en général ou à des destinataires particuliers.

Exemple :

- mise en garde publique des autorités lorsque des denrées alimentaires présentant un danger pour la santé ont été distribuées à un nombre indéterminé de consommateurs (voir art. 54 LDAl, RS 817.0).

934 Sans être juridiquement contraignantes, les recommandations et les mises en garde sont susceptibles de produire des effets de légitimation en vertu du principe de la bonne foi. En l'état actuel de la jurisprudence, l'action en responsabilité contre l'État pour les dommages causés par une mise en garde n'est pas à exclure.

Exemples :

- ATF 116 II 480 (centrale nucléaire de Tchernobyl) ;
- ATF 118 Ib 473 (vacherin Mont d'Or).

935 En fonction des effets potentiels des recommandations et des mises en garde, le législateur sera avisé d'aménager des procédures d'adoption pour certaines recommandations particulières. Si l'intention consiste à créer, modifier ou annuler des droits ou des obligations, un acte législatif doit être adopté ou, si une base légale existe, une décision prise (voir art. 5 PA).

Conseils

936 Au lieu de recommandations ou de mises en garde, l'État peut émettre de simples conseils. Ces instruments seront choisis de préférence aux recommandations et aux mises en garde si l'on désire opter pour un mode encore moins directif.

Exemple :

- art. 47 LEne (RS 730.0).

Formation et recherche

La formation est un moyen influent d'orientation des comportements. Ses effets, bien qu'étant généralement différés, n'en demeurent pas moins sensibles. L'instruction publique est du ressort des cantons (voir art. 62 Cst.), mais la Confédération est habilitée à légiférer en matière de formation professionnelle (voir art. 63 Cst.), à gérer les écoles polytechniques fédérales, à soutenir les hautes écoles cantonales (voir art. 63*a* Cst.) et à encourager la recherche scientifique et l'innovation (voir art. 64 Cst.) plus particulièrement. *937*

Exemples :

- art. 49 LPE (RS 814.01);
- art. 5 de l'ordonnance sur les déchets (OLED ; RS 814.600) ;
- art. 48 s. LEne (RS 730.0).

Comportement exemplaire des collectivités publiques

Le comportement exemplaire des autorités peut inciter les individus et la société à suivre le modèle qu'elles proposent. *938*

Exemples :

- exemplarité de la Confédération et des cantons en matière de protection du climat (art. 10 de la loi fédérale sur les objectifs en matière de protection du climat, sur l'innovation et sur le renforcement de la sécurité énergétique ; FF 2022 2403) ;
- rénovation des bâtiments de la Confédération pour permettre des économies d'énergie ;
- instructions du Conseil fédéral du 9 octobre 2013 sur l'égalité des chances (FF 2013 7595).

Remise de distinctions et de récompenses

La remise de distinctions et de récompenses est une action symbolique que la collectivité publique peut prévoir afin de motiver les individus à adopter le comportement méritoire. *939*

Exemple :

- Watt d'Or, distinction pour les meilleures performances énergétiques (voir www.wattdor.ch.

Label

Le label est un signe distinctif apposé sur un produit destiné à la vente ou accompagnant un service qui garantit une certaine qualité du produit ou certaines caractéristiques du service. La collectivité publique peut ainsi prévoir d'introduire un nouveau label pour inciter les entreprises à s'y rallier. *940*

Exemple :

- art. 43*a*, al. 1, let. a, LPE : écolabel (RS 814.01).

Instruments partenariaux

Action concertée

941 L'action concertée – que l'on peut opposer à l'action souveraine de l'État - est basée sur un modèle de partenariat et fait passer le consensus avant la décision unilatérale. Elle peut prendre la forme d'un contrat entre les pouvoirs publics et le destinataire de la norme.

Exemple :

- art. 10 de l'ordonnance sur une réserve d'hiver (OIRH ; RS 734.722).

942 Il est également possible de prévoir, de manière générale, que la Confédération collabore avec les cantons et les organisations du secteur économique, qu'elle promeut les accords sectoriels, qu'elle tient compte des mesures d'autorégulation du secteur privé et des accords sectoriels avant d'édicter des dispositions d'exécution ou qu'elle y reprend, dans toute la mesure du possible, le contenu de ces accords.

Exemples :

- art. 41*a* de la loi sur la protection de l'environnement (LPE;RS 814.01);
- art. 4 de la loi sur l'énergie (LEne ; RS 730.0) ;
- art. 17 de la loi sur le cinéma (LCin ; RS 443.1).

943 Autre forme d'action concertée : déclarer de force obligatoire générale des règles collectives de droit privé.

Exemples :

- loi fédérale permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (RS 221.215.311) ;
- loi fédérale sur les contrats-cadres de baux à loyer et leur déclaration de force obligatoire générale (RS 221.213.15) ;
- déclaration de force obligatoire générale du contrat-type pour l'achat et la vente de lait cru (art. 37, al. 3 de la loi sur l'agriculture, LAgr, RS 910.1).

Autorégulation

944 L'État peut également intervenir de manière indirecte, en enjoignant au secteur privé de s'autoréguler. Il peut par exemple prévoir certaines prescriptions. Afin que le recours à des mécanismes d'autorégulation ne conduise pas à un désengagement de fait de l'État de la tâche publique qu'il a pour mission d'exécuter, le législateur doit concevoir un régime de surveillance approprié et efficace.

Exemple :

- garantie des dépôts conformément aux art. 37*h* à 37*k* de la loi sur les banques (LB, RS 952.0) ;
- art. 27 de la loi sur l'infrastructure des marchés financiers (LIMF ; RS 958.1) ; le Tribunal fédéral a toutefois annoncé un changement de jurisprudence prochain pour qualifier les sanctions des SRO de droit public

(ATF 2C_887/2018 du 23 mars 2021, relevé dans le rapport de gestion annuel 2021, p. 16) ; il a déjà exprimé des doutes sur l'adéquation des bases légales de ces sanctions ;
- art. 18 de la loi sur le blanchiment d'argent (LBA ; RS 955.0).

La « loi Damoclès »

La « loi Damoclès » ne déploie que conditionnellement ses effets. Elle définit des objectifs dont le législateur espère qu'ils seront atteints par l'autorégulation, mais prévoit une réglementation subsidiaire en cas d'échec. *945*

Exemple :

- l'art. 8 OEB (RS 814.621) prévoit un taux minimum de recyclage de 75 % pour certains emballages pour boissons. Si ce taux n'est pas atteint, le DETEC peut instaurer un système de consigne ;
- l'art. 4 LIC (RS 944.0) permet au Conseil fédéral de régler la déclaration sur les biens et les services si les milieux économiques n'ont pas réussi à conclure des conventions ou que celles-ci ne sont pas respectées de manière suffisante.

Contrats de droit administratif

La doctrine distingue en matière de contrats de droit administratif les contrats de coordination, qui sont des contrats entre personnes de droit public, et les contrats de subordination, qui sont des contrats entre personnes de droit public et de droit privé régissant leurs rapports officiels. *946*

Les contrats de coordination jouent surtout un rôle majeur en matière de partage de compétences et d'organisation entre les différentes collectivités. Ces contrats sont plutôt rares, dès lors que le partage des compétences entre la Confédération et les cantons est réglé définitivement dans la Constitution et, à l'intérieur de l'administration fédérale, par les lois et les ordonnances. Il peut toutefois être utile d'en conclure un en cas de compétence parallèle de la Confédération et des cantons ; la Confédération peut aussi adhérer à une convention intercantonale. *947*

Exemples :

- convention entre la Confédération et les cantons sur la coopération dans le domaine des hautes écoles (CCoop-HE, RS 414.205) ;
- convention entre la Confédération suisse et les cantons de Vaud et du Valais au sujet du tunnel routier sous le Grand-Saint-Bernard (RS 725.151.1) ;
- arrangement entre la Confédération suisse, représentée par le Conseil fédéral et les cantons de Bâle-Ville et Bâle-Campagne, représentés chacun par leur Conseil d'État, au sujet de la coopération en matière de sauvegarde des intérêts suisses à l'aéroport binational de Bâle-Mulhouse (RS 748.134.4) ;

- convention du 2 septembre 2020 entre la Confédération et les cantons sur l'harmonisation et la mise à disposition commune de la technique et de l'informatique policières en Suisse (Convention TIP ; RS 367.1).)

948 Ces contrats ne peuvent être conclus que s'il existe une base légale correspondante, éventuellement dans un traité international (pour le tunnel du Grand-Saint-Bernard, RS 0.725.151 ; voir art. 4 de la loi fédérale sur l'utilisation de moyens électroniques pour l'exécution des tâches des autorités [LMETA ; RS 172.019]). Ils ne remplacent pas une base juridique manquante et ne peuvent pas imposer des obligations aux particuliers concernés.

949 Les contrats de subordination constituent avant tout des instruments d'exécution. Là également, une base légale est requise. Ces contrats ne peuvent combler l'absence de base légale nécessaire à l'action administrative.

Exemple :

- contrats de subvention en vertu de l'art. 16, al. 2, LSu (RS 616.1).

950 En ce qui concerne les contrats de droit public dans le domaine de l'exécution, voir le chapitre sur la mise en œuvre de la législation, *ch. 1093 ss.*

Conventions-programmes

951 Dans le cadre de la réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons (RPT), on a introduit l'instrument de la convention-programme (voir le message du 14 novembre 2001, FF 2002 2207 ss) : ce sont des programmes, soutenus financièrement par la Confédération, au travers desquels les cantons réalisent des objectifs convenus avec la Confédération dans le cadre de la mise en œuvre du droit fédéral (art. 46, al. 2, Cst.). Les principales caractéristiques des conventions-programmes sont réglées par la LSu (RS 616.1). Elles « fixent les objectifs stratégiques à atteindre en commun et régissent la contribution de la Confédération et, en accord avec le Contrôle fédéral des finances, les modalités de la surveillance financière » (art. 20*a*, al. 1, LSu) et « portent en règle générale sur plusieurs années » (art. 20*a*, al. 2, LSu).

952 Le choix d'une appellation particulière démontre qu'il s'agit d'un mandat de prestations particulier. Les conventions-programmes doivent donc tenir principalement compte du fait que les rapports entre la Confédération et les cantons relèvent du droit public et que l'autonomie organisationnelle et financière des cantons est de rang constitutionnel.

953 Dans certains domaines, notamment celui de l'environnement, on fait un large usage de ce type de conventions (v. le manuel de l'OFEV, www.bafu.admin.ch > Droit > Informations pour spécialistes > Conventions-programmes). Des informations relatives à l'utilisation et les limites des conventions-programmes figurent dans le rapport sur l'évaluation de l'efficacité 2012-2015 de la péréquation financière entre la Confédération et les cantons, pp. 148 à 163 (voir aussi le rapport du

Conseil fédéral du 11 novembre 2020 donnant suite au postulat 19.3001 déposé par la Commission des finances du Conseil national le 18 janvier 2019 concernant la simplification de la mise en œuvre des conventions-programmes conclues entre la Confédération et les cantons).

Exemple :

- art. 36 de la loi sur les forêts (LFo, RS 921.0).
- art. 11 de la loi fédérale sur la politique régionale (RS 901.0).

Délégation de tâches publiques à des tiers

Aperçu

954 Moyennant le respect de certaines conditions déterminées, la mise en œuvre du droit fédéral peut être déléguée à des organismes ou personnes de droit public ou de droit privé extérieurs à l'administration. Lorsqu'ils exécutent le droit fédéral, les délégataires peuvent non seulement être habilités à appliquer le droit (décisions, actes matériels), mais dans une certaine mesure également à édicter des normes (voir Giovanni Biaggini, St. Galler Kommentar (2023), n° 29, art. 178 Cst. ; Etienne Poltier, Commentaire romand (2021), n° 45, art. 178 Cst. ; Markus Müller, Basler Kommentar (2015), N 39 zu Art. 178 BV; Luzius Mader, Regulierung, Deregulierung, Selbstregulierung : Anmerkungen aus legistischer Sicht, *ZSR* 123 (2004) Hb. 2, H. 1, p. 3 à 156)

955 À l'appui de la délégation de tâches publiques à des tiers, on peut mentionner les arguments suivants :

- allégement de la charge de travail de l'administration ;
- mise en valeur des connaissances techniques et du savoir-faire des tiers ;
- contacts facilités entre ceux qui prennent des décisions et ceux qui y sont soumis.

956 La délégation de tâches publiques, en particulier de tâches législatives, à des tiers présente également quelques dangers (voir l'avis d'Andreas Glaser « Digitale Verwaltung : Verfassungsrechtliche Anforderungen an die bundesstaatliche Steuerung und Koordination », p. 19 à 26, au nombre desquels on peut citer :

- les risques d'atteintes aux principes de l'égalité de traitement et de la sécurité du droit ;
- la restriction des droits de participation démocratiques ;
- le défaut de contrôle démocratique ;
- la relativisation des prescriptions légales ;
- la dépendance de groupes d'intérêts et la commercialisation du droit.

957 Les organismes privés chargés de tâches publiques peuvent adopter n'importe quel statut juridique prévu par le droit privé : association, fondation, société anonyme, société coopérative (voir également JAAC 39 [1975], I, n° 1, p. 1 ss).

958 On exposera ci-après les principes qu'il y a lieu d'observer si l'on envisage, au moyen de règles législatives, une délégation de tâches publiques à des particuliers.

Principes applicables à la législation

959 Au moment d'édicter des dispositions prévoyant la délégation de tâches publiques à des tiers, on se demandera si cette délégation porte sur des compétences réglementaires et d'exécution, ou uniquement sur des compétences réglementaires.

960 La délégation de compétences législatives à des tiers nécessite une base constitutionnelle dans la mesure où l'adoption de règles de droit est en principe réservée à des organes étatiques (voir art. 163 ss et 182 Cst.). Exceptionnellement, lorsque la mise en œuvre d'une tâche fédérale par des particuliers ne peut être réalisée autrement, ces particuliers peuvent être autorisés par une loi formelle à édicter des règles de droit. De telles dispositions d'exécution doivent se limiter à ce qui est nécessaire à la mise en œuvre de la tâche déléguée et ne peuvent prévoir de nouvelles obligations matérielles (voir à ce sujet également Arnold Marti, Selbstregulierung anstelle staatlicher Gesetzgebung ?, *ZBl* 2000, p. 561 ss, 569 s.).

961 La délégation de compétences d'exécution à des particuliers nécessite une base légale formelle (voir art. 178, al. 3, Cst.). Ce faisant, il faut observer l'art. 164, al. 1, Cst. Lorsque d'importantes tâches d'exécution sont déléguées (en particulier la compétence de prendre des décisions), la loi elle-même doit déterminer les conditions-cadre de la délégation. Lorsque la délégation porte sur des tâches d'exécution secondaires, la loi peut se limiter à mentionner une clause de délégation (« Le Conseil fédéral peut déléguer l'exécution de […] à des organismes privés »).

962 Dans tous les cas, la délégation doit se limiter à des domaines nécessitant des connaissances spécialisées que les particuliers maîtrisent mieux que l'administration en raison de leur proximité avec la matière à réglementer.

963 Les normes légales de délégation à des tiers doivent être aussi précises que celles relatives à l'exécution des tâches par l'administration elle-même.

Exemples de délégation de tâches publiques à des tiers :

- exécution des peines dans des établissements gérés par des exploitants privés (art. 379 CP ; RS 311.0) ;
- perception de la redevance des ménages par un organe extérieur à l'administration fédérale (art. 62 de l'ordonnance sur la radio et la télévision ; RS 784.401) ;
- participation d'organisations et d'entreprises dans le domaine de l'agriculture, y compris la perception d'émoluments (art. 180 de la loi sur l'agriculture ; RS 910.1) ;
- exécution de tâches relevant de la météorologie et de la climatologie par des tiers (art. 6 de la loi fédérale sur la météorologie et la climatologie ; RS 429.1) ;

- mandats de prestations confiés à des tiers en matière de promotion des exportations (art. 3 ss de la loi fédérale sur la promotion des exportations ; RS 946.14).

964 Des particuliers peuvent être obligés de coopérer à l'accomplissement de tâches publiques selon les injonctions de l'autorité. L'obligation de coopérer peut être prévue par voie normative (par exemple dans une ordonnance départementale) ou contractuelle.

Exemples :

- obligations de coopérer des fournisseurs de services de télécommunication prévues à l'art. 21 ss de la loi fédérale sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (LSCPT, RS 780.1) ;
- obligation de diffuser prévue par l'art. 9 de la loi fédérale sur la radio et la télévision (LRTV, RS 784.40).

965 Les sujets de droit privés sont inclus dans le champ d'application de la loi sur la transparence, si bien que le principe de la transparence s'applique aussi à eux (art. 2, al. 1, let. b, LTrans, RS 152.3).

966 Il est indispensable de prévoir une surveillance de l'État pour s'assurer que l'exécution des tâches s'opère conformément à la loi et que les ressources financières mises à disposition par l'État sont employées de manière conforme à la loi, efficace et économe. Les instruments de surveillance sont notamment les suivants (v. JAAC 54 [1990], III, n° 36. ch. III, et tableau en annexe) :

- approbation des dispositions d'organisation du délégataire ;
- approbation des normes juridiques et des directives édictées par celui-ci ;
- obligation de rendre des rapports ou de tolérer des inspections ;
- présence de représentants des autorités parmi les organes directeurs des sociétés privées.

967 Le pouvoir de surveillance ne s'étend pas au-delà de ce que prévoit la loi, de sorte qu'il faut l'y inscrire non pas sous forme de clause générale, mais en détaillant les moyens à employer, par exemple l'exigence d'approuver les normes juridiques et les directives édictées par les délégataires. Au minimum, il faut habiliter le Conseil fédéral à définir les instruments de surveillance. La compétence de fixer et de percevoir des émoluments doit être prévue par la loi.

968 S'agissant de la mise en œuvre du droit fédéral par les cantons (voir art. 46 Cst.), il convient d'observer les principes suivants. Compte tenu de l'autonomie organisationnelle des cantons, ceux-ci sont libres, dans le cadre du droit cantonal, de déléguer des tâches fédérales (par exemple l'application du droit fédéral) à des tiers. C'est pourquoi il est superflu de prévoir dans la loi fédérale une clause selon laquelle les cantons peuvent déléguer l'exécution à des particuliers. Par contre la Confédération peut, dans le cadre d'une loi fédérale, exclure ou soumettre à cer-

taines conditions la délégation d'exécution à des particuliers lorsqu'une telle restriction est nécessaire à une bonne mise en œuvre d'une tâche fédérale (voir art. 164, al. 1, let. f, Cst.). En raison de l'autonomie organisationnelle des cantons, il convient d'utiliser cette possibilité avec réserve.

Délimitations

969 Exercer une activité nécessitant une autorisation officielle ou pour laquelle l'administration alloue des subventions ne signifie pas nécessairement être délégataire de l'administration (voir à ce sujet Fritz Gygi, *Verwaltungsrecht*, Berne 1986, p. 56, avec référence aux ATF 107 Ib 5 et aux JAAC 46 [1982], III, nº 41, p. 248). La délégation d'une tâche publique ne doit pas non plus être confondue avec la concession. Cette dernière n'attribue pas au particulier une parcelle de l'administration publique, mais seulement le droit d'exercer une activité, la plupart du temps lucrative, réservée à la communauté par un monopole (voir également à ce sujet Fritz Gygi, *ibid.*, p. 57 et ATF 106 Ib 33, 36 ; André Grisel, *Traité de droit administratif*, Neuchâtel 1983, p. 201). Toutefois, dans la mesure où l'on a affaire à une concession de service public (voir par exemple art. 14 ss LTC), l'octroi d'une concession peut également être considéré comme un instrument de la délégation de tâches publiques.

970 Le recours à des particuliers en qualités d'auxiliaires de l'autorité chargée de l'exécution de la tâche publique ne doit pas non plus être assimilé à une délégation de tâche. Dans de tels cas, les particuliers n'ont ni autonomie, ni pouvoir de décision. Ils agissent pour l'autorité en qualité de simples exécutants et en lui fournissant certains services (ou en lui livrant certains biens). Une telle activité ne nécessite pas une base légale. Par contre, il convient d'examiner de cas en cas si le recours à des auxiliaires pour certaines prestations tombe sous le coup de la loi fédérale sur les marchés publics (LMP, RS 172.056.1) et doit ainsi faire l'objet d'une procédure de mise au concours et d'adjudication.

971 La délégation de tâches peut également reposer sur un contrat entre l'État et une entreprise privée (« partenariat public-privé »). Un acteur privé assume la responsabilité d'accomplir de manière efficiente une prestation, tandis que les pouvoirs publics veillent à ce que les objectifs visant le bien commun soient remplis.

Conséquences de la délégation

972 Dans la mesure où des particuliers assument des tâches publiques, ils doivent — comme les autorités fédérales — respecter les droits fondamentaux (voir art. 35, al. 2, Cst.), ainsi que les principes de la légalité et de l'égalité en particulier (voir *ZBl* 1987, p. 205 ss ; Yvo Hangartner, Grundrechtsbindung öffentlicher Unternehmen, *PJA* 2000, p. 515 ss), ce qui implique notamment que les organisations privées n'ont pas le droit de privilégier leurs membres par rapport aux non-membres.

Les rapports entre les particuliers investis de tâches publiques et les tiers concernés sont en principe régis par le droit public. Les décisions contraignantes prises à l'égard des tiers par les organismes privés dans le cadre de l'exécution de leurs tâches sont des décisions au sens de l'art. 5, al. 1, PA et sont, par conséquent, susceptibles de recours. La procédure de recours est régie essentiellement par la PA et la LTF (voir art. 1, al. 2, let. e, et 47, al. 1, let. b et c, PA, art. 82, let. a, LTF). 973

Les employés d'organismes privés, dans la mesure où ils sont chargés de tâches de droit public, agissent en vertu du droit public. Ces personnes doivent respecter leurs devoirs de fonction à l'égard des tiers et sont soumises à l'art. 1, al. 1, let. f, LRCF (RS 170.32) ; cela vaut également pour la responsabilité, la Confédération ne répondant toutefois qu'à titre subsidiaire (voir art. 19 LRCF). 974

Activités commerciales annexes exercées par des unités administratives et des entreprises de droit public

Pour rationaliser davantage l'activité administrative, les offices fédéraux et les entreprises de droit public peuvent étendre leur marge d'action en offrant de nouveaux services sur une base commerciale et en utilisant le gain qu'ils en tirent pour l'accomplissement de leurs autres tâches. On peut envisager que des unités administratives ou des entreprises de droit public fournissent leurs services (par exemple une assistance administrative) non seulement aux autres offices fédéraux, mais à des clients privés (contre une rémunération fixée selon les règles du marché). 975

Cette extension de leur champ d'activité doit se fonder sur une base légale (v. art. 41 LFC, RS 611.0) et respecter certaines exigences constitutionnelles. Si une telle base légale doit être créée, il est recommandé de s'inspirer du modèle suivant, qui tient compte des exigences constitutionnelles : 976

> Art. X Activités commerciales
>
> [1] L'Office fédéral de... / l'unité administrative XY peut offrir des prestations commerciales à des tiers si celles-ci :
>
> a. sont dans un rapport étroit avec les tâches principales de l'unité administrative concernée ;
> b. ne requièrent pas l'engagement de moyens matériels ou personnels supplémentaires importants, et
> c. ne portent pas atteinte à l'accomplissement de la tâche principale.
>
> [2] Les prestations commerciales sont établies sur la base d'un compte significatif des coûts et des prestations à des prix qui couvrent pour le moins les frais.

Il est possible de renoncer au critère de l'al. 1, let. b, ci-dessus (absence d'engagement de moyens matériels ou personnels supplémentaires importants) lorsque

la description des prestations commerciales est bien délimitée quant à son objet (voir par exemple l'art. 4 LMét, RS 429.1).

Médiation et conciliation

977 Pour faciliter l'accès au droit, accélérer les procédures et réduire la charge de travail de l'administration et des tribunaux, il peut se justifier de prévoir des mesures de règlement amiable des conflits, comme la médiation ou la conciliation. Ces deux processus sont proches par le fait qu'ils font intervenir, dans le règlement des conflits, un tiers indépendant et impartial qui, contrairement au juge, n'a pas de pouvoir de décision. Dans la conception généralement admise, le conciliateur peut proposer aux parties des solutions de règlement du conflit, le médiateur cherchant plutôt à les aider à en trouver elles-mêmes. Le tiers peut intervenir dans les conflits entre deux collectivités publiques (voir par exemple art. 44, al. 3, Cst., pour ce qui concerne les différends entre les cantons ou entre la Confédération et les cantons), entre l'administration et un particulier ou entre deux particuliers.

978 À l'heure actuelle, plusieurs lois générales de procédure instaurent la médiation.

Exemples :

- médiation remplaçant la procédure de conciliation (art. 213 ss CPC) ;
- accord amiable et médiation (art. 33*b* PA).

979 Quelques lois spéciales instaurent également des dispositifs de médiation ou de conciliation.

Exemples :

- le Surveillant des prix, saisi d'une demande qu'il estime fondée, peut tenter de trouver un accord amiable avec l'auteur de l'abus allégué (art. 9 de la loi fédérale concernant la surveillance des prix, LSPr, RS 942.20).
- le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence peut être sollicité en tant que médiateur lorsqu'une demande d'accès à un document officiel est refusée, différée ou limitée (art. 13 LTrans, RS 152.3).

980 La médiation et la conciliation sont en général volontaires, mais, pour autant qu'une base légale le prévoie, elles peuvent constituer une phase préjuridictionnelle obligatoire. Leur caractère consensuel voudrait pourtant qu'elles restent facultatives.

Exemple :

- pour les litiges de droit civil, la procédure au fond est toujours précédée d'une tentative de conciliation devant une autorité de conciliation (art. 197 CPC, RS 272).

981 Dans les domaines régis par du droit impératif, la conciliation et la médiation n'ont leur place que si l'autorité de première instance dispose d'une grande latitude dans la constatation et l'appréciation des faits. L'ensemble de l'activité étatique reste en

effet soumis au principe de la légalité (art. 5, al. 1, Cst.). Pour cette raison, si la loi soumet l'exercice d'une activité à une autorisation préalable (voire à un autre acte administratif, tel un plan), une transaction consacrant l'accord des parties au conflit ne pourra pas se substituer à la décision. Le recours à la médiation ou à la conciliation ne doit en effet pas empêcher le contrôle approprié par les tribunaux, en particulier dans le champ d'application de l'art. 6 § 1 CEDH : la garantie de l'accès au juge doit être respectée (art. 29*a* Cst.). La transaction prend alors la forme d'une décision (art. 33*b*, al. 4, PA). La loi peut imposer aux parties de renoncer dans la transaction aux voies de droit (art. 33*b*, al. 1, PA).

Pour éviter que le conflit ne se cristallise, la conciliation et la médiation devraient intervenir le plus rapidement possible, c'est-à-dire dans la phase non contentieuse de la procédure. Conformément à leur vocation d'informalisme, elles ne devraient être réglementées que dans la mesure où cela est indispensable. En revanche, si on veut favoriser leur expansion, il est indispensable d'informer les administrés sur la possibilité d'y avoir recours. La gratuité constitue un autre moyen de les favoriser. *982*

Statistique

La statistique officielle sert à informer sur la population, l'économie, la société et l'environnement. Pour la Confédération, elle est un instrument permettant d'accomplir ses tâches. *983*

Aperçu

La loi sur la statistique fédérale (LSF, RS 431.01) ne contient aucune disposition obligeant la Confédération, une organisation soumise à la loi et produisant des données par l'exécution du droit fédéral, des services des cantons ou des communes ou d'autres personnes morales de droit public à traiter certaines données à des fins statistiques. Les données traitées sont déterminées par la législation spéciale. *984*

Collecte de données et organisation d'enquêtes

Les principes de la collecte des données sont régis par l'article 4 de la LSF. Cette disposition prévoit une cascade : Tout d'abord, les données de la Confédération, respectivement les données produites par une organisation soumise à la loi lors de l'exécution du droit fédéral, doivent être utilisées pour la statistique fédérale (art. 4, al. 1, LSF). Si de telles données ne sont pas disponibles, les données sont collectées auprès des services des cantons ou des communes ou d'autres personnes morales de droit public, pour autant que les données y soient disponibles (collecte indirecte, art. 4, al. 2, LSF). Ce n'est que lorsque les données nécessaires ne sont pas disponibles à ces deux niveaux qu'un relevé direct auprès de per- *985*

sonnes physiques ou morales entre en ligne de compte (art. 4, al. 3, LSF). Il convient de noter que les enquêtes directes auprès des personnes physiques vivant dans des ménages privés sont en principe facultatives (art. 6, al. 1, LSF). En vertu de l'article 5, alinéa 1, LSF, le Conseil fédéral peut ordonner les enquêtes nécessaires. L'ordre est donné dans l'ordonnance sur les relevés statistiques (celle-ci fait actuellement l'objet d'une révision totale).

Procédure de consultation électronique

986 En vertu de l'art. 4, al. 1bis, LSF, l'OFS peut accéder par procédure d'appel électronique aux données de la Confédération ou d'une organisation soumise à la loi qui sont nécessaires à la statistique, si l'exécution du droit fédéral produit des données chez cette organisation. Le Conseil fédéral détermine quelles organisations donnent accès à l'OFS par procédure d'appel, quelles données et dans quels domaines. Les données dont l'OFS n'a pas besoin doivent être exclues de l'accès. Si l'OFS ne doit pas pouvoir accéder aux données par procédure d'appel, cela nécessite une réglementation dans l'acte législatif spécial correspondant.

Utilisation de données provenant de bases de données cantonales et communales

987 Lorsqu'il ordonne une enquête, le Conseil fédéral détermine dans quelle mesure les cantons et les communes collaborent à son exécution (art. 7, al. 1, LSF). Il peut ordonner la reprise de données de leurs banques de données, pour autant que la base juridique de la banque de données n'exclue pas expressément l'utilisation à des fins statistiques et qu'il n'existe pas d'obligation de garder le secret (art. 7, al. 2, LSF). Les obligations de garder le secret ne peuvent en principe être opposées à une telle reprise que si la base juridique du fichier exclut expressément son utilisation à des fins statistiques. Lors de l'adoption ou de la modification d'une loi spéciale, il convient de s'assurer que le rapport entre l'article 7, alinéa 2, LSF et les éventuelles obligations de garder le secret est réglé de manière suffisamment claire dans la loi spéciale.

Principe du « une fois » et principe de l'utilisation multiple des données

988 Lors de la réalisation du principe « once-only » et du principe de l'utilisation multiple des données, il convient de respecter le principe de la finalité, car les données personnelles ne peuvent être traitées que de manière compatible avec la finalité (art. 6, al. 3, LPD). Le degré de précision nécessaire de la disposition dans la loi formelle pour mettre en œuvre le principe « once-only » ne peut pas être fixé de manière abstraite. Dans ce contexte, les dispositions relatives à la protection des données revêtent une importance particulière (voir également le chapitre 14 Protection des données).

Si différents domaines juridiques sont concernés, il convient de prévoir des dispositions symétriques dans les différentes lois spéciales. Celles-ci devraient comprendre des règles concernant le but de la

16 Commissions extraparlementaires

Aperçu

989 Les commissions extraparlementaires sont des organes permanents institués par la Confédération, qui assument des tâches publiques pour le compte du gouvernement et de l'administration.Elles conseillent le Conseil fédéral et l'administration fédérale dans l'exercice de leurs tâches. Elles ne prennent de décisions que si une loi fédérale les y habilite. Les conditions-cadres régissant la constitution des commissions extraparlementaires (composition, durée du mandat, durée de fonction, indemnisation, etc.) sont réglées dans la LOGA (art. 57*a* ss, RS 172.010) et dans l'OLOGA (art. 8*a* ss, RS 172.010.1). Le Conseil fédéral institue de telles commissions par le biais d'une décision et en nomme les membres (art. 57*c*, al. 2, LOGA). Toutes les commissions extraparlementaires sont énumérées dans l'annexe 2 de l'OLOGA (art. 8, al. 2, OLOGA). Il faut relever dans ce contexte que cette forme d'organisation des autorités est régulièrement mise en cause dans des interventions parlementaires et dans les médias, notamment en ce qui concerne leur composition, leurs prestations, leurs coûts et leur utilitié. Des informations supplémentaires, notamment les actes d'institution, sont disponibles sous www.admin.ch > Documentation > Commissions extraparlementaires.

990 L'art. 8*a* OLOGA distingue les commissions décisionnelles des commissions consultatives. Ces deux types de commissions sont présentés ci-après.

Commissions décisionnelles

991 Les commissions décisionnelles disposent, comme leur nom l'indique, d'un pouvoir de décision. Elles peuvent être chargées de tâches diverses allant de la surveillance (par exemple la COMCO) à la gestion d'examens (par exemple la Commission d'examens du secteur vétérinaire public). Elles se fondent obligatoirement sur une base légale formelle (voir art. 57*a*, al. 2, OLOGA).

Exemples :

- Commission fédérale pour la qualité (art. 58 LMal ; RS 832.10) ;
- Commission du Parc national (art. 4 s. de la loi sur le Parc national ; RS 454) ;
- Commission de la concurrence (art. 18 ss de la loi sur les cartels ; RS 251) ;
- Commission fédérale des maisons de jeu (art. 94 ss de la loi sur les jeux d'argent ; RS 935.51) ;
- Commission de la communication (art. 56 s. de la loi sur les télécommunications ; RS 784.10).

Commissions consultatives

On appelle commissions consultatives toutes les commissions qui ont une fonction consultative ou préparatoire. Leurs tâches peuvent concerner tous les domaines de compétences de la Confédération. *992*

Exemples :

- Commission fédérale d'experts pour la sécurité biologique (ordonnance sur la Commission fédérale d'experts pour la sécurité biologique ; RS 172.327.8) ;
- Commission consultative pour l'agriculture (art. 186 de la loi sur l'agriculture ; RS 910.1) ;
- Commssion fédérale d'éthique (art. 28 de la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée ; RS 810.11) ;
- Commission fédérale du design (art. 10 ss de l'ordonnance sur l'encouragement de la culture ; RS 442.11).

5ème partie : Entrée en vigueur, mise en œuvre et évaluation

17 Champ d'application temporel

Entrée en vigueur

Bases

Un acte déploie ses effets juridiques dès son entrée en vigueur. Celle-ci définit donc une partie du champ d'application temporel d'un acte. Sa fixation fait partie des éléments inhérents à l'édiction de nouvelles dispositions. Les nouvelles obligations naissent au moment de la publication dans le RO (art. 8 LPub, RS 170.512; exception pour les modifications de la Cst., v. *ch. 995*;). *993*

On parle de mise en vigueur pour la décision de l'organe compétent de faire entrer en vigueur un acte législatif à une date déterminée. Il convient de tenir compte des aspects suivants pour déterminer ce moment : *994*

- Les cantons et les autres entités de mise en œuvre concernées doivent être informés et impliqués à temps et de manière adéquate en ce qui concerne les débats parlementaires et les projets d'ordonnance, v. *ch. 1122 ss*.
- Le service juridique de la Chancellerie fédérale doit être consulté :
  - lorsque la mise en vigueur d'une loi fédérale ou d'un arrêté fédéral est effectuée par le Conseil fédéral ; ou
  - lorsque, à cause de la date d'entrée en vigueur prévue, la publication dans le RO risque de ne pas pouvoir être effectuée à temps.
- Pour la mise en vigueur d'une loi fédérale ou d'un arrêté fédéral, une décision du Conseil fédéral est nécessaire, pour autant que la loi ou l'arrêté ne prévoient pas eux-mêmes l'entrée en vigueur. Dans la plupart des cas, l'ordonnance d'exécution est adoptée en même temps que l'arrêté d'entrée en vigueur de la loi et est mise en vigueur à la même date que la loi. Pour soumettre au Conseil fédéral une proposition de date d'entrée en vigueur, il faut observer les règles applicables à la consultation des offices et à la procédure de co-rapport (v. *ch. 11 ss*).

Exemples :

- décision du Conseil fédéral du 12 juin 2015 sur la mise en vigueur de la loi fédérale et de l'ordonnance sur l'Assurance suisse contre les risques à l'exportation (RO **2015** 2217 et 2221) ;
- décision du Conseil fédéral du 24 juin 2015 sur la mise en vigueur de la loi fédérale et de l'ordonnance sur les prestations de sécurité privées fournies à l'étranger (RO *2015* 2407 et 2423).

Moyen auxiliaire :

- DTL, ch. 171 ss.

Organe responsable

Constitution fédérale

995 Dans certains cas, l'arrêté fédéral concernant les nouvelles dispositions constitutionnelles contient une norme de délégation relative à l'entrée en vigueur. Dans la plupart des cas, sauf si l'acte le prévoit autrement, les modifications de la Constitution entrent en vigueur dès leur acceptation par le peuple et les cantons (art. 195 Cst. ; v. *ch. 1001*).

Exemples :

- délégation à l'Assemblée fédérale dans l'arrêté fédéral du 8 octobre 1999 relatif à la réforme de la justice, ch. III, FF 1999 7831 ;
- arrêté fédéral du 13 décembre 1996 concernant la suppression de la régale des poudres, RO 1998 918 ;
- initiative populaire (rejetée) « Pour la protection de salaires équitables (initiative sur les salaires minimums) », ch. II, art. 197, ch. 8, al. 3, FF 2011 853.

Lois fédérales et ordonnances de l'Assemblée fédérale

996 Les lois fédérales et les ordonnances de l'Assemblée fédérale entrent en principe en vigueur à la date fixée dans l'acte. Ainsi, l'Assemblée fédérale ou le peuple, en cas de votation populaire, décide de l'entrée en vigueur.

Exemple :

- pour donner aux cantons le temps de faire les adaptations nécessaires, la loi fédérale en matière d'assistance a été modifiée comme suit : « [la loi] entre en vigueur, en l'absence de référendum, quatre ans après l'échéance du délai référendaire ou, en cas de référendum, quatre ans après son acceptation par le peuple. » (FF 2012 8903).

997 Il est toutefois dérogé au principe si fréquemment que la règle en devient presque une exception. En effet, dans la plupart des cas, les actes législatifs du Parlement contiennent une délégation en faveur du Conseil fédéral, qui est ainsi chargé de fixer la date d'entrée en vigueur. Il est dès lors nécessaire d'examiner quels motifs plaident pour une mise en vigueur par le Parlement lui-même ou pour une délégation. Bien qu'il soit possible que le Parlement fixe lui-même aussi l'entrée en vigueur dans un arrêté distinct, une délégation est en pratique toujours adressée au Conseil fédéral.

Ordonnances du Conseil fédéral ou d'instances qui lui sont subordonnées

998 La date de l'entrée en vigueur des ordonnances du Conseil fédéral ou d'instances qui lui sont subordonnées est fixée par ces entités mêmes.

Date d'entrée en vigueur

Généralités

Plusieurs possibilités existent pour la date de l'entrée en vigueur : entrée en vigueur avec effet immédiat (au moment de l'adoption, v. *ch. 1001* ss), entrée en vigueur à une date ultérieure, entrée en vigueur avec effet rétroactif (v. *ch. 1010* ss). L'acte peut également entrer en vigueur de manière intégrale ou par étapes (v. *ch. 1012 ss*). *999*

Un certain nombre d'éléments doivent être pris en compte au moment de fixer la date d'entrée en vigueur: *1000*

- Un acte législatif soumis au référendum ne peut entrer en vigueur que lorsque le délai référendaire est échu sans avoir été utilisé ou lorsque le projet a été accepté en votation populaire (conditions positives).
- La loi sur les publications officielles prévoit que les actes de la Confédération sont à publier dans le RO au moins cinq jours avant leur entrée en vigueur (art. 7, al. 1, LPubl, RS 170.512). Dans l'idéal, il faudrait toutefois prévoir quatre semaines entre la publication et l'entrée en vigueur.
- Les actes doivent en principe entrer en vigueur le plus rapidement possible, en particulier lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre des acquis sociaux.
- La date doit être fixée en fonction de motifs objectifs, et non arbitrairement. Des intérêts purement financiers ne sauraient suffire pour retarder l'entrée en vigueur d'allègements fiscaux ou de subventions plus élevées (ATF 130 I 174, p. 179, consid. 2.3).
- Le Conseil fédéral ne peut pas retarder l'entrée en vigueur d'une loi au simple motif qu'elle lui déplaît ou qu'elle s'éloigne trop de son projet. Le législateur adopte des lois pour qu'elles soient mises en œuvre. Retarder leur entrée sans raisons objectives irait à l'encontre de la démocratie et du principe de la séparation des pouvoirs (v. Müller/Uhlmann, p. 116 ; Yvo Hangartner, PJA 7/2006, p. 864). La seule latitude du Conseil fédéral concerne la fixation de la date d'entrée en vigueur (v. JAAC 58 [1994], I, n° 2, p. 56).
- La date choisie ne doit, quant au sens et au but de la loi, ni favoriser ni désavantager personne, notamment des groupes qui pourraient s'attendre à des avantages ou des inconvénients des points de vue économique ou politique (v. JAAC 32 [1964–65], n° 11, p. 23 ss avec exemples).
- Certains actes (par ex. CC) nécessitent une adaptation du droit cantonal ou présuppose une réorganisation de l'administration. Il convient d'impliquer les cantons dans la planification de la mise en œuvre avant la décision de mise en vigueur (v. *ch. 1074 ss*). Dans les domaines où il revient aux cantons d'assurer la mise en œuvre de la législation fédérale, il est important de prévoir un délai suffisant, selon les cas, un à trois ans entre le vote final et l'entrée en vigueur.

Exemple :

- modification du CC (protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation) du 19 décembre 2008, entrée en vigueur le 1er janvier 2013 (RO 2011 725).

- Il peut arriver que l'interdépendance de la matière d'une loi avec celle d'un autre acte législatif constitue un motif suffisant pour retarder l'entrée en vigueur du premier acte législatif jusqu'à ce que la procédure législative concernant le second soit parvenue à un certain stade. Une telle éventualité peut se produire par exemple lorsqu'une loi règle le droit matériel et l'autre le droit formel, et notamment les dispositions de procédure. Mais il peut également arriver que des dispositions matérielles d'actes législatifs distincts soient si étroitement interdépendantes qu'il se justifie de ne mettre en vigueur l'un des actes législatifs qu'en fonction de l'autre.
- Le choix d'une date d'entrée en vigueur peut également être guidé par des considérations d'opportunité, en particulier lorsqu'une autre date compliquerait l'application pratique d'une loi.

Exemple :

- pour des raisons d'opportunité, on a veillé à ce que la loi fédérale du 4 octobre 1991 sur l'aide aux victimes d'infractions (RO 1992 2463, RS 312.5) entre en vigueur en même temps que la Convention européenne du 24 novembre 1983 relative au dédommagement des victimes d'infractions violentes (RS 0.312.5), à savoir le 1er janvier 1993.

- Il arrive souvent que la loi nécessite une ordonnance d'exécution. Dans un tel cas, la loi devrait être mise en vigueur à la même date que l'ordonnance.
- En certaines circonstances, il est recommandé d'inviter les cantons et les associations à prendre position avant la décision d'entrée en vigueur. Les besoins de l'économie privée doivent également être pris en compte.

Entrée en vigueur avec effet immédiat

Constitution

1001 Les modifications de la Constitution fédérale entrent généralement en vigueur le jour de leur acceptation par le peuple et les cantons, à moins que l'arrêté fédéral (le projet soumis au vote) n'en dispose autrement (voir art. 195 Cst.), même si le résultat de la votation n'a pas été validé et que le texte n'a pas été publié dans le RO ; le texte constitutionnel peut être supposé connu à la suite de la publication préalable du texte de l'arrêté dans la Feuille fédérale. Pour des motifs impérieux, on peut toutefois fixer une autre date d'entrée en vigueur dans les dispositions transitoires de l'arrêté fédéral correspondant.

Exemples :

- arrêté fédéral du 3 octobre 2003 concernant la réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons (RPT), accepté en votation populaire le 28 novembre 2004, entré en force le 1er janvier 2008 (RO 2007 5765) ;
- arrêté fédéral du 19 mars 2004 sur un nouveau régime financier, accepté en votation populaire le 28 novembre 2004, entré en force le 1er janvier 2007 (RO 2006 1057) ;
- arrêté fédéral du 8 octobre 1999 relatif à la réforme de la justice, accepté en votation populaire le 12 mars 2000, entrée en force le 1er avril 2003 et à plusieurs autres échéances (RO 2002 3148).

Lois fédérales

1002 Les lois fédérales urgentes entrent habituellement en vigueur le jour même de leur adoption par le Parlement ou le jour suivant. Il arrive que les lois fédérales urgentes entrent en vigueur non pas immédiatement après leur adoption mais, lorsqu'elles contiennent une disposition expresse à ce sujet, à une date ultérieure. Si les projets sont rejetés dans le cadre d'un référendum , ils doivent, d'après l'art. 165, al. 2, Cst., cesser d'être en vigueur une année après leur adoption par l'Assemblée fédérale. Si on ajourne la date d'entrée en vigueur, la durée de validité de l'acte en est raccourcie d'autant.

Exemples :

- Modification du 18 décembre 2020 de la loi fédérale sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 (Loi COVID-19) (RO 2020 5821 ch. III prévoit partiellement l'entrée en vigueur rétroactive).
- La modification du 16 décembre 2022 de la loi Covid 19 a été déclarée urgente, mais n'est entrée en vigueur que le 1er janvier 2023 (RO 2022 817).

Ordonnances

1003 Il arrive également que les ordonnances entrent immédiatement en vigueur. Exceptionnellement, un texte peut être publié au plus tard le jour de son entrée en vigueur si cela est nécessaire pour lui permettre de déployer pleinement ses effets, le jour même ou le lendemain de son adoption. On parle de publication urgente (art. 7, al. 3, LPubl, RS 170.512).

1004 Si la plateforme n'est pas disponible (art. 7, al. 4, LPubl), la publication s'effectue par d'autres moyens (courriel aux chancelleries d'État, aux services de consultation visés à l'art. 18 LPubl et à d'autres destinataires éventuels). On parle de publication extraordinaire. Les textes sont publiés dès que possible dans le RO.

Exemple :

- voir la liste des publications urgentes tenues par la Chancellerie fédérale (accessible à l'adresse www.admin.ch > Droit fédéral > Recueil officiel > Publications urgentes).

Autres remarques

1005 Lorsqu'il est prévu de faire entrer l'acte en vigueur immédiatement, on se posera les questions suivantes :

- Existe-t-il des motifs justifiant une entrée en vigueur immédiate ?
- Les conditions d'une publication urgente sont-elles réunies ?
- Ne peut-on pas faire entrer l'acte législatif en vigueur à une date ultérieure ?

1006 Même lorsqu'il paraît opportun de mettre en vigueur un acte législatif rapidement, il est recommandé d'éviter une mise en vigueur immédiate et de prévoir suffisamment de temps pour une publication officielle. Un acte dont l'entrée en vigueur prend effet immédiatement présente l'inconvénient de ne pas avoir été préalablement publié selon les voies ordinaires ; il n'est dès lors pas applicable en toutes circonstances. Dans la mesure du possible, même en cas de publication extraordinaire, il faudrait aménager un certain délai jusqu'à l'entrée en vigueur.

1007 En outre, le moment de l'entrée en vigueur ne devrait pas être le même que celui de la décision : si l'on n'a pas précisé le moment de l'entrée en vigueur, l'acte législatif entre en vigueur à 00:00 heures le jour où la décision est prise et a ainsi un effet rétroactif. Pour cette raison, il est recommandé de mettre l'acte législatif en vigueur à une heure précise du jour où la décision est prise ou, mieux, de ne le faire entrer en vigueur que le lendemain. Par exemple : « Cette ordonnance entre en vigueur le 13 janvier 2016 » ou « Cette ordonnance entre en vigueur le 13 janvier 2016, à 18 heures ».

1008 Si on envisage une entrée en vigueur immédiate, on tiendra compte aussi des observations suivantes :

- Si les lois fédérales doivent être déclarées urgentes, il y a lieu de le préciser déjà dans le message.
- Si la plateforme de publication n'est pas disponible, il faut entreprendre à temps les travaux préparatoires en vue d'une publication extraordinaire.

Entrée en vigueur à une date ultérieure

1009 Le Parlement peut fixer librement la date d'entrée en vigueur des lois. Il doit toutefois prendre en considération un certain nombre d'éléments : tout d'abord, un acte législatif ne peut entrer en vigueur que lorsque le délai référendaire est échu sans avoir été utilisé ou lorsque le projet a été accepté en votation populaire. En outre, le résultat de la votation doit être préalablement validé. Puis, les lois doivent pouvoir être mises en œuvre : les personnes chargées de leur mise en œuvre (Conseil fédéral et administration, cantons, tribunaux, particuliers) ont besoin du

temps nécessaire pour s'y préparer (voir planification de la mise en œuvre *ch. 1074 ss*).

Entrée en vigueur avec effet rétroactif

En ce qui concerne l'entrée en vigueur avec effet rétroactif, il s'agit de savoir s'il est possible et nécessaire de mettre en vigueur un acte législatif à une date antérieure à celle de la décision d'entrée en vigueur. L'acte n'entre, à proprement parler, pas en vigueur avant sa publication, mais s'applique à des faits survenus avant sa publication. *1010*

Si une loi fédérale ou un arrêté fédéral produit des effets dès son adoption, et avant sa publication dans le RO — par exemple durant le délai référendaire —, l'acte législatif doit le mentionner expressément. *1011*

Pour plus d'informations sur l'effet rétroactif, voir *ch. 1030 ss*.

Entrée en vigueur intégrale ou échelonnée

En principe, un acte législatif entre en vigueur intégralement. Il peut toutefois s'avérer nécessaire de mettre en vigueur certaines parties d'un acte avant ou après les autres, raison pour laquelle on examinera si des dispositions isolées doivent être mises en vigueur indépendamment du reste de l'acte législatif. *1012*

Pour certaines raisons (pour réaliser le plus rapidement possible un objectif, à cause des difficultés d'exécution dans certains domaines ou de problèmes d'organisation, etc.) il arrive de mettre en vigueur par étapes les dispositions d'un acte législatif. *1013*

Exemples :

- art. 34 de la loi sur l'approvisionnement en électricité (RS 734.7) : entrée en vigueur le 15 juillet 2007 et à plusieurs autres échéances ;
- art. 32 de l'ordonnance sur l'approvisionnement en électricité (RS 734.71) : entrée en vigueur le 1er avril 2008 et à plusieurs autres échéances ;
- arrêté fédéral du 8 octobre 1999 relatif à la réforme de la justice, accepté en votation populaire le 12 mars 2000, entrée en force le 1er avril 2003 et à plusieurs autres échéances (RO 2002 3148).

Si le législateur donne la compétence au Conseil fédéral de fixer lui-même la date d'entrée en vigueur, une telle délégation contient également l'autorisation de mettre en vigueur l'acte législatif par étapes, et ce même si cette autorisation n'a pas été mentionnée expressément dans l'acte législatif. *1014*

Exemples :

- art. 34 de la loi du 12 mars 2007 sur l'approvisionnement en électricité (LApEl; RS 734.7; entrée en vigueur le 15 juillet 2007 et à des dates ultérieures);

- art. 32 de l'ordonnance sur l'approvisionnement en électricité (OApEl; RS 734.71; entrée en vigueur le 1er avrl 2008 et à des dates ultérieures);
- art. 73, al. 2, de la loi du 19 septembre 1978 sur l'organisation de l'administration (voir RO 1979 114 et 679).

1015 Lorsque l'acte législatif est mis en vigueur par étapes, il est nécessaire de préparer une ordonnance du Conseil fédéral relative à l'entrée en vigueur si des dispositions transitoires ou introductives doivent être édictées ou si la date d'entrée en vigueur de la partie concernée de l'acte n'a pas encore pu être fixée (voir également ch. 176 ss. et 245 ss. DTL).

Abrogation et suspension

Abrogation

Généralités

1016 L'acte législatif perd en principe sa validité par son abrogation (sous réserve des dispositions transitoires du nouveau droit). En cas de suspension, au contraire, l'acte législatif modifié ne perd sa validité que de manière passagère et « renaît » lorsque l'acte législatif modificateur est abrogé.

Abrogation formelle

1017 L'acte législatif à *durée de validité limitée* est sans autres caduc à la fin de sa période de validité. Un arrêté d'abrogation particulier n'est pas nécessaire.

1018 Une prolongation de la durée de validité peut, lors d'une révision partielle, être obtenue en complétant la disposition originale sur la durée de validité par un nouvel alinéa contenant la prolongation. De cette manière, la durée de validité initialement prévue reste apparente dans l'acte ainsi modifié (voir ch. 334 DTL).

Exemples :

- art. 9, al. 2, de la loi fédérale du 8 octobre 1999 sur les sociétés de capital-risque (RO 2000 1019; RS 642.15)
- art. 17, al. 6, de l'ordonnance du 3 décembre 2010 sur la compensation des risques dans l'assurance-maladie (modification du 3 décembre 2010, RO 2010 6163).

1019 Les actes législatifs de *durée illimitée* sont valables pour une durée indéterminée. Ils ne contiennent par conséquent aucune disposition relative à leur abrogation. Un acte législatif ou des dispositions isolées de durée illimitée ne peuvent être abrogés que par un acte législatif plus récent ayant au moins le même niveau et contenant (souvent en annexe) les dispositions abrogatoires. L'acte législatif antérieur n'entre évidemment pas à nouveau en vigueur lorsque l'acte qui l'a abrogé est à son tour abrogé.

Lors de l'abrogation, il convient de veiller au respect du parallélisme des formes : en principe, seul peut être abrogé du droit de niveau égal (une disposition constitutionnelle par une disposition constitutionnelle, une loi fédérale par une loi fédérale). Si une ordonnance du Conseil fédéral devient nulle suite à l'abrogation de la loi fédérale qui lui servait de base légale, elle ne peut pas être abrogée directement par la nouvelle loi fédérale, mais uniquement par une nouvelle ordonnance du Conseil fédéral. Les ordonnances ne sont pas automatiquement abrogées lorsque la loi de degré supérieur est modifiée ; au contraire, elles nécessitent une abrogation formelle de la part de l'organe qui les a édictées (en règle générale par l'adoption d'une nouvelle ordonnance). La pratique admet que les nouvelles ordonnances du Conseil fédéral n'abrogent pas seulement les anciennes, mais abrogent également les ordonnances des départements et des offices, toutefois seulement lorsque ces derniers n'en ont pas édicté de nouvelles. *1020*

Au moment d'abroger un acte législatif, on tiendra compte des observations suivantes : *1021*

- Le nouvel acte législatif recouvre-t-il l'intégralité du contenu du précédent et celui-ci doit-il être abrogé dans sa totalité ou certaines parties continuent-elles de rester en vigueur ?
- Le nouvel acte législatif englobe-t-il plusieurs autres actes encore en vigueur, et ceux-ci doivent-ils être tous abrogés ?

Exemple :

- l'ordonnance du 4 juillet 2007 concernant la protection des informations de la Confédération (voir art. 22, RS 510.411) a abrogé non seulement l'ordonnance du 10 décembre 1990 sur la classification et le traitement d'informations de l'administration civile, mais également l'ordonnance du 1er mai 1990 concernant la protection de informations militaires ;

Si un acte législatif est abrogé sans être remplacé, on préparera un arrêté d'abrogation particulier. *1022*

Exemple :

- abrogation le 11 mars 1991 de l'ordonnance sur la protection des valeurs patrimoniales de l'État du Koweït en Suisse (voir RO 1991 788). De tels arrêtés d'abrogation sont publiés de la même manière que les arrêtés d'entrée en vigueur.

Abrogation matérielle

Deux normes juridiques différentes peuvent se contredire, sans que la norme la plus récente n'ait abrogé formellement la plus ancienne. Pour savoir laquelle des normes appliquer, on utilisera les méthodes usuelles d'interprétation. L'abrogation matérielle concerne l'application du droit et non la procédure législative. Toutefois, la procédure législative, qui détermine la manière dont la loi a été élaborée et *1023*

formulée, peut avoir une influence sur l'application du droit : si l'environnement normatif a été examiné soigneusement lors de la préparation de l'acte législatif et si l'acte a été libellé avec autant de soin, les cas d'abrogation matérielle peuvent être réduits au minimum. Si l'acte a été mal intégré dans son environnement normatif, les cas d'abrogations matérielles ne peuvent que difficilement être évités (voir *ch. 576*).

Suspension

1024 Si un acte législatif de durée illimitée est modifié par un acte à durée de validité limitée, les dispositions de l'acte de durée illimitée retrouvent plein effet lors de l'abrogation de l'acte de durée limitée (suspension d'un acte législatif).

1025 Dans la mesure du possible et pour des motifs de sécurité du droit, on renonce à la suspension, en particulier lorsque l'acte législatif modifié a déjà subi plusieurs modifications. En cas de suspension assez longue, l'établissement de la teneur qu'avait l'acte législatif modifié avant la suspension peut donner lieu à certaines difficultés. Il existe toutefois également de bonnes raisons de ne modifier un acte législatif que temporairement.

Exemples :

- la modification de la loi sur l'asile par un arrêté fédéral de portée générale urgent du 22 juin 1990 sur la procédure d'asile a été limitée au 31 décembre 1995 (voir RO 1990 938) ;
- les propositions de modification de la PA, de l'OJ et de la PPF dans la perspective du traité EEE n'auraient été valables qu'aussi longtemps que le traité EEE eût été en vigueur, sans quoi, si la Suisse s'était retirée de l'EEE (voir Message complémentaire II au message relatif à l'accord EEE, FF 1992 V 715 ss), les dispositions de procédure devant les autorités fédérales prises dans le contexte de l'EEE auraient continué de s'appliquer.

1026 Une forme particulière de suspension est l'abrogation momentanée d'un acte législatif sans disposition de remplacement. Une suspension de ce type ne devrait être décidée qu'exceptionnellement.

Exemple :

- le 9 septembre 1993, l'ordonnance du 30 juin 1993 instituant des mesures économiques à l'encontre de Haïti a été sans autres suspendue (voir RO 1993 2581) ; le 21 octobre 1993, cette ordonnance est à nouveau entrée en vigueur (voir RO 1993 2953).

Application du droit dans le temps

Principes

Les règles relatives à l'application du droit dans le temps précisent la durée de validité des normes. Elles fixent le domaine de validité de l'ancien et du nouveau droit. 1027

On appliquera les principes suivants : 1028

- La loi règle les conséquences juridiques de fait qui se produisent durant la période où elle est en vigueur. Cela signifie par conséquent deux choses :
  - que les faits qui se produisent après l'entrée en vigueur d'une loi sont régis par le nouveau droit. Cette exigence a pour fondement le principe de l'égalité, ainsi que l'intérêt public nouveau à l'origine de la modification législative ;
  - Qu'un acte ne peut en principe pas rétroagir (voir toutefois exceptions ci-après).
- Les principes en matière de délégation de compétences réglementaires doivent également être pris en compte dans l'élaboration du droit transitoire (voir *ch. 707 ss*). Dans la mesure où, en vertu de ces principes, on doit réglementer une matière déterminée dans une loi formelle, le droit transitoire qui s'y rapporte doit également figurer, dans ses grandes lignes, dans la loi formelle. 1029

Rétroactivité

Aperçu

La rétroactivité, qu'elle soit défavorable ou favorable aux intéressés, est en principe proscrite (voir ATF 125 I 182, 186 ; 119 Ib 103, 110). On ne peut imposer à quiconque des obligations qu'il ignorait au moment des faits, avec lesquelles il ne pouvait compter et auxquelles il ne pouvait pas se conformer. On distingue entre rétroactivité proprement dite et rétroactivité improprement dite. 1030

Rétroactivité proprement dite

Par rétroactive proprement dite, on entend l'application d'un nouveau droit à des fait s'étant réalisés et achevés sous un ancien droit (voir ATF 138 I 189 consid. 3.4; 119 Ia 154, 160). Des faits sont considérés comme réalisés et achevés lorsque les éléments constitutifs d'un fait juridique donné ont été accomplis, autrement dit lorsque les sujets de droit concernés ne peuvent plus influer sur le déroulement des faits. Dans le cas de la rétroactivité proprement dite, des faits réalisés entièrement dans le passé sont donc, après coup, soumis à de nouvelles règles. 1031

Exceptionnellement, la jurisprudence du Tribunal fédéral admet une rétroactivité défavorable aux administrés aux conditions suivantes (voir ATF 138 I 189 consid. 3.4, 126 V 134, consid. 4a; 125 I 186 consid. 2c/cc; 124 III 266, 271; 122 V 405, 408; 119 Ia 154, 160; 119 Ib 103, 110; 92 I 226, 233; ATAF 2013/6 consid. 5.3; 2009/3 consid. 3.4; ATAF 2007/25 consid. 3.1) :

- la rétroactivité doit avoir été expressément prévue par l'acte législatif ou pour le moins clairement voulue ;
- elle doit être raisonnablement limitée dans le temps (elle ne devrait pas excéder une année) ;
- elle doit être justifiée par des motifs pertinents ;
- elle ne doit pas entraîner d'inégalités choquantes ou porter atteinte à des droits de tiers ;
- elle doit être justifiée par des intérêts publics prépondérants ;
- elle ne doit pas porter atteinte à des droits acquis. Les droits acquis sont des droits de valeur patrimoniale vis-à-vis de l'État, fondés sur un statut juridique particulier octroyé par celui-ci, statut préservé contre les modifications législatives en raison de la protection de la bonne foi et de la garantie de la propriété (devoir d'indemniser en cas de révocation) ;

Le pouvoir conféré au Conseil fédéral de fixer la date d'entrée en vigueur n'inclut pas celui d'assortir la mise en vigueur d'une clause de rétroactivité.

Exemples :

- loi fédérale sur les droits de timbre (modification du 19 mars 2010, RO 2010 3317) ;
- ordonnance régissant la taxe sur la valeur ajoutée (modification du 18 juin 2010, RO 2010 2833) ;
- ordonnance sur le personnel du domaine des EPF (modification du 11 décembre 2009, RO 2009 809).

Rétroactivité improprement dite

1032 Par rétroactivité improprement dite, on entend l'application d'un nouveau droit à des faits non imités dans le temps. Les faits ont commencé sous l'ancien droit et sont encore en cours de réalisation au moment de l'entrée en vigueur du nouveau droit (ATF 133 II 97 consid. 4.1, 122 II 113 consid. 3b/dd.). Or, il est autorisé de soumettre à nouvelles règles des faits non limités dans le temps, pour autant que cela ne porte pas atteinte à des droits acquis (ATF 126 V 134 consid. 4a, 124 III 266 consid. 4e, 122 II 113 consid. 3b/dd.).

Effet ex ante

1033 L'effet *ex ante* d'un acte législatif ou l'effet anticipé signifie qu'un nouvel acte déploie ses effets juridiques bien qu'il ne soit pas encore entré en vigueur. Il existe deux types d'effet anticipé :

- Il y a effet anticipé positif lorsque le droit futur, à condition qu'il soit mis plus tard en vigueur, est appliqué comme du droit déjà en vigueur. L'effet anticipé positif n'est en principe pas admissible à cause du principe de la légalité.
- Il y a effet anticipé négatif lorsque le droit en vigueur ne s'applique plus jusqu'à

l'entrée en vigueur du nouveau droit. L'effet anticipé négatif n'est admissible qu'à la condition que le droit en vigueur le prévoie, qu'il se base sur des motifs pertinents, qu'il ne crée pas d'inégalités et qu'il ne porte pas atteinte à des biens juridiquement protégés par la garantie de la propriété ou le principe de la confiance. Son usage est fréquent dans le domaine du droit de la construction et de l'aménagement du territoire (voir ATF 118 la 510).

Modification du droit en cours de procédure

1034 Une modification du droit en cours de procédure peut provenir soit d'une modification d'une loi de procédure, soit d'une modification d'une règle de droit matériel.

1035 En cas de modification du droit procédural, les étapes de la procédure postérieures à l'entrée en vigueur du nouveau droit sont en principe soumises à ce dernier ; il arrive que l'on prévoie de continuer d'appliquer l'ancien droit jusqu'à la prochaine décision susceptible de recours, mais de soumettre toutefois le recours au nouveau droit. Il est conseillé d'indiquer chaque fois de manière précise si l'on doit appliquer l'ancien ou le nouveau droit.

1036 En cas de modification du droit matériel, la disposition de droit transitoire pertinente déterminera quel droit appliquer. Il est fréquent que cette disposition fasse défaut. Ici également, il est conseillé de régler clairement dans les dispositions transitoires ce type de questions.

Règles spéciales de conflit

1037 La plupart du temps, le nouveau droit est harmonisé avec l'ancien par abrogation ou modification des dispositions applicables jusqu'alors. On édicte parfois des règles spéciales de conflit. Tel est le cas lorsqu'un acte législatif règle des faits qui ne peuvent pas être attribués facilement à l'ancien ou au nouveau droit à l'aide des principes de droit transitoire exposés ci-dessus. La manière de formuler ces règles de conflit dépendra du contexte.

Exemples :

- « la Confédération répond aussi en vertu des articles 3 et suivants du dommage causé avant l'entrée en vigueur de la présente loi, s'il n'y a ni prescription, ni péremption en vertu de l'article 20 » (voir art. 26, al. 2, LRCF, RS 170.32) ;
- « la présente loi n'est applicable ni aux contestations pendantes, au moment de son entrée en vigueur, devant des autorités chargées du contentieux administratif, ni aux recours ou oppositions contre les décisions rendues avant son entrée en vigueur ; dans ces affaires, les anciennes règles de procédure et de compétence sont applicables » (voir art. 81 PA, RS 172.021) ;
- « les actions et les demandes pendantes seront jugées selon le droit en vigueur au moment du jugement ou de la décision » (voir art. 60, al. 4, de la

loi fédérale sur le bail à ferme agricole, LBFA, RS 221.213.2).

1038 On observera les principes suivants :

- Les règles de conflit doivent être édictées de telle manière qu'elles ne violent pas le principe de la proportionnalité et le principe de l'interdiction de la rétroactivité.
- Dans la mesure du possible, on déterminera précisément les dispositions abrogées, soit en les énumérant, soit en indiquant leur contenu exact. Des formules générales telles que : « toutes les dispositions contraires à la présente loi sont abrogées lors de son entrée en vigueur » n'apportent rien à la clarification des rapports entre l'ancien et le nouveau droit. Elles ne doivent donc pas être employées.
- Au moment d'élaborer des dispositions transitoires, on examinera si les conditions de rétroactivité proprement dite (favorable ou défavorable aux destinataires) sont réunies. Il convient d'être strict lors de l'appréciation. L'intention de rétroagir doit clairement figurer dans l'acte législatif lui-même (voir *ch. 1010*).
- Il arrive que l'on n'abroge ou ne modifie que partiellement un acte juridique existant (par ex. son champ d'application ou le cercle de ses destinataires). Pour éviter des imprécisions, il est conseillé d'expliciter la disposition à modifier et de la reformuler.
- L'abrogation ou la modification du droit en vigueur est une opération fréquente. Le maintien de dispositions déterminées peut également s'avérer parfois nécessaire. Tel est par exemple le cas lorsque, en cas de révision d'une disposition constitutionnelle (ou légale), la loi (ou l'ordonnance) doit rester en vigueur jusqu'à son remplacement. L'effet a posteriori d'une disposition nécessite une base légale expresse. Le maintien de dispositions déterminées présente les avantages suivants :
  - D'une part, il est possible d'analyser les effets du nouveau droit hiérarchiquement supérieur avant d'élaborer, sur la base des résultats, les nouvelles dispositions d'exécution ;
  - D'autre part, on s'épargne la nécessité d'édicter des dispositions d'exécution à un moment (par ex. avant une votation populaire) où il n'est pas encore certain que le nouveau droit entrera en vigueur.

1039
- Dans tous les cas, les règles d'exécution en vigueur doivent permettre d'appliquer provisoirement le nouveau droit hiérarchiquement supérieur. Dans certains cas, l'ancien et le nouveau droit peuvent être parallèlement en vigueur. Cette manière de faire est utile en particulier pour les prescriptions relatives aux produits ; comme elle donne au sujet de droit la possibilité de déterminer lui-même, à certaines conditions, le moment du passage au nouveau droit, elle permet de réduire les conséquences liées au changement de réglementation.

Réglementation transitoire matérielle

En présence d'actes législatifs régissant des états de fait durables, on examinera si l'introduction du nouveau droit est compatible avec le principe de la proportionnalité. Là où tel n'est pas le cas, par exemple parce que le contraste entre les règlementations est si marqué que l'on ne peut exiger des destinataires de la norme qu'ils modifient radicalement leur comportement, malgré la présence de dispositions transitoires qui atténuent les effets du changement, il est indispensable de prévoir une réglementation transitoire matérielle. Celle-ci doit être élaborée de manière à protéger au mieux les intérêts publics et privés concernés. Cette réglementation doit avoir un caractère indépendant, c'est-à-dire qu'elle ne doit correspondre ni aux règles en vigueur, ni aux règles nouvelles et ne doit être applicable que durant une période limitée. Elle doit poser les premiers jalons vers la nouvelle orientation sans cependant se démarquer trop nettement de la réglementation précédente. *1040*

Les réglementations transitoires matérielles sont toutefois rares en pratique. Le risque existe de s'en satisfaire et de retarder la réglementation définitive. *1041*

Normalement, l'élaboration de réglementations transitoires devrait être sommaire, sans que cela aboutisse toutefois à une réglementation obscure ou imprécise. L'incorporation des réglementations transitoires dans l'ordre juridique doit être aussi soigneuse que celle des règles ordinaires. *1042*

Exemples :

- entrée en vigueur de l'acte par étapes : exceptionnellement, une entrée en vigueur par étapes peut être indiquée pour autant qu'elle ne donne lieu à aucune difficulté importante en matière de mise en œuvre (par ex. art. 98, al. 2 à 4, LPP, RS 831.40). On peut l'admettre même si la loi ne la prévoit pas expressément (voir également *ch. 1013 ss*) ;
- délais d'adaptation et délais de grâce (voir par ex. al. 3 des dispositions finales de la modification du 11 mars 1971 de la LB, RS 952.0) ;
- application matérielle et temporelle limitée du droit en vigueur parallèlement au nouveau droit (voir par ex. modification du 19 décembre 1997 de l'ordonnance sur les denrées alimentaires, al. 3 des dispositions transitoires, RO 1998 108) ;
- octroi facilité d'une autorisation ou suppression de l'obligation d'obtenir une autorisation (voir par ex. art. 50, al. 2, de l'arrêté du 29 septembre 1953 sur le statut du lait, dans sa version du 25 juin 1971 ; RO 1971 1597) ;
- autorisations exceptionnelles, délivrées dans des cas isolés (voir par ex. art. 16, al. 1, de la loi du 24 janvier 1991 sur la protection des eaux, RO 1972 I 958) ;
- subventions accordées pour permettre l'adaptation au nouveau droit (voir par ex. art. 50 LPE, RS 814.01).

Durée de validité limitée des actes et réglementations expérimentales

Durée de validité limitée

1043 Les lois fédérales et les ordonnances peuvent avoir une durée de validité limitée ; les lois fédérales urgentes sont toujours limitées dans le temps (voir art. 165, al. 1 et 3, Cst.).

1044 Il existe plusieurs raisons pour lesquelles il peut être souhaitable de limiter la durée de validité d'un acte législatif :

- les problèmes à résoudre sont temporaires ;
- après un certain temps, les problèmes peuvent être résolus par une autre mesure ;
- on ne sait pas à l'avance avec certitude quels seraient les effets des actes législatifs ; la durée de validité limitée permet d'étudier ces effets ;
- aucun consensus n'a pu encore être trouvé ;
- l'organe responsable doit réexaminer, pendant sa durée de validité, la réglementation prévue sur la base de contrôles systématiques d'efficacité ; en fonction des résultats, il la modifiera, l'abrogera ou la prorogera (aux États-Unis, on parle de *sunset legislation*) ;
- le coût d'une réglementation est important : une limitation de sa durée de validité permet de gérer les ressources financières de manière plus souple.

1045 Un acte législatif limité dans le temps perd sa validité à l'expiration du dernier jour du délai de validité. La clause prévoyant la durée de validité de l'acte doit être formulée avec soin.

Exemple :

- l'ordonnance du 9 décembre 1991 sur les mesures propres à atténuer la pénurie de fourrage en montagne est entrée en vigueur le 1er janvier 1992 et a eu effet jusqu'au 1er juillet 1992 (RO 1991 2641) ; l'ordonnance était-elle encore en vigueur le 1er juillet 1992, ou a-t-elle été abrogée le 30 juin 1992, à 24.00 heures ?

Projets pilotes impliquant des réglementations expérimentales

1046 Mener des expériences et réaliser des projets pilotes avant l'élaboration d'une législation peut se révéler un moyen précieux d'acquérir des connaissances préalables à sa conception finale (voir par. 192). Précisément dans des domaines exposés à des changements importants, par exemple induits par la numérisation, ou dans lesquels la mise en œuvre de modifications peut nécessiter beaucoup d'efforts pour de nombreux acteurs (par exemple dans le domaine des assurances sociales), il peut être avantageux sur le plan pratique comme sur le plan juridique de réaliser d'abord une expérience limitée dans son champ d'application et sa du-

rée, et donc de réduire ainsi les conséquences pratiques et les éventuels inconvénients juridiques. Avec l'article 15 de la loi fédérale du 17 mars 2023 sur l'utilisation de moyens électroniques pour l'accomplissement de tâches officielles (BBl 2023 787), le législateur a édicté une disposition qui favorise la mise en œuvre de projets pilotes dans ce domaine et qui fournit un cadre clair pour les conditions de leur réalisation.

Dans de nombreux cas, les projets pilotes peuvent être effectués dans le respect de la législation en vigueur. Par exemple, la plupart des expériences dans le domaine du traitement, de la gestion et de la transmission des données peuvent être réalisées de manière à ce qu'aucune donnée personnelle réelle ne soit concernée. Par conséquent, dans ces cas, il n'est pas nécessaire de prévoir une réglementation expérimentale dans une loi ou une ordonnance. Les réglementations expérimentales ne sont donc que l'une des formes possibles dans une palette de modèles d'expérimentation (cf. une étude commandée par le SECO sur les *regulatory sandboxes*).

D'après le Conseil fédéral, les actes législatifs à caractère expérimental devraient en principe permettre de dégager les éléments nécessaires à l'adoption d'une réglementation ultérieure définitive.

Afin d'éviter que l'expérimentation ne soit utilisée comme prétexte pour légiférer sans base légale ou en vertu d'une base légale insuffisante, le Conseil fédéral avait énoncé en 1988 certains principes devant être repectés lors de la création et de l'application d'actes législatifs à caractère expérimental (voir rapport de gestion du Conseil fédéral, 1988, p. 193): *1047*

- Lorsque des droits fondamentaux sont gravement lésés, une réglementation expérimentale nécessite une base légale claire.
- Il faut renoncer à des essais qui créent des situations totalement irréversibles ; cependant, le rétablissement complet de l'état antérieur ne doit pas nécessairement être possible.
- La création d'une réglementation à caractère expérimental est opportune si elle représente le seul moyen de dégager les éléments nécessaires à une décision définitive (l'essai doit être un moyen nécessaire et adéquat).
- Une réglementation expérimentale ayant un caractère contraignant n'est admissible que si un essai basé sur une participation volontaire n'est pas susceptible de remplir la même fonction.
- Le caractère expérimental d'une réglementation et le but de l'essai doivent être clairement explicités dans l'acte législatif lui-même.
- Les essais doivent être limités dans le temps ; on ne peut mettre fin de manière anticipée ou prolonger un essai que pour des motifs découlant du but de l'essai.
- Le champ d'application personnel ou territorial d'un essai doit être limité autant que possible.

- Dans les actes législatifs à caractère expérimental, il faut régler explicitement la récolte et la mise en valeur des données. Les organes compétents, les données pertinentes et les critères d'appréciation doivent être mentionnés.

Exemples de réglementations expérimentales sans base juridique formelle :

- ordonnance du 7 juin 1982 sur les essais locaux de radiodiffusion (OER, RO 1982 1149). Cette ordonnance était fondée sur une norme d'exécution de la loi fédérale réglant la correspondance télégraphique et téléphonique (BS 7 867), bien que cet ancrage était manifestement insuffisant ;
- ordonnance du 21 octobre 1992 sur l'encouragement de la recherche pour la prévention de drogues et l'amélioration de la situation des personnes dépendantes de la drogue (RO 1992 2213). La prescription médicale d'héroïne qui y était prévue n'avait pas de base légale suffisante dans la version de la loi sur les stupéfiants (LStup, RS 812.121) de l'époque. Cette ordonnance a été abrogée et remplacée par l'arrêté fédéral urgent et déclaré de force obligatoire générale du 9 octobre 1998 sur la prescription médicale d'héroïne (RO 1998 2293), lui-même prorogé jusqu'à fin 2009 par la loi fédérale du 20 juin 2003 sur la prorogation de l'arrêté fédéral sur la prescription médicale d'héroïne (RO 2004 4387). Sur la législation en vigueur, voir art. 3e et 3f LStup (RS 812.121).

L'attitude du Conseil fédéral avait été critiquée par la commission de gestion du Conseil national : selon elle, le gouvernement n'a pas le droit d'adopter des solutions qui ont matériellement un caractère expérimental alors qu'il sait dès le départ qu'elles ont un caractère définitif ; il viole ainsi le principe de la séparation des pouvoirs et bafoue les droits du Parlement (voir BO 1989 N 840, intervention Leuenberger).

1048 Dans une pratique plus récente, les exigences en matière de réglementations expérimentales ont été renforcées, en particulier pour les réglementations expérimentales dérogeant à une loi :

- Une règlementation expérimentale ne peut déroger à la réglementation d'une loi ou permettre la a réalisation de projets pilotes contraires à la loi que si cette possibilité est expressément prévue dans la loi elle-même.
- Une délégation législative au Conseil fédéral en matière de réglementation expérimentale doit respecter les exigences constitutionnelles. La loi doit fixer le cadre dans lequel une réglementation expérimentale peut être prévue. En principe, cela signifie que la loi doit déterminer avec suffisamment de précision le but que les projets pilotes impliquant une réglementation expérimentale peuvent poursuivre. Un but relativement général peut toutefois être concrétisé par d'autres moyens, par exemple par l'énonciation de domaines concernés ou par celle des dispositions spécifiques de la loi auxquelles il est possible de déroger.

- Il peut également être prévu de s'écarter d'autres lois que la loi sur laquelle la règlementation expérimentale est fondée (voir par ex. l'art. 112b al. 3 de la loi sur l'asile, RS 142.31).
- S'il est envisagé d'habiliter un département dans une ordonnance du Conseil fédéral à édicter une réglementation expérimentale dérogeant à la réglementation de cette ordonnance, alors le but que cette réglementation expérimentale peut poursuivre doit donc être déterminé avec suffisamment de précision dans l'ordonnance du Conseil fédéral.
- La règlementation expérimentale doit être prévue dans une ordonnance. Les dispositions légales auxquelles la réglementation expérimentale déroge doivent y être précisées, sauf si cela ressort déjà de la loi.
- Toute subdélégation au département compétent de la compétence d'édicter une réglementation expérimentale dérogeant à la loi doit se limiter à des détails d'importance secondaire. Si une subdélégation doit être rendue possible dans une plus large mesure, elle doit être ancrée dans la loi elle-même eu égard à la portée des règlements (voir également l'art. 48 LOGA, RS 172.010). En cas de délégation directe par la loi à un département de la compétence d'édicter une réglementation expérimentale, le cadre général des projets pilotes et en particulier la réglementation de la procédure d'autorisation de projets pilotes devrait être édictée par le Conseil fédéral; un mandat en ce sens dans la loi serait souhaitable.
- Il n'est pas admissible de prévoir dans une loi simplement d'autoriser une autorité à effectuer certains projets pilotes et à réglementer la réalisation des essais uniquement sur une base contractuelle ou au moyen de décisions. Cela vaut également si les essais sont soumis à une obligation d'autorisation.
- Dans le domaine des assurances sociales, il faut veiller à ce que les assurés ne subissent pas de désavantages du fait de leur participation aux expérimentations. Dans certaines circonstances, il peut s'avérer nécessaire de permettre aux personnes participant à une expérimentation de passer au droit ordinaire dans un bref délai.

Exemples de réglementations expérimentales avec base juridique formelle :

- art. 35 de la loi fédérale sur la protection des données (RS 235.1), et les art. 32 à 34 de l'ordonnance sur la protection des données (RD 235.11) . Voir à titres d'exemples de mises en oeuvre l'ordonnance du 4 décembre 2009 sur les systèmes d'information du Service de renseignement de la Confédération (OSI-RSC, RO 2009 7041, modifiDca-tions au RO 2011 6081 et RO 2013 4359), l'ordonnance du DDPS du 27 septembre 2010 sur les champs des données et les droits d'accès aux systèmes d'information ISAS et ISIS (RO 2010 4539, modifi-cations au RO 2011 6085), oder die Covid-19-Verordnung Pilotversuch Proximity-Tracing vom 13. Mai 2020 (RO 2020 1589).

- art. 15 (plus particulièrement l'al. 3) LMETA (FF 2023 787) qui permet, dans les domaines de la protection des données, de la protection des informations et de la sécurité des TIC, de déroger aux dispositions d'une loi ou d'une ordonnance du Conseil par une ordonnance du département compétent ou de la Chancellerie fédérale si a. la finalité de l'expérimentation nécessite des dérogations, notamment parce que le traitement de données personnelles non anonymisées est essentiel, et b. il est assuré d'une autre manière que les objectifs des dispositions pertinentes sont atteints.
- art. 112b de la loi sur l'asile (RS 142.31) et l'ordonnance du 4 septembre 2013 sur les phases de test (OTest, RS 142.318.1)
- art. 59*b* de la loi sur l'assurance-maladie (RS 832.10) et art. 77*l* ss de l'ordonnance sur l'assurance-maladie (RS 832.102)
- art. 23*a* de la Loi sur l'approvisionnement en électricité (RS 734.7)
- art. 8*a* de la loi sur les stupéfiants (RS 812.121) et l'ordonnance du 31 mars 2021 sur les essais pilotes au sens de la loi sur les stupéfiants (RS 812.121.5)
- Exemples à ne pas suivre: art. 192 du projet de loi définissant les tâches d'exécution de l'OFDF (FF 2022 2725; dérogation à la loi dans des accords de droit public avec les participants à la procédure de taxation); art. 18*a* de l'ordonnance sur le personnel de la Confédération (RS 172.220.111.3; but trop général)

18 Mise en œuvre de la législation

Introduction

Aperçu

Notion

La mise en œuvre est l'ensemble de l'activité de l'État visant à la transcription dans les faits du droit : exécution sur le plan administratif (décisions prises en l'espèce, autres activités administratives, formation), adoption de dispositions au niveau législatif et règlementaire, institution d'autorités, mise en place de procédures, libération des fonds nécessaires, acquisition de biens – en résumé, toutes mesures utiles pour rendre effective la législation en vigueur. *1049*

Lors des débats sur la Constitution fédérale de 1999, l'Assemblée fédérale a considéré que la distinction faite initialement entre l'exécution (qui se traduit par « *Vollzug* »), désignant un ensemble de décisions administratives, et la mise en œuvre (« *Umsetzung* »), visant les mesures de type législatif, était artificielle, et que le second de ces termes pouvait couvrir toutes les activités par lesquelles on réalise et concrétise le droit fédéral. Le texte de la Constitution n'est d'ailleurs pas conséquent (voir le titre italien de l'art. 46, « *Attuazione e esecuzione* », et les termes « *Vollzug* » et « *esecuzione* » à l'art. 182, al. 2, Cst.) ; le terme d'exécution apparaît aux art. 74, al. 3, 75*b*, al. 2, 80, al. 3, 106, al. 7, 164, al. 1, let. f, 177, al. 2, et 186, al. 2. Dans le présent guide, nous utiliserons également le terme de « mise en œuvre » pour qualifier les deux types d'activité. *1050*

Importance

Pour qu'un acte législatif puisse déployer ses effets, sa mise en œuvre doit être réalisable. L'applicabilité est en effet l'un des éléments qui assurent la qualité d'une législation et elle doit être examinée aussi bien lors du processus législatif (voir ch. *184*) qu'après l'entrée en vigueur de l'acte (voir ch. *1140* ss). *1051*

Législation de mise en œuvre

Dans la plupart des cas, il est nécessaire d'édicter des dispositions complémentaires pour appliquer une loi fédérale, car sans règle d'organisation et de procédure, les lois fédérales ne pourraient être mises en œuvre. Le Conseil fédéral peut édicter des ordonnances d'exécution en se fondant sur l'art. 182, al. 2, Cst. Les cantons doivent édicter des dispositions d'exécution dans les domaines où ils sont responsables de la mise en œuvre du droit fédéral ; ce qu'ils font de manière générale par le biais de lois introductives complétant le droit fédéral. Des ordonnances d'introduction, du moins à titre provisoire, ne sont toutefois pas rares. *1052*

Mettre en œuvre implique également d'interpréter. L'interprétation ne prend pas nécessairement la forme d'un acte individuel et concret, mais peut revêtir une *1053*

forme générale et abstraite. Pour cette raison, l'organe compétent (Conseil fédéral, Conseil d'État ou Parlement cantonal) est libre de prévoir à un niveau intermédiaire une réglementation (de caractère général et abstrait ; ordonnance) entre la loi et la décision. Sans cela, les autorités - en règle générale non pas le gouvernement mais un service de l'administration - seraient obligées d'intepréter la loi de manière identique dans chaque cas particulier.

1054 Les ordonnances d'exécution garantissent l'application et l'exécution de la loi. Elles permettent de simplifier la mise en œuvre et contribuent à renforcer la sécurité du droit et son application uniforme.

Surveillance fédérale

1055 La Confédération doit « veiller » à ce que les cantons respectent le droit fédéral (art. 49, al. 2, Cst.). Cette surveillance fédérale garantit, dans le contexte de la mise en œuvre du droit fédéral, que les cantons accomplissent correctement les tâches qui leur incombent. La surveillance concerne l'ensemble de l'activité de mise en œuvre. La Confédération exerce d'office la surveillance sur les cantons.

Base constitutionnelle

1056 L'art. 46, al. 1, Cst. pose comme principe que les cantons mettent en œuvre le droit fédéral. Au-delà des mots, il faut comprendre que les cantons doivent aussi mettre en œuvre les obligations de droit international qui sont dans leur champ de compétence (v. art. 7 LFPC, RS 138.1).

1057 Selon l'art. 46, al. 3, Cst., la Confédération laisse aux cantons une marge de manœuvre aussi large que possible en tenant compte de leurs particularités. Combiné avec l'art. 47 Cst., qui ordonne à la Confédération de respecter l'autonomie des cantons, ce principe est à la base d'un système de concrétisation du droit fédéral que l'on appelle le « fédéralisme d'exécution ». Dans certains domaines, la Constitution souligne encore la compétence primaire des cantons en matière de mise en œuvre.

Exemples :

- « L'exécution des dispositions fédérales incombe aux cantons dans la mesure où elle n'est pas réservée à la Confédération par la loi » (art. 74, al. 3, et 80, al. 3, Cst.) ;
- « Les cantons effectuent la taxation et la perception » (art. 128, al. 4, Cst.).

Répartition des compétences en matière de mise en œuvre

Organes responsables de la mise en œuvre

On distingue trois types de répartition des compétences en matière de mise en œuvre : 1058

1. mise en œuvre par les cantons (v. *ch. 1060 ss*) ;
2. mise en œuvre par la Confédération (v. *ch. 1077 ss*) ;
3. mise en œuvre conjointe par la Confédération et les cantons (v. *ch. 1092 ss*).

Le modèle à adopter dépend du fondement constitutionnel et des règles en matière de répartition des tâches. Cette question concerne également le fédéralisme (voir *ch. 623 ss*). 1059

Mise en œuvre par les cantons

Généralités

La Constitution fédérale fixe le principe selon lequel le droit fédéral est mis en œuvre par les cantons (art. 46, al. 1, Cst). Les motifs suivants notamment justifient ce principe : 1060

- le respect de l'autonomie des cantons protégé par l'art. 47 Cst. (principe fédéraliste) ;
- le principe de la subsidiarité, compris comme fondement programmatique de la non-centralisation (art. 5*a* Cst.) ;
- la prise en compte des différences objectives, des intérêts particuliers des régions du pays, des différences de mentalité, des préférences spécifiques, des traditions, etc. ;
- l'utilisation des avantages politiques, psychologiques, administratifs, économiques et techniques de la décentralisation étatique.

D'autres circonstances peuvent justifier la mise en œuvre par les cantons : 1061

- il s'agit d'une simple tâche d'exécution administrative que les cantons sont les mieux placés pour remplir, du fait de leur infrastructure (gains de synergie, volonté d'éviter des doublons) ;
- la Confédération peut se limiter à une fonction régulatrice ou coordinatrice ;
- il y a un intérêt à accorder aux cantons une marge de manœuvre dans la mise en œuvre du droit fédéral ;
- la mise en œuvre des prescriptions matérielles de la Confédération n'est pas susceptible d'occasionner une charge financière extraordinaire pour les cantons ;
- la mise en œuvre du droit fédéral ne surchargera pas à l'excès certains cantons plus que d'autres.

Principes applicables à l'élaboration des conditions-cadres régissant la mise en œuvre du droit fédéral par les cantons

Introduction

1062 Les art. 46 et 47 Cst. posent les principes de la mise en œuvre du droit fédéral : ils chargent les cantons de cette tâche, leur garantissent une marge de manœuvre aussi large que possible et tiennent compte de la charge financière qu'entraîne cette mise en œuvre. Dans la législation fédérale toutefois les dispositions relatives à la mise en œuvre sont, aujourd'hui encore, formulées de manière fort diverse. Cela n'est pas dû seulement aux particularités de certains domaines juridiques, mais également à certaines carences en matière légistique.

1063 L'art. 141, al. 2, let. d et f, LParl (RS 171.10) contraint le Conseil fédéral à faire le point sur les modalités de mise en œuvre de projet et de consulter les commissions parlementaires, à leur demande, sur les projets d'ordonnance du Conseil fédéral lorsque l'exécution est confiée en grande partie à des organes extérieurs à l'administration fédérale (voir art. 151 LParl).

1064 Par ailleurs, en vertu de l'art. 50, al. 2 et 3, Cst., la Confédération doit également tenir compte des conséquences éventuelles de son activité pour les communes et, dans ce cadre, prendre en considération la situation particulière des villes et des agglomérations urbaines. Cela implique que celles-ci soient associées – dans une mesure appropriée et dans le respect des compétences cantonales – à l'élaboration des mesures fédérales qui les concernent.

Principes

1065 Pour améliorer et unifier les dispositions d'exécution, les principes suivants doivent être respectés :

- le partage des tâches de mise en œuvre entre la Confédération et les cantons doit en principe être au moins réglé au niveau de la loi formelle ;
- les actes législatifs de la Confédération qui doivent être mis en œuvre par les cantons ne doivent contenir que l'essentiel ;
- l'autonomie organisationnelle des cantons ne doit en principe pas être limitée ;
- on tiendra compte des différences entre les cantons ;
- les réglementations fédérale et cantonales et celles régissant des domaines similaires doivent être harmonisées entre elles ;
- les tâches et les mesures de mise en œuvre doivent être efficaces, économiques et aussi simples que possible.

1066 Moyens :

- octroyer aux cantons une certaine marge de manœuvre ;
- accorder aux cantons la possibilité de créer leur propre législation dans des domaines particuliers ;
- introduire dans le droit fédéral des réserves en faveur du droit cantonal en vigueur ;

- autoriser les cantons à prévoir des règles dérogeant au droit fédéral dans des limites précises.

Coordination de la mise en œuvre avec les cantons

Lorsqu'une loi fédérale doit être mise en œuvre, totalement ou en partie, par les cantons, il peut être nécessaire d'assurer une coordination entre la Confédération et ces derniers. C'est notamment le cas lorsque : 1067

- la mise en œuvre ne peut pas avoir lieu dans les délais habituels (v. *ch. 1074*), c'est-à-dire lorsque des délais plus courts ou plus longs sont nécessaires ;
- la délimitation entre les dispositions d'exécution de la Confédération et les actes d'introduction des cantons n'est pas claire d'emblée ;
- la mise en œuvre du droit fédéral est plus simple et plus efficace si la Confédération et les cantons s'accordent sur des instruments uniformes.

Il convient de s'intéresser à la coordination de la mise en œuvre avant l'adoption du projet d'acte normatif par le Conseil fédéral. Il est ainsi possible d'anticiper les difficultés prévisibles dans le projet et de les aborder dans le message du Conseil fédéral. 1068

Les travaux de coordination doivent avoir lieu au sein d'un groupe de travail composé de représentants de l'office fédéral chargé du dossier et des cantons, ces derniers étant désignés par la conférence intercantonale concernée. Les cantons doivent déléguer de préférence des personnes qui ont à faire avec la mise en œuvre du droit fédéral en la matière. 1069

Moyens auxiliaires

- rapport du 13 février 2012 du groupe de travail commun Confédération-cantons « La mise en œuvre du droit fédéral par les cantons », www.ofj.admin.ch > État & Citoyen > Fédéralisme ;
- document de travail CdC-OFJ du 28 octobre 2015, Mise en œuvre coordonnée du droit fédéral, www.ofj.admin.ch > État & Citoyen > Fédéralisme ;
- lignes directrices du 16 octobre 2002 à l'attention de l'administration fédérale concernant la collaboration entre la Confédération, les cantons et les communes (FF 2002 7795).

Problèmes particuliers de la coopération entre la Confédération et les cantons

Marge de manœuvre législative des cantons

Pour autant que cela soit possible et indiqué, il faut donner aux cantons une certaine liberté pour élaborer leur propre législation (par exemple des dispositions complémentaires), même si la Confédération détient une compétence globale. 1070

Exemple :

- Les cantons sont libres, dans le cadre fixé par les art. 85 à 85*c* de la loi sur l'assurance-chômage (RS 837.0), de mettre en place un service logistique en matière de mesures relatives au marché du travail ; ils peuvent déterminer les tâches attribuées aux services cantonaux et aux offices de placement régionaux.
- Les alignements destinés à protéger les installations ferroviaires existantes ou futures peuvent également être déterminés selon le droit cantonal, en accord avec l'OFT, pour qutant qu'ils déploient des effets juridiques plus étendus (art. 18*t* de la loi fédérale sur les chemins de fer, RS 742.101).

1071 Des limites seront cependant posées à l'élaboration par les cantons de leurs propres règles dans les cas où le principe de la sécurité du droit et le principe de l'égalité de traitement l'exigent.

Exemple :

- l'art. 65, al. 2, de la loi sur la protection de l'environnement (LPE, RS 814.01) exclut l'élaboration par les cantons de valeurs limites d'immissions divergentes.

Autonomie des cantons en matière d'organisation et de procédure

1072 L'autonomie cantonale en matière d'organisation et de procédure dans le domaine de la mise en œuvre du droit fédéral (art. 46 et 47 Cst.) ne peut être restreinte que dans la mesure où cela est nécessaire (par ex. en vue d'une exécution uniforme ou pour répondre à des considérations fédéralistes ou constitutionnelles.

Autorisation donnée aux cantons d'édicter des dispositions d'exécution au niveau de l'ordonnance

1073 La procédure législative relève de l'autonomie cantonale en matière d'organisation. On doit éviter, dans la mesure du possible, toute ingérence sur ce point. Si, dans l'intérêt d'une mise en œuvre rapide, la Confédération permet aux cantons d'édicter des dispositions d'exécution par voie d'ordonnance, cette intervention dans leur autonomie en matière d'organisation est limitée dans le temps.

Exemple :

- art. 36, al. 2, de la loi sur l'aménagement du territoire (LAT ; RS 700): autorisation donnée au gouvernement cantonal d'édicter des règles au niveau de l'ordonnance pour une certaine durée.

Délais de mise en œuvre

1074 Après l'adoption d'une loi fédérale, la Confédération et, en parallèle, les cantons en planifient la mise en œuvre. C'est sur cette base que la Confédération en fixe la date d'entrée en vigueur. En règle générale, il faut partir des délais minimums

suivants (v. rapport du 13 février 2012 du groupe de travail commun Confédération-cantons « La mise en œuvre du droit fédéral par les cantons », www.ofj.admin.ch > État & Citoyen > Fédéralisme, p. 37) :

- si les cantons doivent édicter ou modifier une loi : deux ans à partir de l'adoption de la loi fédérale ou un an à partir de l'adoption de l'acte d'exécution fédéral ;
- si les cantons doivent édicter ou modifier une ordonnance : un an à partir de l'adoption de la loi fédérale ou six mois à partir de l'adoption de l'acte d'exécution fédéral.

Voie de service

Pour les questions de principe et pour celles ayant un caractère transversal, la voie de service va de gouvernement (Confédération) en gouvernement (cantons). Pour décharger les gouvernements, on peut prévoir, par voie d'ordonnance et éventuellement par des directives, que les questions secondaires seront traitées directement de service (de la Confédération) en service (des cantons). 1075

Exemple :

- art. 45 CC et art. 84 à 87 de l'ordonnance sur l'état civil (OEC ; RS 211.112.2) : surveillance du DFJP sur les autorités cantonales de l'état civil.

Les cantons ne doivent en principe pas être indemnisés pour la mise en œuvre du droit fédéral

Selon les art. 46 et 47, al. 3, Cst., la mise en œuvre du droit fédéral doit être financée par les ressources cantonales et une péréquation financière équitable. Une éventuelle indemnisation pour des frais de mise en œuvre nécessite une base légale. Les conditions pour l'octroi d'aides financières et d'indemnités figurent aux art. 6 et 9 de la loi sur les subventions (LSub, RS 616.1). 1076

Exemple :

- commission de perception des cantons sur le produit brut de la taxe d'exemption (art. 45 de la loi sur l'exemption de l'obligation de servir, LTEO ; RS 661).

Mise en œuvre par la Confédération

Aperçu

Les motifs suivants plaident pour une mise en œuvre par la Confédération : 1077

- nécessité d'une réglementation uniforme ;
- nécessité d'une coopération étroite entre la Confédération et les cantons ;
- création d'un équilibre entre les régions ;
- répartition équitable des ressources ;
- existence de connexions internationales dans l'exécution d'une tâche.

Exemples :

- les domaines juridiques qui touchent l'existence d'un espace économique unique : surveillance de la concurrence et des assurances (art. 96 et 98, al. 3, Cst.), secteur bancaire et boursier (art. 98, al. 1 et 2, Cst.), taxe à la valeur ajoutée et droits de douane (art. 130 et 133 Cst.).

Cadre juridique de la compétence fédérale

Compétences du Conseil fédéral

1078 En vertu de l'art. 182, al. 2, Cst. et de l'article 9 LOGA, le Conseil fédéral veille à la mise en œuvre de la législation fédérale.

1079 La formulation « le Conseil fédéral est chargé de l'exécution de la présente loi », que l'on trouve souvent dans les lois spéciales, est donc en règle générale inutile, à moins qu'il ne s'agisse d'intimer au Conseil fédéral d'édicter des dispositions d'exécution (mandat explicite). Il faut décider au cas par cas si une telle clause est pertinente. Si l'on choisit d'en introduire une dans l'acte normatif, elle devra être citée dans le préambule de l'acte d'exécution, pour des questions de simplicité.

1080 L'art. 178 Cst. et l'art. 8 LOGA chargent de manière générale le Conseil fédéral de « l'organisation rationnelle de l'administration », et en particulier de la formation de groupements et d'offices, de leur intégration organisationnelle, de l'attribution de leurs tâches et de leurs compétences décisionnelles.

Niveau normatif des dispositions d'exécution

1081 L'art. 43 LOGA donne au Conseil fédéral la subdivision de base de l'organisation de l'administration fédérale en départements et en offices ; il offre également la possibilité aux départements de réunir, avec l'accord du Conseil fédéral, certains de leurs offices en groupements. Afin de sauvegarder l'autonomie organisationnelle du Conseil fédéral, les dispositions d'organisation ne doivent pas, si possible, être prévues au niveau de la loi formelle mais au niveau de l'ordonnance, conformément à l'art. 43, al. 2, LOGA. Toutefois, lorsqu'une loi fait directement référence à l'autorité chargée de la mise en œuvre, le Parlement exige qu'elle soit expressément désignée dans le texte.

1082 L'art. 47 LOGA détermine le cadre juridique de l'attribution du pouvoir de décision. Selon l'alinéa 1er, le pouvoir de décision peut être attribué au Conseil fédéral, à un chef de département ou à un directeur de groupement ou d'office. Selon l'al. 2, l'attribution du pouvoir de décision doit être réglée par voie d'ordonnance.

Place des dispositions d'exécution

1083 L'attribution de compétences organisationnelles au sein de l'administration sera en premier lieu réglée dans le droit d'exécution de la LOGA, alors que l'attribution de pouvoirs de décision sera en règle générale prévue dans le droit d'exécution de la législation spécifique du domaine en question.

Exceptions : 1084

- La protection des données : en matière de traitement de données personnelles sensibles (voir art. 5, let. c, LPD), il peut se justifier de régler au niveau de la loi formelle non seulement les modalités de traitement, mais aussi de prévoir le service compétent.
- La création d'unités administratives décentralisées et l'attribution de tâches administratives et de pouvoirs de décision à des organes extérieurs à l'administration fédérale : ces unités et organes ne relèvent de la souveraineté du Conseil fédéral que dans une mesure limitée. Leurs tâches et leurs pouvoirs de décision doivent figurer dans une loi formelle.
- L'institution d'autorités judiciaires et la définition de leurs compétences : en principe, ces autorités ne sont pas subordonnées au Conseil fédéral ; une loi formelle est nécessaire pour leur institution et la définition de leurs compétences.

Attribution de tâches

L'attribution générale de tâches aux départements, aux groupements et aux offices s'opère par des ordonnances du Conseil fédéral consacrées spécifiquement à l'organisation d'un département. Ces ordonnances contiennent une description du domaine d'activité du département et sont conçues à l'intention des différents services comme des mandats liés à un but. L'attribution générale de tâches ne saurait être confondue avec l'attribution de pouvoirs de décision ; elle concerne avant tout la compétence de préparer les décisions et de faire des propositions. 1085

Exemples :

- ordonnance sur l'organisation du Département fédéral de l'intérieur (RS 172.212.1) ;
- ordonnance sur l'organisation du Département fédéral de justice et police (Org DFJP ; RS 172.213.1).

Attribution et délégation du pouvoir de décision

Principes

En vertu de l'art. 47, a. 1 et 2, LOGA, le Conseil fédéral règle par voie d'ordonnance l'attribution du pouvoir de décision au Conseil fédéral ou aux unités administratives (département, groupement ou office) dans des affaires particulières ou des domaines déterminés ; selon l'art. 47, al. 1, LOGA, l'attribution sera déterminée selon le critère de l'importance de l'affaire. Le but visé est d'attribuer les compétences de décision au niveau adéquat. En règle générale et selon l'art. 43, al. 2, LOGA, le pouvoir de décision devra être attribué aux offices et groupements d'offices, qui disposent en général des connaissances spécifiques dans le domaine en question. Une affaire devra donc revêtir une importance toute particulière pour justifier son attribution à un département ou au Conseil fédéral. 1086

1087 Le pouvoir de décision est délégué lorsque l'organe compétent désigné par un acte législatif transfère cette compétence totalement ou partiellement à un service qui lui est subordonné.

Critères

1088 Pour évaluer l'importance d'une affaire et choisir l'autorité à laquelle on attribue, dans une ordonnance, le pouvoir de décision, on prendra en considération les critères généraux suivants :

- Conséquences pour les sujets de droit : lorsque la marge d'appréciation d'une autorité est très large, lorsqu'un très grand nombre de personnes sont touchées par une seule décision, lorsque des atteintes graves à des droits fondamentaux sont possibles et, enfin, lorsqu'il n'existe qu'une possibilité limitée de faire contrôler une décision par les instances de recours, une plus grande légitimité politique de l'instance de décision sera nécessaire et l'on choisira donc une autorité de rang plus élevé. En revanche, une législation claire, une atteinte sans gravité aux droits fondamentaux, un nombre considérable de décisions n'affectant qu'un nombre limité de personnes et, enfin, des voies de recours permettant de faire contrôler les décisions plaideront pour une décision prise au niveau de l'office fédéral.
- Conséquences politiques : si une décision touche particulièrement les intérêts politiques fondamentaux d'États tiers ou des cantons, ou si elle revêt une importance socio-politique particulière, il faudra que cette décision émane d'une instance fédérale d'un rang élevé ; en revanche, si les conséquences politiques d'une décision sont faibles, si elles sont avant tout de nature technique dans les rapports avec les États tiers ou les cantons, c'est l'office fédéral qui prendra la décision.
- Conséquences sur les finances fédérales : les conséquences financières sur le budget fédéral devront être mises en relation avec le niveau de la décision à prendre.

Voies de recours

1089 Lors de l'attribution du pouvoir de décision, les principes de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA), de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral (LTF) et de la loi sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF) concernant les voies de recours doivent être pris en considération. On veillera en particulier à ce que les décisions prises ne puissent être réexaminées que par deux instances supérieures, et dans la mesure du possible qu'aucune troisième instance ne soit instaurée.

Délégation du pouvoir de décision

1090 Le pouvoir de décision est délégué lorsqu'une ordonnance du Conseil fédéral attribue une compétence de décision à un département et que ce dernier la transfère - totalement ou partiellement - par le moyen d'une ordonnance départementale, à

un groupement ou à un office. Pour autant qu'une loi formelle ou une ordonnance du Conseil fédéral ne l'exclue pas expressément ou implicitement, une telle délégation est formellement possible. Les conséquences sur les voies de recours doivent toutefois être prises en considération. Il est également concevable de ne prévoir la délégation que pour des cas non litigieux, en réservant au département les cas litigieux. En ce qui concerne la délégation de signature, voir *ch. 1091*.

Cas particuliers

- L'approbation des bilans annuels et des rapports : l'importance de l'approbation doit être déterminée au moyen des critères généraux exposés ci-dessus (voir *ch. 1086 ss*). Éventuellement, on peut introduire une procédure à deux niveaux (département et Conseil fédéral) qui ne prévoit une décision par l'autorité supérieure qu'en cas de refus d'approbation ou de réserves (voir art. 61*b*, al. 2 et 3 LOGA concernant l'approbation des actes législatifs cantonaux). *1091*
- Délégation de la compétence de signer: l'art. 49 LOGA règle la délégation de la compétence de signer du chef de département ; l'art. 29, al. 1, let. c, de l'OLOGA prévoit que la délégation de signature est fixée dans le règlement d'organisation des départements. On relèvera que, pour la délégation de la compétence de signer, la personne signataire agit toujours au nom du service compétent selon la loi et l'ordonnance, la décision en cause étant attribuée au service compétent. Cette délégation de compétence n'a donc pas de conséquences sur les voies de droit ; du point de vue de l'économie de l'administration, elle peut donc se révéler plus favorable qu'une délégation formelle de compétences.

Mise en œuvre conjointe par la Confédération et les cantons

Il y a mise en œuvre conjointe par la Confédération et les cantons lorsque la Confédération prend les décisions politiques importantes, en particulier dans une législation énonçant des principes généraux, et se réserve l'exécution de certaines tâches, tout en laissant aux cantons une marge de manœuvre pour le surplus. *1092*

Exemples :

- la loi sur l'encouragement et la coordination des hautes écoles (LEHE ; RS 414.20) est avant tout un acte législatif relatif au subventionnement des cantons ; elle prévoit cependant également pour la Confédération des compétences de planification et de coordination. La loi permet aux autorités fédérales d'instituer, au moyen d'une convention de collaboration avec les cantons universitaires, un organe de coordination avec des compétences de décision spécifiques de même qu'un organe indépendant d'accréditation et d'assurance qualité ;
- la loi fédérale sur l'aménagement des cours d'eau (RS 721.100) prévoit que la police des eaux est une tâche cantonale. La loi sur la police des

eaux est une loi qui se limite aux principes et les cantons doivent édicter des dispositions d'exécution. La Confédération exerce la surveillance sur les projets et alloue des subventions à la protection des cantons contre les hautes eaux. La Confédération exécute toutefois elle-même certaines tâches ;

- la loi fédérale sur la pêche (LFSP ; RS 923.0) répartit de manière égale les tâches entre la Confédération et les cantons. L'exploitation des peuplements de poissons est réglementée par les cantons, la Confédération élabore par contre des dispositions protectrices. Les cantons obtiennent des subventions et doivent édicter des dispositions d'exécution ;
- la loi fédérale sur l'assurance-invalidité (LAI ; RS 831.20) : la Confédération règle les prestations de l'assurance-invalidité. Les cantons participent à l'exécution, mais possèdent une marge de manœuvre étroite.

Le degré d'autonomie des cantons dans l'exécution des tâches décroît dans l'ordre des exemples susmentionnés.

En matière de mise en œuvre conjointe, l'art. 48, al. 2, Cst. permet aussi à la Confédération de participer, dans les limites de ses compétences, aux conventions intercantonales ainsi qu'aux organisations et institutions communes. La Confédération et les cantons peuvent également créer des organes communs pour accomplir des tâches de conseil, de coordination et de planification (voir FF 1997 I 216 s.).

Contrats comme moyen de mise en œuvre

Aperçu

1093 L'utilisation du contrat comme moyen de mise en œuvre s'est de plus en plus répandue ces dernières années, et cela dans différents domaines et à tous les niveaux d'exécution.

Exemples :

- Convention entre la Confédération et les cantons sur la coopération dans le domaine des hautes écoles (RS 414.205) ;
- Convention relative à l'exploitation nationale des centres communs de coopération policière et douanière (CCPD) de Genève et de Chiasso (RS 360.4) ;
- Convention entre la Confédération et les cantons relative à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen et de Dublin (RS 362.1) ;
- Convention-programme entre la Confédération suisse, représentée par l'Office fédéral de l'environnement, et le canton de Nidwald concernant les objectifs du programme dans le domaine des revitalisations 2020-2024 ;
- Contrat portant sur l'octroi d'aides financières entre la Confédération

suisse et Pro Senectute Suisse concernant les subventions pour l'aide à la vieillesse selon l'art. 101bis LAVS pour les années 2022-2025.

Fondements juridiques

La réglementation des droits et devoirs réciproques au moyen d'un contrat n'exige en principe aucune base légale formelle expresse ; toutefois, elle devrait au moins s'appuyer sur une base légale matérielle. En particulier dans le cas des contrats qui prévoient un rapport de subordination, le contrat ne peut remplacer une base légale matérielle manquante pour l'action administrative, ni déroger à une réglementation existante. De même, un contrat ne peut se substituer à une base légale formelle expresse requise comme fondement de l'activité étatique (par exemple particuliers mandatés pour des tâches officielles, traitement de données personnelles sensibles, etc.). *1094*

Exemples : *1095*

- L'art. 46, al. 2, Cst., adopté dans le cadre de la RPT, a introduit l'instrument de la convention-programme dans la Constitution (v. *ch. 951*).
- La Confédération peut, dans les limites de ses compétences, participer aux conventions que les cantons concluent entre eux (art. 48, al. 2, Cst., voir ch. 1092).

Parties au contrat

Les parties au contrat doivent être des sujets de droit capables de s'engager. Les départements, offices fédéraux et les services de l'administration n'ont ni la personnalité juridique ni la qualité de représentants, mais agissent comme organes de la Confédération. Ainsi en principe, la partie au contrat est la Confédération suisse agissant par le biais d'un département, d'un office fédéral, etc. En revanche, les services fédéraux qui ont une personnalité juridique (par exemple l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle) agissent en leur propre nom. On relèvera que les contrats ne peuvent contenir aucune disposition imposant des obligations à des tiers (à l'exception des traités internationaux et des concordats à caractère normatif). *1096*

Dénomination

Le droit suisse ne dispose pas, pour la désignation d'instruments contractuels, d'une terminologie uniformément reconnue. « Contrat », « accord », « convention », etc. sont en principe synonymes. Dans le domaine du droit administratif, les termes de « contrat » ou « accord » sont usuels, tandis que les termes de « convention » ou de « traité » s'appliquent de préférence dans le domaine du droit international. Les termes de « concordat » et d'« accord intercantonal » sont réservés au droit intercantonal. *1097*

Exemples :

- Concordat du 20.05.2019 sur les jeux d'argent au niveau suisse ;
- Accord intercantonal du 14 juin 2007 sur l'harmonisation de la scolarité obligatoire (concordat HarmoS).

Objet du contrat

1098 L'objet du contrat ne doit pas s'étendre à des matières soustraites à la libre disposition des parties en raison, par exemple, du principe d'égalité ou d'un intérêt public prépondérant. Il doit se limiter à des domaines dans lesquels la Constitution et la loi laissent une certaine marge de manœuvre pour la détermination des droits et des obligations réciproques. Le devoir de respecter les prescriptions légales ne peut ainsi former l'objet du contrat ; les questions de compétences et d'organisation administrative ne le peuvent pas non plus, en tant qu'elles auraient pour objet de fonder une réglementation en matière de compétence obligatoire pour les tiers.

Droits et obligations contractuels

1099 Les prestations et les contre-prestations, en tant qu'éléments contractuels essentiels, doivent être décrites de manière suffisamment claire et être proportionnées.

Clauses de sanctions

1100 Selon les parties et le contenu du contrat, des clauses de sanctions contractuelles peuvent se justifier. Ces dernières peuvent prévoir, à titre d'exemple, une procédure de mise en demeure, des peines conventionnelles, une réduction des prestations ou encore la résiliation immédiate des rapports contractuels.

Approbation, signature et entrée en vigueur

1101 La compétence de conclure le contrat ne doit pas être confondue avec le droit de signer ledit contrat. L'organe compétent pour la conclusion du contrat peut approuver le texte du contrat et déléguer à une ou plusieurs personnes la compétence de le signer. En ce qui concerne cette dernière compétence, les dispositions sur la délégation de signature sont déterminantes (voir art. 49 LOGA, RS 172.010 ; *ch. 1091*). L'entrée en vigueur du contrat peut avoir lieu au moment de la signature de l'acte, à une date déterminée ou dès la survenance d'un événement particulier.

Durée du contrat et résolution

1102 Suivant le but et le contenu du contrat, il peut être nécessaire de déterminer sa durée, soit en précisant sa durée de validité (éventuellement combinée avec une procédure de renouvellement du contrat), soit en convenant d'un événement résolutoire ou en adoptant une clause de résiliation. Cette dernière clause doit contenir un délai de résiliation suffisant.

Voies de droit et clauses d'élection de for

Pour les litiges découlant de contrats de droit public signés par des autorités fédérales, le droit fédéral institue l'action devant le Tribunal administratif fédéral (art. 35, let. a, LTAF, RS 173.32). Il n'y a donc pas lieu d'introduire des clauses relatives aux voies de droit ni a fortiori des clauses d'élection de for dans les contrats qui servent d'instrument de mise en œuvre. Certaines lois prévoient toutefois un régime différent, comme par exemple le recours contre une décision unilatérale de l'autorité en matière de rapports de travail selon la loi sur le personnel de la Confédération (voir art. 34, al. 2, ss LPers, RS 172.220.1). *1103*

Surveillance

Haute surveillance

La notion de « haute surveillance » comprend, selon la définition usuelle, le contrôle d'activités qui se trouvent déjà sous la surveillance d'un autre organe. La haute surveillance qu'exerce l'Assemblée fédérale, en vertu de l'art. 169, al. 1, Cst., sur le Conseil fédéral et l'administration fédérale, les tribunaux fédéraux et les autres organes ou personnes auxquels sont confiées des tâches de la Confédération est un contrôle d'ordre politique qui ne vise pas à agir à la place des autorités surveillées, ni à infirmer les décisions de celles-ci. *1104*

En régime fédéraliste, et en particulier dans la Constitution fédérale, cette notion décrit une compétence administrative particulière de la Confédération (voir par exemple art. 82, al. 2, Cst. ; voir FF 1997 I 263) ou aussi, selon la terminologie de la Constitution fédérale de 1874, la compétence de la Confédération d'édicter des normes de principe (voir par exemple art. 24, al. 1, aCst.). La Constitution fédérale ne qualifie cependant pas de « haute surveillance » le contrôle que la Confédération exerce envers les cantons lors de la mise en œuvre du droit fédéral par ces derniers (voir art. 49, al. 2, 172 et 186 Cst.). Il en va de même de la doctrine. Ce terme doit dès lors être évité dans ce contexte. *1105*

Surveillance fédérale

La surveillance fédérale comprend les activités de la Confédération visant à assurer le respect du droit fédéral par les cantons (prévenir la violation du droit fédéral ou corriger les situations contraires au droit fédéral). Elle a pour but de garantir une application correcte du droit fédéral. La surveillance fédérale se rapporte à toutes les activités des autorités législatives et administratives cantonales. Elle s'étend également à la justice pour autant que les moyens de surveillance soient compatibles avec l'indépendance des juges. Toutefois, la Confédération doit respecter l'autonomie des cantons (art. 47 Cst.) et leur laisser la chance de remplir les obligations que leur fait le droit fédéral de leur propre chef ; la surveillance fédérale vient donc en second après la surveillance cantonale. La surveillance fédérale se distingue de l'activité juridictionnelle en ce sens qu'elle est continue, *1106*

qu'elle cherche à prévenir le plus précocement possible la survenance de violations et que, lorsque celles-ci surviennent, l'auteur doit en règle générale les corriger lui-même (voir JAAC 64 [2000], n° 24).).

1107 La surveillance fédérale repose sur l'art. 49, al. 2, Cst. Selon l'art. 186, al. 4, Cst., le Conseil fédéral a le devoir de veiller au « respect du droit fédéral » et de prendre les « mesures nécessaires ». La compétence du Conseil fédéral se fonde également sur l'art. 182, al. 2, Cst., c'est-à-dire la compétence générale de mise en œuvre. Le Conseil fédéral n'est pas contraint d'exercer lui-même cette fonction. Il peut déléguer la compétence de surveillance à une autorité administrative subordonnée (par exemple à un département ou à un office) (voir art. 177, al. 3, Cst. ; art. 47, al. 2, et 61*b* LOGA). Les décisions importantes ne peuvent pas être déléguées, en particulier s'agissent de l'usage de moyens de surveillance invasifs. La délégation de la recherche d'informations (identification, enquête, inspection) n'est guère problématique.

1108 La surveillance fédérale a deux objectifs : d'une part, assurer que les cantons remplissent correctement les tâches de mise en œuvre du droit fédéral qui leur sont confiées, d'autre part, éviter qu'ils n'empiètent sur le domaine de compétence de la Confédération ou qu'ils ne violent le droit fédéral lorsqu'ils exercent leurs droits souverains.

Moyens de surveillance

Conditions générales

1109 Tous les moyens utiles peuvent être employés à des fins de surveillance : ils ne sont pas limités. Le recours à un moyen plutôt qu'à un autre doit se faire en fonction des principes de l'État de droit, et plus précisément :

- Base légale suffisante (art. 5, al. 1, Cst.) : plus l'atteinte est importante, plus les exigences relatives à la base légale doivent être élevées. Une majeure partie de la doctrine demande une base légale particulière pour l'approbation des actes cantonaux par la Confédération (art. 186, al. 2, Cst.) et pour le recours des autorités (en raison des exigences de forme particulières du droit procédural ; voir l'aperçu dans JAAC 64 [2000], n° 24, ch. XIII, JAAC 69 [2005], n° 1, ch. II.D.2).
- Proportionnalité (art. 5, al. 2, Cst.) : recours au moyen approprié le plus modéré, par exemple : une correction plutôt qu'une décision à effet cassatoire, une cassation plutôt qu'une prise en charge par la Confédération.
- Subsidiarité (art. 5*a* Cst.) : il faut donner aux cantons la possibilité de remédier eux-mêmes à des infractions au droit fédéral avant toute intervention de la Confédération.

Il est possible de recourir à divers types de mesures de surveillance.

Instructions de caractère général

La Confédération peut faire parvenir aux cantons des circulaires et des directives précisant les modalités d'exécution du droit fédéral. Ce pouvoir découle directement du pouvoir de surveillance de la Confédération. Les instructions de caractère général constituent le moyen principal de surveillance à titre préventif de la Confédération. *1110*

Exemple :

- circulaire du Conseil fédéral aux gouvernements cantonaux concernant les élections pour le renouvellement intégral du Conseil national du 22 octobre 2023 (FF 2022 2547 ss).

Instructions dans un cas concret

La surveillance de l'autorité d'exécution par la Confédération peut se faire par le biais d'instructions relatives à un cas particulier. Dans la plupart des cas, cette surveillance ne peut être exercée que si l'autorité de surveillance est en mesure d'examiner les documents et d'exiger des informations. Le droit d'examiner les documents et d'exiger des informations est compris dans le pouvoir de surveillance de la Confédération qui peut en faire usage sans base légale particulière, dans la mesure où cela est nécessaire pour éclaircir les faits (voir art. 46, al. 1, et 49, al. 2, Cst. ; pour la mise en œuvre du droit international par les cantons, voir art. 5, al. 4, Cst.). L'examen ou la demande d'information peut déboucher sur une remarque ou une recommandation de la part de l'autorité de surveillance. Le canton négligent ou défaillant est invité à remédier à la violation du droit fédéral. *1111*

Remise périodique de rapports

Les cantons peuvent être tenus de remettre périodiquement un rapport sur la mise en œuvre de certaines dispositions du droit fédéral. Un instrument de surveillance de ce type sera prévu au moins au niveau d'une ordonnance. *1112*

Exemples :

- art. 41, al. 2, de la loi fédérale sur le travail (LT, RS 822.11) ;
- art. 85, al. 2, de l' ordonnance sur l'état civil (OEC, RS 211.112.2).

Inspection

Le droit fédéral peut prévoir l'inspection des administrations cantonales. L'inspection porte sur la mise en œuvre de certains actes législatifs fédéraux et permet à la Confédération de contrôler précisément l'activité administrative cantonale. Il s'agit d'un instrument de surveillance sévère, raison pour laquelle on ne l'utilisera qu'avec retenue. *1113*

Exemple :

- art. 45 CC combiné avec l'art. 85, al. 1, OEC (RS 211.112.2).

Approbation d'actes législatifs cantonaux

1114 Cet instrument de contrôle, avec effet préventif, permet à la Confédération d'examiner la conformité d'un acte législatif avec le droit fédéral (voir art. 186, al. 2, Cst.). La tendance actuelle étant de laisser aux cantons une plus grande autonomie dans la mise en œuvre, on ne prévoira une approbation que dans les cas où cela est absolument nécessaire. Selon les cas, on limitera l'approbation aux parties essentielles de la réglementation fédérale et/ou à la phase d'introduction du nouveau droit. On peut également prévoir une simple obligation de communiquer au lieu de celle d'obtenir une autorisation. Pour prévoir une telle approbation, une base légale formelle est nécessaire. L'approbation est constitutive et est, par conséquent, une condition de validité de l'acte législatif cantonal. Cette approbation est généralement donnée par le département, et, dans les cas litigieux, par le Conseil fédéral (voir art. 61*b* LOGA, RS 172.010).

Exemple :

- dispositions cantonales concernant l'état civil (voir art. 49, al. 3, CC, RS 210).

Recours des autorités fédérales

1115 Le droit de recours des autorités fédérales doit permettre d'appliquer le droit fédéral de manière correcte et uniforme.

1116 La Confédération a, en vertu de l'art. 89, al. 2, let. a, LTF, le droit de recourir devant le Tribunal fédéral contre les décisions émanant du Tribunal administratif fédéral ou contre celles prises en dernière instance cantonale. Si la qualité pour recourir appartient ordinairement au département compétent, elle peut, dans les cas visés par l'art. 89, al. 2, let. a, LTF, être attribuée par une ordonnance aux offices.

1117 S'agissant des décisions prises par une autorité cantonale en application du droit fédéral, l'autorité fédérale qui aurait qualité pour recourir devant le Tribunal fédéral contre la décision du tribunal cantonal supérieur peut recourir devant les autorités cantonales précédentes (art. 111, al. 2, LTF).

Annulation d'une décision cantonale

1118 Cette mesure de surveillance, qui entre dans le cadre de la mise en œuvre du droit fédéral, constitue une atteinte grave à l'autonomie cantonale garantie par l'art. 47 Cst., ainsi qu'au système de recours ordinaire. Même si cet instrument de surveillance ne nécessite pas selon la doctrine dominante de base légale spéciale (voir JAAC 64 [2000], no 24, ch. XIII), il n'est en principe pourtant pas conseillé d'y recourir dans le cadre d'un État fédéral. L'annulation d'une décision cantonale n'a qu'un caractère subsidiaire par rapport à la procédure de recours. C'est pourquoi la correction d'un acte d'exécution ne devrait avoir lieu que dans une procédure de recours, de manière à préserver les droits des tiers concernés de même que

l'indépendance du contrôle.

La possibilité d'annuler, au titre du droit de surveillance, une décision judiciaire cantonale relative à la mise en œuvre du droit fédéral est contestée par la doctrine. La Division de la justice y était opposée en 1961 (JAAC 30 [1961], n° 15, p. 41 ss), mais le Conseil fédéral s'est arrogé ce pouvoir en 1974 dans l'affaire Fextal. *1119*

Exemple :

- art. 13 de l'arrêté fédéral instituant des mesures urgentes en matière d'aménagement du territoire (RO 1972 652) ; cas d'application : « Affaire Fextal » (voir *ZBl* 1974, p. 529 ss ; *ZBl* 1975, p. 361 ss et 367 s. et voir également les commentaires relatifs au principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs, JAAC 64 [2000], n° 24, ch. XII).

Tâches de la Confédération en matière de mise en œuvre

La préparation de la mise en œuvre revient à créer les conditions pour qu'un acte normatif entre en vigueur et puisse déployer ses effets. La Confédération et les cantons doivent notamment édicter les dispositions d'exécution et mettre en place l'infrastructure nécessaire par des mesures organisationnelles. *1120*

Certaines normes, notamment celles du droit privé, s'adressent directement aux sujets de droit (privés). Les normes de droit public doivent par contre souvent être mises en œuvre par des actes juridiques de l'État. Cet aspect-là concerne en règle générale les cantons et les communes. Les procédures du droit cantonal (par ex. le référendum législatif) doivent être respectées, ce qui demande un certain temps. *1121*

Les autorités fédérales assument surtout les tâches suivantes : *1122*

- fixer la date de l'entrée en vigueur, sur la base des plans élaborés par la Confédération et les cantons (v. *ch. 1074*) ;
- élaborer aussi tôt que possible les esquisses d'acte normatif des ordonnances ainsi que les projets d'ordonnance, soumettre ces derniers aux autorités d'exécution pour information préalable ;
- assurer une information continue sur l'état d'avancement des travaux législatifs ;
- associer les cantons aux travaux préparatoires, si le projet de la Confédération touche leurs intérêts essentiels au niveau de la mise en œuvre ; il s'agit d'assurer que les instances de décision politique (chef de département, commission parlementaire) soient renseignées suffisamment tôt sur la mise en œuvre. Par ailleurs, une certaine représentativité doit être assurée ; les experts des administrations cantonales ne doivent pas parler uniquement pour leur canton, mais veiller aussi à l'intégration des avis des cantons non représentés (rapport du 13 février 2012 du groupe de travail commun Confédération-cantons « La mise en œuvre du droit fédéral par les cantons », p. 35, www.ofj.admin.ch > État & Citoyen > Fédéralisme) ;
- concevoir l'exécution des actes normatifs fédéraux de façon à limiter le plus

possible la charge administrative pour les entreprises, conformément à l'art. 2 LACRE (limiter le nombre d'interlocuteurs, limiter la durée des procédures au moyen de délais d'ordre, exploiter les moyens électroniques, concevoir des formulaires simples et uniformes, contrôler les entreprises en fonction des risques) ;

- faciliter la mise en œuvre par des moyens auxiliaires (directives, lignes directrices, liste de contrôle, modèles d'actes, contacts directs, etc.) ;
- au besoin, élaborer des plans (par ex. des plans d'assainissement) en collaboration avec les instances de mise en œuvre ;
- conclure des conventions-programmes ;
- effectuer des actes juridiques individuels et concrets (par ex. accorder des autorisations, octroyer des subventions, autoriser des projets) ;
- informer les autorités politiques et le public de l'état de la mise en œuvre et des difficultés éventuelles ;
- observer la mise en œuvre et la réalité juridique, anticiper les risques (sur la base de données, d'observations, de contacts directs, de séminaires, etc.) ;
- exercer la surveillance (par ex. instructions, rapports, inspections, autorisation d'actes cantonaux, recours de la Confédération) ;
- répondre aux interventions parlementaires fédérales ;
- répondre aux questions des autorités d'exécution et des milieux concernés (par ex. en ce qui concerne l'interprétation des dispositions juridiques) ;
- effectuer des travaux de fond et de formation (par ex. élaborer des commentaires d'actes et autres aides à l'interprétation, participer à des séminaires et des sessions d'information).

1123 Si la mise en œuvre présente des difficultés, les autorités fédérales compétentes prennent des mesures telles que l'amélioration de la formation, des instructions aux autorités d'exécution ou l'élaboration d'un projet de modification législative.

1124 La mise en œuvre est généralement un processus participatif pour les autorités fédérales. Les autorités d'exécution et les représentants des milieux concernés y sont associés sous diverses formes (par ex. contacts directs, groupes de travail, séminaires).

19 Assistance administrative

Objet

L'assistance administrative est l'assistance réciproque que se prêtent les unités administratives dans l'exécution de leurs tâches. L'entraide administrative peut se dérouler au sein d'une collectivité publique (par exemple entre autorités fédérales) ou entre autorités fédérales et cantonales, mais elle peut aussi être transfrontalière (voir ci-dessous). *1125*

L'aide peut être fournie sous toutes les formes que revêt l'activité administrative. Le plus souvent, il s'agira de transmettre des informations, à savoir fournir des renseignements, produire des pièces et autoriser l'accès à des banques de données. *1126*

Délimitation

Cette forme d'assistance doit être distinguée de l'entraide judiciaire. Cette dernière est régie par le droit de procédure (pénale, civile et administrative) et a essentiellement pour objet le soutien que les autorités judiciaires s'apportent pour accomplir des actes de procédure. *1127*

Remarques générales

Les unités administratives de la Confédération sont tenues de collaborer et doivent se communiquer les renseignements nécessaires à l'accomplissement de leurs tâches légales (art. 14, al. 1 et 3, OLOGA). Au-delà de ce devoir général de coopération, la législation fédérale ne comprend pas de règles générales sur l'assistance administrative ; même la loi fédérale sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021) ne contient aucune disposition réglementant l'échange d'informations au niveau fédéral. L'entraide administrative (formes autorisées, conditions, procédures et compétences) est régie par des lois spéciales, spécifiques à chaque domaine *1128*

Limites de l'assistance administrative

L'assistance administrative est limitée à la fois par les dispositions régissant le secret de fonction (voir art. 22 de la loi sur le personnel de la Confédération, RS 172.220.1) et l'art. 320 CP (RS 311.0) relatif à la protection pénale du secret de fonction, et à la fois par la législation sur la protection des données (voir en particulier la LPD, RS 235.1). *1129*

Réglementation de l'assistance administrative

Il est nécessaire de prévoir une réglementation sur l'assistance administrative dans une loi formelle lorsque les informations devant être communiquées sont soumises à un secret protégé par la loi. Il en va de même en cas de grave atteinte *1130*

aux droits fondamentaux, en particulier lorsque des données sensibles sont échangées (art. 34, al. 2, LPD ; RS 235.1).

1131 La loi doit expressément prévoir le principe de l'assistance administrative.

Exemples :

- art. 21 de la loi sur le transfert de biens culturels (LTBC ; RS 444.1) ;
- art. 32 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA ; RS 830.1) ;
- art. 29 de la loi sur le blanchiment d'argent (LBA ; RS 955.0) ;
- art. 184 de la loi sur l'agriculture (LAgr ; RS 910.1) ;
- art. 6 de la loi sur les embargos (LEmb ; RS 946.231).

Si des autorités soumises à une obligation de garder le secret en vertu d'une autre loi sont également tenues à l'assistance administrative, les deux obligations doivent être harmonisées, par exemple par une dérogation explicite à l'obligation de garder le secret.

En revanche, peuvent figurer dans une ordonnance les règles concernant la forme et l'étendue de la prestation (par ex. transmission de documents, inventaires des données à communiquer), le détail des conditions d'accès aux informations ainsi que l'énumération des autorités obligées ou autorisées à collaborer.

Exemple :

- art. 28, al. 3, de l'ordonnance sur l'assurance-chômage (OACI ; RS 837.02) ;
- art. 73 à 78 de l'ordonnance sur le contrôle des stupéfiants (OCStup ; RS 812.121.1).

Réglementation de l'assistance administrative internationale

1132 L'assistance administrative internationale se déroule, comme son nom l'indique, entre autorités administratives ou de surveillance suisses et étrangères. Il est nécessaire de régler dans la loi (formelle) la finalité pour laquelle l'autorité requérante peut demander une information, la manière dont elle doit traiter les informations reçues, si elle peut la transmettre et à qui (par ex. aux autorités de poursuite pénale).

Exemples :

- art. 26 de la loi sur la surveillance de la révision (LSR ; RS 221.302) ;
- art. 103 de la loi sur l'énergie nucléaire (LENu ; RS 732.1) ;
- art. 64 de la loi sur les produits thérapeutiques (LPTh ; RS 812.21).

1133 L'assistance administrative opérée au profit d'une autorité étrangère peut constituer une violation de l'art. 271 CP, qui prévoit une sanction pénale à l'encontre de celui qui, sans y avoir été autorisé, aura procédé sur le territoire suisse pour le compte d'un État étranger à des actes qui relèvent des pouvoirs publics.

L'autorisation requise peut découler d'un traité international, d'une loi ou d'une décision. La notification transfrontalière d'actes administratifs, qui est également

qualifiée d'acte étatique pour le compte d'un autre État, est souvent réglée par des traités internationaux.

Exemples :

- Convention européenne sur la notification à l'étranger des documents en matière administrative (RS 172.030.5) ;
- Accord entre la Confédération suisse et l'Union européenne concernant la coopération en matière d'application de leurs droits de la concurrence (RS 0.251.268.1).

Des formes particulières de collaboration avec les autorités étrangères se sont révélées nécessaires ces dernières années dans certains domaines ; elles doivent être réglées dans la loi. Ainsi, les activités de contrôle communes et coordonnées en Suisse ou à l'étranger (contrôles de terrain) ont par exemple été spécifiées et la procédure pour les personnes concernées par les mesures d'entraide administrative a été précisée. *1134*

Exemples :

- art. 27 de la loi sur la surveillance de la révision (LSR ; RS 221.302) ;
- art. 21*a* et 22*b* de la loi sur l'assistance administrative fiscale (LAAF ; RS 651.1) ;
- art. 64*a* de la loi sur les produits thérapeutiques (LPTh ; RS 812.21).

20 Évaluation des mesures prises par l'État

Aperçu

Définition

1135 Les évaluations sont des analyses ciblées et limitées dans le temps, qui visent à cerner le concept, la mise en œuvre et les effets des mesures étatiques, à quantifier, si possible, ces trois aspects et à évaluer jusqu'à quel point ces mesures contribuent à atteindre le but visé et à améliorer le bien-être de la collectivité.

Fonctions

1136 Les évaluations remplissent les quatre fonctions suivantes :

- rendre compte de l'action des pouvoirs publics ;
- mettre en lumière des points offrant des perspectives d'amélioration et déclencher des processus d'apprentissage ;
- tirer des enseignements qui serviront à la conception ou à l'adaptation des mesures étatiques, de même qu'à leur planification et
- de manière générale, élargir les connaissances que l'on a des mesures étatiques ou plutôt des conditions requises pour que ces dernières soient efficaces.

Qui réalise les évaluations ?

1137 L'évaluation des mesures fédérales – ou l'exécution de mandats d'évaluation par des entreprises externes (instituts universitaires, bureaux d'études privés) – est presque toujours l'affaire de spécialistes des différents domaines concernés. C'est la raison pour laquelle les services chargés de la législation dans les offices fédéraux n'y sont généralement confrontés qu'indirectement et n'ont pas besoin de connaissances approfondies sur l'évaluation des mesures. En revanche, ils devraient :

- savoir qu'il existe une obligation d'observer la mise en œuvre et les effets des mesures fédérales (v. *ch. 1140 ss*) ;
- connaître les concepts et les instruments dont on dispose pour ce faire (v. *ch. 1146 ss*) et
- prendre à l'avance les mesures préparatoires nécessaires, faute de quoi l'acquisition des informations et des données risquera d'occasionner des frais considérables pour un profit en fin de compte modeste (v. *ch. 1163 ss*).

Assistance

1138 Le service d'évaluation législative au sein des unités projets législatifs de l'OFJ offre son assistance pour toute question en lien avec l'évaluation de l'efficacité des mesures étatiques.

Bases légales et directives pertinentes

- art. 170 Cst (RS 101).; *1139*
- art. 26, 27 et 44, let. e et f, LParl (RS 171.10) ;
- art. 10 de l'ordonnance sur l'administration du Parlement (OLPA, RS 171.115) ;
- art. 5 de la loi sur le contrôle des finances (LCF, RS 614.0);
- art. 3 et 7 de la loi fédérale sur l'allégement des coûts de la réglementation pour les entreprises (RS 930.31).

Le Conseil fédéral a pris à l'adresse des offices et des départements un certain nombre de mesures et de décisions relatives à l'évaluation de l'efficacité au sein de l'administration fédérale. Elles sont regroupées sous le titre : Transposition de l'art. 170 de la Constitution fédérale au sein de l'administration fédérale.

Moyens auxiliaires

- informations de l'OFJ sur la réalisation d'évaluations de l'efficacité (notamment bibliographie et guides) ;
- recommandations de l'OFJ pour la formulation des clauses d'évaluation ;
- informations sur les évaluateurs externes de la Société suisse d'évaluation (SEVAL);
- standards de la SEVAL et ses explications;
- Guide du SECO sur la réalisation d'études sectorielles en vertu de l'art. 7 de la loi fédérale sur l'allégement des coûts de la réglementation pour les entreprises.

Obligations générales d'observer la mise en œuvre et les effets des mesures fédérales

L'autorité fédérale chargée d'accomplir une tâche incombant à l'État n'a pas seulement l'obligation de contrôler si cette tâche est mise en œuvre de façon conforme et, dans le cas contraire, d'apporter les correctifs qui s'imposent. Elle doit également examiner si les conditions générales requises pour l'accomplissement de cette tâche sont toujours réunies et si l'acte législatif atteint les objectifs définis. En cas de réponse négative à cette double question, elle doit prendre les mesures nécessaires : *1140*

- améliorer la mise en œuvre ;
- informer les instances politiques des carences de mise en œuvre ;
- lancer la procédure de révision ou d'abrogation de l'acte en cause ou engager l'élaboration d'un autre acte législatif.

L'obligation d'observer l'efficacité d'un acte législatif résulte de l'art. 170 Cst. L'art. 170 Cst., qui s'adresse en premier lieu au Parlement, a été concrétisé dans la LParl sous la forme des dispositions suivantes : *1141*

- haute surveillance (art. 26, al. 3, LParl) : introduction des critères de l'opportunité, de l'efficacité et de l'efficience économique ;

- évaluation de l'efficacité (art. 27 LParl) : les organes de l'Assemblée fédérale peuvent exiger des évaluations de l'efficacité, examiner les évaluations effectuées ou attribuer eux-mêmes des mandats d'évaluation. ;
- attributions des commissions (art. 44, al. 1, let. e et f, LParl) : les commissions soumettent des propositions ou donnent des mandats afin que des évaluations soient réalisées et participent à la définition des priorités ; elles tiennent compte des résultats de ces évaluations.

1142 Le Conseil fédéral peut en tout temps procéder à des évaluations sur la base de ses compétences de mise en œuvre (art. 182, al. 2, Cst.) et de surveillance (art. 187, al. 1, let. a, Cst.) ; ses services peuvent (faire) mener des évaluations en se fondant sur ces bases constitutionnelles. Le Conseil fédéral et ses services n'ont pas besoin pour cela d'une base légale spécifique.

1143 L'obligation du Conseil fédéral d'observer l'efficacité des mesures fédérales et d'apporter, le cas échéant, les correctifs requis découle des art. 5 et 36 LOGA (RS 172.010). En outre, celui-ci désigne dans ses objectifs annuels trois à cinq domaines qui sont soumis à une évaluation externe en vue de déterminer le potentiel d'allégement des coûts de la réglementation pour les entreprises (art. 7, al. 1, LACRE).

1144 La Chancellerie fédérale assiste le Conseil fédéral lors de cet examen dans le cadre de la planification et de l'établissement du rapport de gestion (planification de la législation, objectifs annuels, rapport de gestion).

1145 L'art. 5 de la loi sur le Contrôle des finances (LCF, RS 614.0) confère au Contrôle fédéral des finances le mandat d'accomplir les contrôles de rentabilité.

Moyens juridiques spécifiques à l'observation et à l'évaluation de l'efficacité

Aperçu

1146 Des obligations spécifiques d'observation, de communication et de contrôle sont instaurées dans différents domaines politiques. Elles peuvent revêtir les trois principales formes suivantes :

Obligation d'établir des rapports

1147 En consacrant l'obligation de lui adresser régulièrement des rapports, le Parlement souhaite s'assurer un flux continu d'informations sur certaines questions.

Exemple :

- art. 10 de la loi sur les mesures économiques extérieures (RS 946.201).

1148 Par ailleurs, le Conseil fédéral informe aussi le Parlement de sa propre initiative ou à la suite d'une intervention parlementaire.

Exemple :

- rapport du Conseil fédéral du 18 mars 2020 sur l'évaluation de la législation "Swissness".

Clauses d'évaluation

Les clauses d'évaluation sont des normes juridiques qui obligent les destinataires qui y sont désignés à contrôler les effets de certaines lois ou mesures. Dans certains cas, l'introduction d'une telle clause dans un acte législatif vise également à s'assurer que des moyens financiers suffisants soient mis à disposition à cette fin. Aucune terminologie uniforme ne s'est encore imposée en matière de clauses d'évaluation. Une vue d'ensemble des différentes clauses d'évaluation ainsi que des recommandations pour la formulation des clauses d'évaluation sont présentées sur la page d'accueil de l'OFJ (www.ofj.admin.ch > État & citoyen > Évaluation de l'efficacité > Documents relatifs à l'évaluation de l'efficacité). *1149*

Réglementations expérimentales

Les réglementations expérimentales sont des actes législatifs d'une durée limitée associés à des mesures de contrôle de l'acte et d'évaluation de ses effets (clause d'évaluation). Leur but est d'accumuler les expériences qui serviront ultérieurement de bases de décision devant aboutir à des solutions législatives définitives (pour plus de détails, v. *ch. 1046 ss*). *1150*

Instruments d'information

Aperçu

Pour s'acquitter de l'obligation qui leur est faite de surveiller la mise en œuvre et les effets des mesures fédérales, les autorités compétentes disposent d'un grand nombre d'instruments d'information que l'on peut subdiviser en quatre groupes. *1151*

Observation sur le terrain politique

Les instruments d'observation sur le terrain politique sont nombreux : données statistiques, articles de presse, ouvrages spécialisés, études scientifiques, contacts personnels, communiqués des partis ou des groupements politiques, etc. Ces instruments permettent aux autorités chargées de la surveillance d'acquérir des informations dans leur domaine de compétence (par ex. les bourses d'études ou la protection des eaux). Par ailleurs, la Confédération a également le droit d'observer l'évolution dans certains domaines qui ne relèvent pas de ses attributions constitutionnelles. Dans le cadre d'interventions ou de débats parlementaires, le Conseil fédéral est souvent invité à prendre position sur des questions de ce genre. *1152*

Monitoring (observation de la mise en œuvre des mesures), statistique

1153 Le *monitoring* est important notamment dans le cadre de la surveillance fédérale. Il fournit en effet des informations sur la mise en œuvre d'un acte législatif à partir d'observations diverses et variées. Figurent notamment parmi les instruments du *monitoring* :

- les rapports des services cantonaux concernant la mise en œuvre des actes législatifs (obligation d'établir des rapports, par ex. art. 4, al. 4, de la loi sur le travail au noir, LTN, RS 822.41) ;
- les statistiques (v. site Internet de l'OFS, www.bfs.admin.ch) ;
- l'obligation de communiquer certaines informations prescrite par différents textes législatifs (par ex. art. 24, al. 3, de la loi fédérale sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger [LFAIE], RS 211.412.41) ;
- les informations fondées sur des procédures de droit administratif (comme le droit de recours des autorités fédérales).

1154 Les données fournies par le *monitoring* sont régulièrement recueillies et permettent souvent d'établir des comparaisons dynamiques, parfois même horizontales (par ex. entre les cantons ou les communes), ainsi que des comparaisons avec les objectifs qui avaient été définis ; de plus, elles sont relativement peu coûteuses, même s'il ne faut pas sous-estimer le coût de la collecte des données pour les organes qui les fournissent.

Controlling

1155 Le terme de « *controlling* » provient à l'origine de l'économie d'entreprise. En Suisse, en Autriche et en Allemagne, le *controlling* est compris comme un instrument d'information et de contrôle de la mise en œuvre d'un projet. Ce terme a acquis une certaine importance dans le cadre de la nouvelle gestion publique. Dans ce contexte, les indicateurs de performance jouent un rôle essentiel dans l'évaluation de l'activité des services administratifs. Les conventions de prestations passées entre le gouvernement et l'administration – ou plus souvent encore entre des unités administratives organisées hiérarchiquement – prévoient des indicateurs de prestation ainsi que des objectifs. Dans le langage des sciences politiques, les valeurs convenues sont généralement des indicateurs de prestations (*output*) qui indiquent quels sont les produits et prestations fournis par une unité administrative et de quelle manière ils sont demandés sur le marché. Le *controlling* récolte des données qui peuvent être mises en relation directement ou indirectement avec la mise en œuvre et le degré de réalisation des objectifs d'une loi.

1156 Par conséquent, le *controlling* est, à l'instar du *monitoring*, un instrument d'observation de la mise en œuvre, qui possède cependant une fonction directive plus marquée. Le *controlling* permet de collecter au fur et à mesure des données sur la mise en œuvre et certains effets d'un acte, données qui pourront servir de base à

d'éventuelles évaluations. Contrairement aux autres instruments, le *controlling* est toujours étroitement associé aux procédures bureaucratiques. Il fait partie de la gestion professionnelle des projets et doit s'adapter aux besoins de ces derniers. La Confédération effectue un *controlling* en particulier lors de la création d'offices GMEB.

Évaluations rétrospectives

Les évaluations rétrospectives visent à contrôler empiriquement des mesures étatiques qui sont déjà en vigueur ou mises en œuvre. Elles servent à déterminer et à évaluer l'effectivité (conformité de la mise en œuvre), l'efficacité (degré de réalisation des objectifs) et l'efficience (rentabilité) des mesures étatiques. Pour procéder à de telles analyses, on recourt généralement aux méthodes de collecte (par ex. statistiques, sondages réalisés en face à face) et d'interprétation (qualitative et quantitative) des données propres aux sciences sociales. Ces méthodes fournissent des informations détaillées sur les différents effets des mesures étatiques et sur les relations qu'il peut y avoir entre elles. *1157*

Évaluer signifie attribuer une valeur à un objet. Dans le langage courant, ce terme est souvent utilisé dans un sens prospectif (comme par exemple lorsqu'on cherche à déterminer quel est l'ordinateur le plus adapté à ses besoins) ou, de manière plus générale, dans le sens d'évaluation de la qualité. Cependant, la qualité des mesures étatiques n'est pas aisément perceptible ; il faut souvent la découvrir par des moyens empiriques (par ex. des statistiques ou des enquêtes qualitatives) et en tenant compte de leurs effets. On ne peut la juger qu'en spéculant sur ce qu'aurait été la situation sans ces mesures. Néanmoins, par comparaison avec d'autres facteurs (comme le développement économique, les tendances de la société, etc.), les mesures étatiques n'ont souvent qu'une importance secondaire. C'est pourquoi l'évaluation ou le mesurage de leurs effets est généralement ardue. Pour ce faire, il existe différentes méthodes : colloques d'experts, observations approfondies du cheminement des effets ou comparaisons au sens propre. Les comparaisons temporelles permettent de comparer une situation avant et après l'entrée en vigueur d'une mesure. Dans les comparaisons horizontales, on compare entre des groupes de personnes, des régions, des pays, etc., concernés par les mesures et d'autres qui ne le sont pas. Dans ce que l'on appelle les expériences (par ex. l'analyse des conséquences des accidents avec et sans port de la ceinture de sécurité), on combine généralement les deux types de comparaison. *1158*

Contrairement à une opinion largement répandue, les indicateurs d'impact (ou indicateurs de résultats) ne sont guère explicites en ce qui concerne les effets des mesures étatiques, et donc en ce qui concerne les questions causales. Une diminution du taux de chômage (indicateur d'impact très important) peut certes être attribuée aux programmes de création d'emplois mis en place, mais elle devrait être plus souvent due à des tendances fondamentales de l'économie (situation de *1159*

l'économie mondiale, situation conjoncturelle des principaux débouchés des produits et services suisses). C'est la raison pour laquelle la compréhension des relations causales doit fréquemment passer par des études plus approfondies réalisées dans le cadre d'évaluations.

Comparaison des instruments d'information

1160 Alors que les instruments d'observation sur le terrain politique ne font guère l'objet de controverses, les avis sont parfois partagés en ce qui concerne les instruments qui permettent d'étudier la mise en œuvre et les effets des mesures prises par l'État (*monitoring*, *controlling*, évaluation rétrospective). Pourtant, chacun de ces trois instruments d'information possède des atouts et des faiblesses spécifiques et, de ce fait, des domaines d'utilisation différents.

	Monitoring	**Controlling**	**Evaluation rétrospective**
But	Observation permanente de la mise en œuvre de la mesure.	Instrument de conduite permettant de sélectionner, d'accompagner, de contrôler et de développer des projets et des programmes de manière ciblée.	Élaboration d'affirmations vérifiables empiriquement sur l'interaction des différents effets des mesures étatiques.
Questions essentielles	Comment la situation évolue-t-elle dans le champ d'intervention ?	Un projet a-t-il le potentiel d'efficacité nécessaire pour atteindre ses objectifs et les indicateurs choisis évoluent-ils dans la direction souhaitée ?	De quelle façon une mesure est-elle mise en œuvre et quels sont ses effets dans la pratique ? Est-ce que la mesure est économique ?
Fréquence	Étude permanente des données dans le cadre d'un système de collecte autonome.	Étude permanente des données dans le cadre de la mise en œuvre et de l'accompagnement du projet.	Études scientifiques approfondies réalisées à des moments précis.
Atouts	Feedback continu sur la question de savoir si le problème visé subsiste encore ; identification précoce.	Feedback rapide ; amélioration des procédures ; enregistrement automatique dans l'organisation de la mise en œuvre.	Connaissance approfondie de la mise en œuvre, effets et efficience ; compréhension des forces et des faiblesses de la mise en œuvre et de leur interaction.
Faiblesses	Il manque la relation entre la mesure et ses effets ; marge d'interprétation ; sélection des indicateurs difficile à expliquer.	Aucune preuve de l'interaction des effets postulée ; ne permet pas d'expliquer les échecs.	Coûteuse ; demande beaucoup de temps.

Compte tenu de leurs atouts/points faibles respectifs, aucun de ces trois instruments n'est en mesure de satisfaire à lui seul tous les besoins mis en évidence par l'observation de la mise en œuvre et des effets des actes législatifs. Les instruments utilisés pour l'observation permanente (*monitoring*) et le contrôle (*controlling*) seront donc avantageusement associés à des études plus approfondies (évaluation). Un bon *controlling* et un ensemble suffisant de données de *monitoring* peuvent alléger considérablement la charge de travail occasionnée par la collecte des données nécessaires à l'évaluation et de ce fait en réduire le coût. Inversement, les évaluations peuvent aider à déterminer si les données fournies par le *controlling* et le *monitoring* embrassent les principaux aspects des effets à observer et mesurent vraiment ce qu'elles prétendent mesurer. 1161

Toute statistique repose sur certaines délimitations prédéfinies. C'est ainsi que l'on ne tient compte, pour déterminer le nombre de chômeurs ou le taux de chômage, que des personnes enregistrées auprès de l'assurance chômage (sans compter les chômeurs de longue durée). Les personnes qui se trouvent dans un programme d'embauche temporaire ou qui suivent une formation de longue durée ne sont pas enregistrées parmi les chômeurs. Pour obtenir un tableau complet du chômage, il faut d'autres renseignements que les seules données figurant dans les registres des assurances chômage (par ex. le nombre des demandeurs d'emploi et les données relevées dans le cadre de l'enquête suisse sur la population active, ESPA). 1162

Acquisition des informations

Généralités

Les informations concernant la réalité juridique – par ex. la mise en œuvre dans les cantons, l'effet des mesures sur la société, l'économie et l'environnement – et les données relatives aux effets économiques d'un acte peuvent revêtir une grande importance stratégique dans le cadre d'un projet législatif. Il vaut donc la peine d'engager le plus tôt possible une réflexion sur les modalités d'acquisition de ces informations. En effet, si on est amené à constater en cours de route l'existence d'importantes lacunes, l'acquisition des informations manquantes risque de retarder le processus législatif de plusieurs mois, voire de plusieurs années. Il conviendra également de prévoir, le cas échéant, les moyens financiers nécessaires pour rémunérer des mandats externes (comme par exemple la réalisation de sondages ou d'une évaluation détaillée). 1163

Études de droit comparé

Les études de droit comparé fournissent des renseignements sur les solutions législatives retenues dans d'autres pays. L'Institut suisse de droit comparé (www.isdc.ch) est spécialisé dans ce type d'études. La création d'un tableau comparatif des législations des principaux États européens prend deux à trois mois ; 1164

les services rendus aux autorités fédérales sont décomptés selon les principes régissant la facturation interne dans l'administration fédérale (art. 6, al. 1, de l'ordonnance sur les émoluments de l'Institut suisse de droit comparé, RS 425.15). Il peut être utile, préalablement à l'exécution du mandat, que le responsable du dossier ait un entretien approfondi avec la personne chargée du travail à l'Institut de droit comparé afin de définir précisément la nature des informations nécessaires. Lors de la planification, il faudra tenir compte non seulement du délai demandé par l'Institut de droit comparé, mais également du laps de temps nécessaire pour l'analyse des documents fournis.

Création de systèmes de controlling ou de monitoring

1165 La création de tels systèmes au niveau fédéral peut prendre une, voire plusieurs années. L'acquisition des informations doit généralement être préparée en concertation avec les cantons ou les autres organes chargés de la réalisation du projet et des discussions approfondies doivent avoir lieu afin de définir de quelle manière les objectifs de la Confédération en matière d'information pourront être atteints sans mettre exagérément à contribution les services appelés à fournir des données. De longs laps de temps sont souvent nécessaires pour que ces systèmes soient prêts à livrer des données et des informations utiles.

Durée et coûts financiers

1166 Les moyens financiers et le temps requis par les évaluations dépendent dans une large mesure des objectifs et de l'ampleur du projet. L'annexe 4 chiffre 2 de la loi fédérale sur sur les marchés publics (LMP; RS 172.056.01) définit les valeurs seuils et les procédures applicables aux marchés non soumis aux accords internationaux. Pour les services, comme des mandats d'évaluation, dès 230'000, la procédure doit être ouverte ou sélective. Dès 150'000, la procédure doit se faire sur invitation et lorsque le montant se situe en dessous de 150'000, la procédure peut se faire de gré à gré.

Les chiffres ci-dessous permettent de donner des indications de coûts financiers selon les différents types d'évaluation:

- Évaluations de la mise en œuvre : les enquêtes sur la mise en œuvre dans les cantons ou les sondages auprès des destinataires des prestations étatiques sont généralement réalisables dans un délai de six mois et avec un budget de 60 000 francs. Les études de ce type fournissent des renseignements, d'une part, sur le niveau de mise en œuvre, et, d'autre part, sur le point de vue des services chargés de la mise en œuvre ou sur l'opinion des destinataires des prestations à propos de la qualité de celles-ci. Les études combinées (par ex. entretiens avec les services en charge de la mise en œuvre et sondages auprès des usagers) ou des études développées peuvent déborder du cadre financier ou des délais évoqués ci-dessus.

- Évaluations des effets (études de résultats, analyses des effets) : ces évaluations permettent, par exemple, de reconstituer le cheminement des effets des mesures (avec analyses de documents, sondages, questionnaires), d'interroger des experts sur leur opinion et leurs connaissances (entretiens personnels, réalisés éventuellement en plusieurs fois), de collecter et d'exploiter des données concernant les groupes-cibles et éventuellement un groupe de contrôle (non concerné par la mesure), de procéder à des comparaisons à l'échelle internationale, etc. De telles évaluations coûtent généralement 100 000 francs au moins et nécessitent un délai minimum d'une année.
- Évaluations des aspects économiques (analyses de la rentabilité) : la durée et le coût financier de telles études dépendent dans une large mesure du but recherché. Les études microéconomiques portant sur les potentiels d'optimisation et les questions d'organisation peuvent être réalisées dans un délai de trois à six mois et pour une somme de 30 000 francs environ. Les études plus approfondies du rapport coût/utilité des mesures législatives sont nettement plus onéreuses (coût : > 100 000 francs ; délai requis : > un an).

Il s'agit également de ne pas oublier, au niveau des services qui commandent les évaluations, le temps nécessaire à la préparation du travail (planification et procédure d'adjudication) et à l'exploitation des résultats, ni les ressources personnelles à engager dans l'accompagnement du dossier. Convenablement préparées et réalisées, les études mentionnées constituent de bonnes bases pour l'analyse des problèmes, la définition des objectifs et, le cas échéant, la recherche de solutions. *1167*

Étapes et options

Situation de départ

Un acte législatif est entré en vigueur. Les bases juridiques qui sont, le cas échéant, nécessaires à l'acquisition des données requises pour l'évaluation ont été élaborées. *1168*

Établir un concept d'évaluation de l'efficacité de l'acte législatif

Avant l'approbation du message et, au plus tard, à la date de l'entrée en vigueur de l'acte législatif, l'office compétent aura engagé une réflexion sur la manière de contrôler l'efficacité des normes. À cette fin, il s'assure, dans toute la mesure du possible, le concours des acteurs participant à la mise en œuvre, notamment des autorités d'exécution (généralement, les cantons). *1169*

Le concept d'évaluation de l'efficacité de l'acte législatif comporte des réflexions sur : *1170*

- le modèle d'impact de l'acte législatif (v. *ch. 184*) ;
- les milieux concernés par l'évaluation de l'efficacité et leur association éventuelle à cette évaluation (par ex. sous la forme d'un groupe de suivi) ;
- les instruments d'information à utiliser (notamment *controlling* et *monitoring*,

évaluations réalisées sur le plan interne ou confiées à des spécialistes externes) et
- l'usage qui sera fait des résultats obtenus (par ex. rapport au Conseil fédéral ou à l'Assemblée fédérale, pilotage de l'exécution, remaniement de l'acte législatif).

Assurer la collecte des données en continu et le controlling de la mise en œuvre de l'acte

1171 L'office compétent collecte (en collaboration avec l'OFS, les autorités d'exécution et, au besoin, les autres milieux sur lesquels l'acte législatif produit ses effets) les données permettant d'évaluer la mise en œuvre et l'efficacité de l'acte et, partant, de garantir la mise en place d'un *controlling*. En collaboration avec les autorités d'exécution, l'office compétent apporte, si nécessaire, les correctifs qui s'imposent pour garantir une mise en œuvre conforme aux objectifs fixés.

Au besoin, procéder à une évaluation de l'acte ou en charger un organisme externe

1172 Au besoin, l'office se livre à une évaluation plus approfondie de la mise en œuvre et de l'efficacité de l'acte législatif. Il est recommandé qu'il le fasse si l'acte législatif comporte une clause d'évaluation, si une motion parlementaire l'exige et si l'acte législatif
- revêt une grande portée pour l'économie et la société ;
- a une grande importance pour les finances de la Confédération ;
- a un caractère novateur mais que l'incertitude plane sur les effets qu'il produit réellement ;
- présente des difficultés de mise en œuvre ou donne lieu à de fortes divergences de vue quant à son opportunité, son efficacité et son efficience ou encore a valeur de signal pour d'autres domaines d'application.

1173 Lorsque l'office dispose en son sein de suffisamment de spécialistes et qu'il s'est, en particulier, doté d'un service d'évaluation législative, il peut procéder lui-même aux évaluations ou, du moins, à des parties de celles-ci, notamment lorsqu'elles ont pour but de déceler les améliorations à apporter. Il arrive fréquemment que des organismes externes (bureaux d'étude privés, instituts universitaires) soient chargés de procéder à l'évaluation. Lorsque l'évaluation vise à tirer un bilan de l'application d'un acte législatif, son exécution est en règle générale confiée à un organisme externe.

1174 Les évaluations permettent d'analyser de manière approfondie l'effectivité, l'efficacité et l'efficience d'un acte législatif. Elles se fondent, outre sur les données collectées et les analyses effectuées systématiquement, sur les résultats d'autres types d'enquêtes (par ex. sondages auprès de milieux concernés) et d'analyses.

Les évaluations requièrent une planification minutieuse (il ne faut pas sous-estimer le temps, les moyens financiers et les ressources humaines nécessaires à leur exécution). Et même le fait de confier une évaluation à un organisme extérieur ne dispense pas l'office compétent de la préparer soigneusement, d'encadrer sérieusement le travail de cet organisme et de préparer la suite des opérations. 1175

Tirer parti des résultats du controlling et de l'évaluation et mettre en œuvre les mesures qu'ils appellent

Une fois connus les résultats du *controlling* et de l'évaluation, il appartient au service compétent ou à une autorité qui lui est supérieure d'en tirer les conclusions qui s'imposent et de mettre en œuvre les mesures qu'ils appellent, soit directement, soit en donnant les mandats nécessaires. 1176

Résultat

L'effectivité, l'efficacité et l'efficience de l'acte législatif font l'objet d'un contrôle continu (*controlling*, *monitoring*) ou périodique (évaluation). L'administration en tire les conclusions qui s'imposent. 1177

Bibliographie choisie

Aubert, Jean-François, Traité de droit constitutionnel, Neuchâtel 1967/1982.

Aubert, Jean-François, Bundesstaatsrecht der Schweiz, Bâle/Francfort sur le M. 1991/1995 (version de 1967 avec un supplément 1991/1992)

Aubert, Jean-François et al. (éd.), Commentaire de la Constitution Fédérale de la Confédération Suisse du 29 mai 1874, Bâle/Zurich/Bernee 1996.

Aubert, Jean-François / Mahon, Pascal, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich/Genève 2003.

Auer, Andreas / Malinverni, Giorgio / Hottelier, Michel, Droit constitutionnel suisse, 3e éd., Berne 2013.

Beck, Joachim et al. (éd.), Reform von Staat und Verwaltung in Europa: jenseits von New Public Management? Zurich 2011.

Biaggini, Giovanni, Theorie und Praxis des Verwaltungsrechts im Bundesstaat, Bâle 1996.

Biaggini, Giovanni / Gächter Thomas / Kiener, Regina (éd.), Staatsrecht, 2e éd., Zurich/St-Gall 2015

Ehrenzeller, Bernhard et al. (éd.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3e éd., Zurich/Bâle/Genève 2014.

Grabenwarter, Christoph / Pabel, Katharina Europäische Menschenrechtskonvention, 5e éd., Bâle 2013.

Grabenwarter, Christoph, Europäischer Grundrechteschutz, Baden-Baden 2014.

Grisel, André, Traité de droit administratif, Vol. I et II, Neuchâtel 1984.

Haefliger, Arthur / Schürmann, Frank, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 2e éd., Berne 1999.

Häfelin, Ulrich / Müller, Georg / Uhlmann, Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7e éd., Zurich/St-Gall 2016.

Häfelin, Ulrich / Haller, Walter / Keller, Helen / Thurnherr, Daniel, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9e éd., Zurich/Bâle/Genève 2016.

Haller, Walter / Kölz, Alfred / Gächter, Thomas, Allgemeines Staatsrecht, 5e éd., Zurich/Bâle/Genève 2013.

Hangartner, Yvo, Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, Berne 1974.

Kiener, Regina / Kälin, Walter, Grundrechte, 2e éd., Berne 2013.

Klöti, Ulrich et al., Handbuch der Schweizer Politik, Zurich 2006.

Knapp, Blaise, Le fédéralisme, RDS 1984 II, p. 275 ss.

Knapp, Blaise, Précis de droit administratif, Bâle 1988.

Kramer, Ernst A., Juristische Methodenlehre, 3e éd. Berne/Munich/Vienne/Mayence, 2010.

Mattle, Adrian, Mitwirkung des Parlaments an der politischen Planung, Zurich 2010.

Ladner et al. (éd.), Handbuch der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz, Zurich

2013
Moor, Pierre / Flückiger, Alexandre / Martenet, Vincent, Droit administratif Vol. I: Les fondements, 3e éd., Berne 2012.
Moor, Pierre / Poltier, Etienne, Droit administratif Vol. II: Les actes administratifs et leur contrôle, 3e éd., Berne 2011.
Müller, Georg, Mantelgesetze und Einheit der Materie, LeGes 2013/2 p. 507 ss.
Müller, Jörg Paul / Schefer, Markus, Grundrechte in der Schweiz: im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, Berne 2008
Nowak, Manfred, U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary, 2e éd., Kehl/Strasbourg/Arlington 2005.
Nussbaum, Hans-Georg, Rahmenbedingungen der Verordnungsgebung: Rechtliche Grundlagen und Funktionen von Verordnungen. in: LeGes 2003, p. 9 ss.
Nussbaum, Hans-Georg, Die Ausarbeitung von Verordnungen am Beispiel des neuen Zollrechts. in: LeGes 2007, p. 295 ss.
Rhinow René A., Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung: die Rechtsgrundsätze der Verwaltungspraxis, erläutert an Entscheiden der Verwaltungsbehörden und Gerichte, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 6e éd., Bâle/Francfort sur le M., 1986, Bd. 2 Besonderer Teil, 5e éd., Bâle/Stuttgart 1976.
Rhinow, René A. / Krähenmann, Beat, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Bâle 1990.
Rhinow, René / Schefer Markus, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2e éd., Bâle 2009.
Saladin, Peter, Bund und Kantone, Autonomie und Zusammenarbeit im schweizerischen Bundesstaat, RDS 1984 II, p. 431 ss.
Schweizer, Rainer J. / Borghi, Marco, Mehrsprachige Gesetzgebung in der Schweiz : juristisch-linguistische Untersuchungen von mehrsprachigen Rechtstexten des Bundes und der Kantone, Zurich/St-Gall 2011.
Tercier, Pierre / Roten, Christian, La recherche et la rédaction juridiques. 6e éd., Zurich/Bâle/Genève 2011.
Thürer, Daniel / Aubert, Jean-François / Müller, Jörg Paul (éd.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zurich 2001.
Tschannen, Pierre / Zimmerli, Ulrich / Müller, Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3e éd., Berne 2009.
Tschannen, Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4e éd., Berne 2016.

Tschannen, Pierre, Verfassungsrechtliche Grundlagen, in: Uhlmann (éd.): Die Rolle von Bund und Kantonen beim Erlass und bei der Umsetzung von Bundesrecht, Zurich 2013.

Uhlmann, Felix, Gesetzgebungstechnische und -methodische Überlegungen, in: Uhlmann (éd.), Die Rolle von Bund und Kantonen beim Erlass und bei der Umsetzung von Bundesrecht, Zurich 2013.

Uhlmann, Felix, Rechtsetzung durch Konkordate, LeGes 2011, p. 9 ss.

Uhlmann, Felix / Binder, Iris, Verwaltungsverordnungen in der Rechtssetzung: Gedanken über Pechmaterie, LeGes 2009, p. 151 ss.

Uhlmann, Felix / Hofstetter, David, Die Verordnung aus dem Blinkwinkel der Rechtsetzungslehre, ZBl 2012, p. 455 ss.

Villiger, Mark E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2e éd., Zurich 1999.

Waldmann Belser Epiney, Bundesverfassung, Basler Kommentar, Bâle 2015.

Wildhaber, Luzius, Bundesstaatliche Kompetenzausscheidung, in: Handbuch der schweizerischen Aussenpolitik, Berne/Stuttgart/Vienne 1992, p. 121 ss.

Zimmerli, Ulrich, Bund-Kantone-Gemeinden, in: Zimmerli (éd.), Die neue Bundesverfassung, Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft, Berne 2000.

Zufferey, Jean-Baptiste, Pour un droit suisse de la surveillance, Revue de droit administratif et de droit fiscal, 2001, p. 59 ss.

Gestion de projet

Daenzer, Walter F. / Huber, F. (éd.), System Engineering: Methodik und Praxis, 10e éd., Zurich 1999.

Deutsche Gesellschaft für Projektmanagement / Gessler, Michael, Kompetenzbasiertes Projektmanagement, 5e éd., Nuremberg 2012.

Heintel, Peter / Krainz, Ewald E., Projektmanagement: Eine Antwort auf die Hierarchiekrise, 4e éd., Wiesbaden 2000.

Kummer, Walter A., Projekt Management – Leitfaden zu Methode und Teamführung in der Praxis, Zurich 1993.

Sciarini, Pascal, Zum Zeitbedarf des Gesetzgebungsverfahrens: Le processus législatif, in: Ulrich Klöti / Peter Knoepfel / Hanspeter Kriesi / Wolf Linder / Yannis Papadopoulos (éd.). Handbuch der Schweizer Politik. Zurich 2006: pp. 491–525.

Méthode législative

Chancellerie fédérale, directives sur les affaires du Conseil fédéral (« classeur rouge »; v. Intranet de la Chancellerie fédérale).

Chancellerie fédérale, Aide-mémoire sur la présentation des messages du Conseil fédéral, 3e éd., Berne 2012, état 2015.

DEFR, Regulierungsfolgenabschätzung, Handbuch, Berne 2013.

Böhret, Carl, Gesetzesfolgenabschätzung (GFA): Heutiger Stand der Methodik und Erfahrungen mit der Integration in die Gesetzesvorbereitung in Deutschland. in: Schäffer, Heinz (éd.). Evaluierung/Gesetzesfolgenabschätzung in Österreich und im benachbarten Ausland. Vienne 2005, p. 17 ss.

Böhret, Carl / Konzendorf, Götz, Handbuch Gesetzesfolgenabschätzung (GFA), Baden-Baden 2001.

Böhret, Carl / Konzendorf, Götz, Moderner Staat – Moderne Verwaltung. Leitfaden zur Gesetzesfolgenabschätzung, Bundesministerium des Innern, Berlin 2000.

Böhret, Carl / Hugger, Werner, Test und Prüfung von Gesetzentwürfen, Cologne 1980.

Buser, Walter, Das Vorverfahren der Gesetzgebung, ZBl 1984, p. 145 ss.

Bussmann, Werner, Rechtliche Anforderungen an die Qualität der Gesetzesfolgenabschätzung, LeGes 1998, p. 127 ss.

Eichenberger, Kurt et al. (éd.), Grundfragen der Rechtssetzung, Bâle 1978.

Errass, Christian, Kooperative Rechtsetzung, Zurich/St-Gall 2010.

Flückiger, Alexandre et al., Vernehmlassungsverfahren, LeGes 2011, p. 161 ss.

Flückiger, Alexandre / Guy-Ecabert, Christine (éd.), Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer – Le rôle des guides de légistique, Genève/Zurich/Bâle 2008.

Flückiger, Alexandre, (Re)faire la loi : traité de légistique à l'ère du droit souple, Berne 2019

Graf/Theler/von Wyss (Hrsg.), Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG) vom 13. Dezember 2002, Bâle 2014

Griffel, Alain (éd.), Vom Wert einer guten Gesetzgebung, Berne 2014.

Hölfling Wolfram (éd.) Grundsatzfragen der Rechtsetzung und Rechtsfindung : Referate und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Münster vom 5. bis 8. Oktober 2011, Berlin/De Gruyter, 2012.

Hotz, Reinhold, Methodische Rechtsetzung, Zurich 1983.

Keller Lucy, "Runde Tische" in der Gesetzgebung - Eine staatsrechtliche und rechtstheoretische Analyse informeller Verhandlung im schweizerischen Gesetzgebungsverfahren, Zurich/Bâle/Genève 2008.

Kettiger, Daniel, Gesetzescontrolling: Ansätze zur nachhaltigen Pflege von Gesetzen, Berne/Stuttgart/Vienne 2000.

Koller, Heinrich, Wunsch und Wirklichkeit im Umgang mit Volksinitiativen – Methodik der Umsetzung anhand von drei Beispielen, LeGes 2015, p. 545-569

Körber, Sandro, Experimentelle Rechtesetzung, LeGes 2015, p. 385-402

Kramer, Ernst A., Juristische Methodenlehre. 3e. éd., Berne/Munich/Vienne 2010.

Lienhard, Andreas, Zur Beurteilung der Auswirkungen von Gesetzen, in: Kettiger, Daniel (éd.), Wirkungsorientierte Verwaltungsführung und Gesetzgebung, Berne/Stuttgart/Vienne 2000, p. 159 ss.

Leupold, Michael / Kuster, Susanne, Verantwortungsvolle Rechtsetzung, Anwaltsrevue 2011, p. 306 ss.

Mattle, Adrian, Mitwirkung des Parlaments an der politischen Planung, Zurich 2010.

Morand, Charles-Albert (éd.), Légistique formelle et matérielle, Aix-en-Provence 1999.

Müller, Georg, Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung, Bâle/Stuttgart 1979.

Müller, Georg / Uhlmann, Felix, Elemente der Rechtssetzungslehre, 3e éd., Zurich/Bâle/Genève 2013.

Noll, Peter, Gesetzgebungslehre, Reinbek bei Hamburg 1973.

Nussbaum, Hans Georg, Das Bundesgesetz nach der Verabschiedung durch die Bundesversammlung, LeGes 2000, p. 39 ss.

Rhinow, René A., Rechtsetzung und Methodik. Rechtstheoretische Untersuchungen zum gegenseitigen Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung, Bâle/Stuttgart 1979.

Richli, Paul, Interdisziplinäre Daumenregeln für eine faire Rechtsetzung, Bâle/Genève/Munich 2000.

Rödig, Jürgen (éd.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, mit Beiträgen u.a. von Werner Hauck, Rainer J. Schweizer, René A. Rhinow, Georg Müller und Peter Noll, Berlin/Heidelberg/New York 1976.

Rotach, Laurenz / Schaerer, Corinne, Änderungen von Botschaften und Erlassentwürfen durch den Bundesrat (Abgrenzung zwischen Botschaft, Zusatzbotschaft und Einzelantrag des Bundesrats) in: LeGes 2009/1:p. 9 ss.

Sägesser, Thomas, Vernehmlassungsgesetz, Berne 2006.

Schneider, Hans, Gesetzgebung. Ein Lehrbuch, 3e éd., Heidelberg 2002.

Schuppert, Gunnar Folke, Governance und Rechtsetzung: Grundfragen einer modernen Regelungswissenschaft, Baden-Baden 2011.

Tripet, Florent Manuel, Ein Instrument der parlamentarischen Mitwirkung im Bereich der schweizerischen Aussenpolitik: die Information und Konsultation gemäss Art. 152 Parlamentsgesetz, Chavannes 2012.

Waldmann, Bernhard, Die Umsetzung von Volksinitiativen aus rechtlicher Sicht,

LeGes 2015, p. 521-537.

Wyss, Martin, Rechtsetzungslehre. Ein Abriss mit Arbeits- und Studientexten, Berne 2016.

Rédaction des actes normatifs

Chancellerie fédérale (éd.), Répertoire des abrévations officielles de la Confédération.

Chancellerie fédérale, Directives de la Confédération sur la technique législative (DTL), 2e éd., Berne 2013.

Chancellerie fédérale, Instructions de la Chancellerie fédérale sur la présentation des textes officiels en français, Berne 2016.

Chancellerie fédérale, Précis de technique législative, Berne 2015.

Chancellerie fédérale, Guide de formulation non sexiste des textes administratifs et législatifs de la Confédération, Berne 2006.

Baumann, Robert, Die Angabe der Rechtsgrundlagen im Ingress der Bundeserlasse, LeGes 2014, p. 463 ss.

Cornu, Gérard, Linguistique juridique, 3e éd., Paris 2005.

Fleiner-Gerster, Thomas, Wie soll man Gesetze schreiben? Leitfaden für die Redaktion normativer Texte, Berne/Stuttgart 1985.

Locher, Clemens, Redaktionelle und gesetzestechnische Probleme der Verweisung auf EU-Recht im Landesrecht, LeGes 2010, p. 87 ss.

Morand, Charles-Albert (éd.), Légistique formelle et matérielle, Aix-en-Provence 1999.

Richli, Paul, Interdisziplinäre Daumenregeln für eine faire Rechtsetzung, Bâle/Genève/Munich 2000.

Schweizer, Rainer J. / Borghi, Marco, Mehrsprachige Gesetzgebung in der Schweiz: juristisch-linguistische Untersuchungen von mehrsprachigen Rechtstexten des Bundes und der Kantone, Zurich/St-Gall 2011.

Tercier, Pierre / Roten, Christian, La recherche et la rédaction juridiques. 6e éd., Zurich/Bâle/Genève 2011.

Relation entre droit suisse et droit international

Office fédéral de la justice, Questions de droit constitutionnel en relation avec les traités internationaux, avis de l'Office fédéral de la justice du 6 janvier 2004, JAAC 68 (2004) IV n° 83, p. 1077 ss.

Office fédéral de la justice, La pratique des autorités fédérales concernant le référendum en matière de traités internationaux selon l'art. 141 al. 1 let. d ch. 3 Cst., JAAC 69 (2005) IV n° 75, p. 896 ss.

Conseil fédéral, La relation entre droit international et droit national, Rapport du 5 mars 2010, FF 2010 2067.

Conseil fédéral, Rapport additionnel du 30 mars 2011 au rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne, FF 2011 3401.

Conseil fédéral, Clarifier la relation entre le droit international et le droit interne. Rapport du Conseil fédéral du 12 juin 2015 en exécution du postulat 13.3805.

DFAE / Office fédéral de la justice, Traités. Répartition des compétences entre l'Assemblée fédérale et le Conseil fédéral dans la procédure de conclusion. Catégories de traités ne requérant pas d'approbation parlementaire avant leur ratification. Conclusion de traités mineurs par le Conseil fédéral, sous réserve d'une information des Chambres fédérales, qui peuvent demander l'application ultérieure de la procédure ordinaire d'approbation. Limites de la sous-délégation de la compétence de conclure des traités, du 14 décembre 1987 JAAC 51 (1987) IV n° 58, p. 393 ss.

DFAE / Office fédéral de la justice, Rapports entre le droit international et le droit interne au sein de l'ordre juridique suisse. Fondements juridiques et conséquences de la primauté du droit international, avis commun de l'Office fédéral de la justice et de la Direction du droit international public, JAAC 53 (1989) IV n° 54, p. 394 ss.

DFAE, Guide de la pratique en matière de traités internationaux, éd. 2015, publié par la Direction du droit international public, Berne 2015.

Bureau de l'intégration / Direction du droit international public / Office fédéral de la justice, Aide-mémoire: Kompetenzen und Vorgehen für Beschlüsse der Gemischten Ausschüsse der sektoriellen Abkommen Schweiz-EG.

Baumann, Robert, Die Tragweite der Schubert-Praxis, PJA 2010/8, p. 1009 ss.

Baumann, Robert, Die Umsetzung völkerrechtswidriger Volksinitiativen, ZBl 2010, p. 241 ss.

Biaggini, Giovanni, Das Verhältnis der Schweiz zur internationalen Gemeinschaft, PJA 1999, p. 722 ss.

Cottier, Thomas u.a., Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht, Berne 2001.

Fraoua, Ridha, Procédures d'approbation et de mise en œuvre des Accords bilatéraux II: aspects constitutionnels, in: Christine Kaddous/Monique Jametti Greiner (éd.), Accords bilatéraux II Suisse-UE et autres accords récents, Genève/Bâle/Munich/Bruxelles/Paris 2006, p. 119 ss.

Locher, Clemens, Redaktionelle und gesetzestechnische Probleme der Verweisung auf EU-Recht im Landesrecht, LeGes 2010/1, p. 87 ss.

Mader, Luzius / Kropf, Catherine, Verweisungen auf das Recht der Europäischen Union in der Bundesgesetzgebung: vom Fotografieren und Filmen, in: Die Schweiz und die europäische Integration: 20 Jahre Institut für Europarecht, Zurich 2015, pp. 69-106.

Müller, Jörg Paul / Wildhaber, Luzius, Praxis des Völkerrechts, 3e éd., Berne 2000.

Sägesser, Thomas (éd.), Die Bundesbehörden: Bundesversammlung-Conseil fédéral-Bundesgericht: Kommentar, Beiträge und Materialien zum 5. Titel der schweizerischen Bundesverfassung, Berne 2000.

Saxer, Urs, Die Umsetzung völkerrechtlicher Verträge im Verfahren gemäss Art. 141a BV: auch ein Problem der Volksrechte, in: PJA, 2005, p. 821 ss.

Dispositions sur la procédure et l'organisation

Graf, Martin / Theler, Cornelia / von Wyss, Moritz, Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Kommentar zum Parlamentsgesetz vom 13. Dezember 2002, Bâle 2014.

Gygi, Fritz, Bundesverwaltungsrechtspflege, Berne 1983, p. 172.

Häner, Isabelle, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zurich 2000, p. 450 ss.

Kägi-Diener, Regula, Entscheidfindung in komplexen Verwaltungsverhältnissen, Bâle/Francfort sur le M. 1994.

Kettiger, Daniel / Sägesser, Thomas (éd.), Kommentar zum Publikationsgesetz des Bundes, Berne 2011.

Kiener, Regina / Rütsche, Bernehard / Kuhn, Matthias, Öffentliches Verfahrensrecht, Zurich/St-Gall 2012.

Kölz, Alfred / Häner, Isabelle / Bertschi, Martin, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3e éd., Zurich/Bâle/Genève 2013.

Leber Marino, Grundsätze für die Rechtsprechung im Bereich Bundesrechtspflege, LeGes 2012, p. 297 ss.

Marti, Arnold, Zum Inkrafttreten des Bundeskoordinationsgesetzes und weiteren Neuerungen im Bereich des Umwelt-, Bau- und Planungsrechts, Umweltrecht in der Praxis, 2000, p. 291 ss.

Maurer, Alfred, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, Band I, 2e éd., Berne 1983/94, p. 112 ss. et 363 ss.

Roth, Michel, Veröffentlichung von Rechtsnormen in der Schweiz, Zurich/St-Gall 2011.

Sägesser, Thomas, Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz RVOG, Berne 2007.

Tschopp-Christen Marianne, Rechtsschutz gegenüber Realakten des Bundes (Artikel 25a VwVG), Zurich 2009.

Wipf, Thomas, Das Koordinationsgesetz des Bundes: die Koordination, Vereinfachung und Beschleunigung von Entscheidverfahren im Bund, Zurich 2001.

Instruments d'action de l'Etat

Braunschweig, Thomas, Gebührenerhebung durch die Bundesverwaltung – Übersicht über die Neuordnung, in: Leges 2005/2, p. 9 ss.

Flückiger, Alexandre, Les instruments de soft-law en droit public, in: Ladner et. al (éd.), Manuel d'administration publique suisse, Lausanne 2013, p. 299 ss.

Locher, Alexander, Verwaltungsrechtliche Sanktionen, Zurich/Bâle/Genève 2013.

Marti, Arnold, Selbstregulierung anstelle staatlicher Gesetzgebung? ZBl 2000, p. 561 ss.

Nguyen, Minh Son, Le contrat de collaboration en droit administratif, Berne 1998.

Pfenninger, Hanspeter, Rechtliche Aspekte des informellen Verwaltungshandelns, Fribourg 1996.

Ronga, Barbara / Sangra, Emmanuel, Les taxes d'incitation environnementales: Pourquoi et comment les évaluer?, LeGes 2010, p. 199 ss.

Wiget, Stefanie, Die Programmvereinbarung, Ein Zusammenarbeitsinstrument zwischen Bund und Kantonen, Berne 2012.

Champ d'application temporel

Nussbaum, Hans Georg, Das Bundesgesetz nach der Verabschiedung durch die Bundesversammlung, LeGes 2000/2, p. 39 ss.

Mader, Luzius / Wyss, Martin, Ph. / Häni, Ingrid / Geiser, Jean-Christophe / Moser, André W. / Schuhmacher, Christian / Pulver, Bernhard Die Gesetzgebung und die Zeit, LeGes 2005/3, p. 9 ss.

Partage des compétences entre Confédération et cantons, mise en œuvre

Département féd. des finances / Conférence des gouvernements cantonaux, Der neue Finanzausgleich zwischen Bund und Kantonen, Berne/Soleure 1999.

Groupe de travail commun Confédération-cantons, La mise en œuvre du droit fédéral par les cantons, rapport du 13 février 2012, sur www.ofj.admin.ch > Etat & Citoyen > Fédéralisme.

Hänni, Peter (éd.), Schweizerischer Föderalismus und europäische Integration, Zurich 2000, p. 305.

Institut du Fédéralisme, Aufgaben- und Kompetenzverteilung im schweizerischen Bundesstaat, 2015, sur http://www.unifr.ch/ius/assets/files/Institus/IST_Federalisme/files/Forschung/Gutachten_final.pdf

Tschannen, Pierre, Verfassungsrechtliche Grundlagen, in: Uhlmann (éd.): Die Rolle von Bund und Kantonen beim Erlass und bei der Umsetzung von Bundesrecht, Zurich 2013.

Règlementations pilote

Mader, Luzius, Experimentelle Gesetzgebung, in: Grimm, Dieter und Maihofer, Werner (éd.), Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik, Opladen 1988, p. 211 ss.

Mader, Luzius, Les lois expérimentales en Suisse, in: Evaluation législative et lois expérimentales, Aix-en-Provence 1993.

Mastronardi, Philippe, Experimentelle Rechtsetzung im Bund, RDS 1991, p. 449 ss.

Assistance administrative

Bellanger, François / Tanquerel, Thierry (éd.), L'entraide administrative, Genève/Zurich/Bâle 2005.

Tanquerel, Thierry, Manuel de droit administratif, Genève/Zurich/Bâle 2011, n. 642 ss.

Evaluations

Société suisse d'évaluation (v. www.seval.ch/fr/index.cfm): informations et offres de prestations (bulletins, possibilité de publier des appels d'offres d'évaluation, listes d'évaluateurs, normes d'évaluation, liens).

Balzer, Lars / Wolfgang Beywl, Evaluiert. Planungsbuch für Evaluationen im Bildungsbereich, Berne 2015.

Bussmann, Werner, Evaluationen staatlicher Massnahmen erfolgreich begleiten und nutzen. Ein Leitfaden, Coire/Zurich 1995.

Bussmann, Werner, Die Methodik der prospektiven Evaluation, LeGes 1997, p. 109 ss.

Bussmann, Werner / Klöti, Ulrich / Knoepfel, Peter, Einführung in die Politikevaluation, Bâle / Francfort sur le M. 1997.

Bussmann, Werner / Klöti, Ulrich / Knoepfel, Peter, Politiques publiques: Evaluation, Paris 1998, Economica.

Interdepartementale Kontaktgruppe "Wirkungsprüfungen": Wirksamkeit von Bundesmassnahmen: Vorschläge zur Umsetzung von Artikel 170 der Bundesverfassung bei Bundesrat und Bundesverwaltung: Bericht an die Generalsekretärenkonferenz der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Berne 2004.

Kettiger, Daniel. Gesetzesevaluation in der Schweiz: Stand – Einbettung in das politisch administrative System – Ausblick. in: Schäffer, Heinz, Evaluierung der Gesetze / Gesetzesfolgenabschätzung in Österreich und im benachbarten Ausland, Vienne 2005, p. 47 ss.

Mader, Luzius, L'évaluation législative: Pour une analyse empirique des effets de la législation, Lausanne 1985.

Rieder Stefan, Kosten von Evaluationen, LeGes 2011, p. 73 ss.

Rossi, Peter H. / Lipsey, Mark W. / Freeman, Howard E., Evaluation: A Systematic Approach, 7e éd., Thousand Oaks 2004.

US General Accounting Office. Prospective Evaluation Methods – the Prospective Evaluation Synthesis, GAO/PEMD-10.1.10, Washington D.C. 1990.

Widmer, Thomas / De Rocchi, Thomas, Evaluation. Grundlagen, Ansätze und Anwendungen, Zurich/Coire 2012.

Index

(Références aux chiffres marginaux)
ordre alphabétique

A

Abrogation et suspension *1016 ss*
- *Abrogation formelle* *1017, 1020*
- *Abrogation matérielle* *1023*
- *Abrogation momentanée* *1026*
- *Suspension* *1016, 1024 ss.*

Accords sectoriels *942*

Actes législatifs
- *Champ d'application temporel* *993 ss.*
- *Constitutionnalité des actes normatifs* *665 ss.*
- *Critères de structuration* *601 ss.*
- *Durée de validité limitée* *190, 1017, 1024, 1043 ss.*
- *Formes* *538, 551 ss.*
- *Forme de l'acte et référendum* *569*
- *Matière normative* *174, 570 ss.*
- *Rédaction* *10, 23, 39, 51 ss., 85 ss., 161 s., 171 ss.*
- *Structuration* *174, 724, 590 ss.*
- *Systématique* *597 ss.*

Activités commerciales annexes *975 s.*

Aides financières *628, 865 ss., 1076*

Amendes *880, 883 ss., 887 s.*

Analyse de l'impulsion ou du mandat *67 ss.*

Annexes aux actes législatifs *616 ss.*

Application du droit dans le temps *1027 ss.*
- *Dispositions transitoires* *167, 248, 437, 571, 580, 602,1001, 1015 s., 1035 ss.*
- *Effet anticipé (Effet ex ante)* *1033*
- *Entrée en vigueur avec effet immédiat* *999, 1001*
- *Rétroactivité* *999, 1010 s., 1028, 1030 ss.*
- *Suspension* *1016, 1024 ss.*

Approbation d'actes législatifs cantonaux *1114*

Arrêtés fédéraux *241, 498, 561 s.*

Assistance administrative *975, 1125 ss.*

Autonomie financière des cantons *952, 637*

Autonomie organisationelle des cantons *637,952, 968, 1065, 1072 s.*

Autorégulation *942, 944 s.*

Autorisation *570, 829 ss.*

Avant-projet *93 ss., 170 ss., 378*

B

Base légale *667, 698 ss., 810, 837, 873, 887 ss., 915*

Brochure explicative *87, 284, 426 ss.*

C

Campagnes d'information *145, 932*

Clause générale de police *702, 710*

Chancellerie fédérale *12 ss., 34, 38 ss., 202 ss.*

Charges de préférence *837, 852 ss.*

Chèque en blanc *733*

Collecte des informations
- *lors de la préparation des actes législatifs* *93 ss.*
- *pendant* les évaluations *1158*

Commissions
- *consultatives* *992*
- *décisionnelles* *991 ss.*
- *de rédaction du Parlement* *268, 280*
- *de surveillance* *279*
- *d'étude* *97, 102, 361*
- *d'experts* *44, 84, 102, 163 s., 361, 764*
- *d'examen* *991*
- *extraparlementaire* *94, 102, 989*
- *interne de rédaction (CIR)* *23, 248, 341*
- *paritaire* *102, 361*
- *parlementaire* *32, 100, 125, 215, 233, 239, 258, 271 ss., 295, 395 ss., 402, 494, 1122*

Communautés supranationales *458, 520, 523, 562*

Communication 42 ss.
Compétences fédérales
concurrente 644
de promotion 645
exclusive 644
fragmentaires 645
globales 645
limitée aux principes 645
parallèles 644
Compétences (responsabilités) 625 ss.
Partage des compétences 531, 552, 623 ss., 640, 947
législation cadre 645
compétence de mise en œuvre 710
compétence législative 137, 366, 551, 645, 648, 800, 877
Comportement exemplaire des collectivités publiques 938
Concession 763, 793, 915, 969,
Conciliation 977 ss.
Conditions de l'institution d'une commission extraparlementaire 989
Conférence de conciliation 267
Conférence de coordination 275
Confilt
de normes 573, 679, 687 ss.
règles générales 573, 579
règles spéciales 1037 s.
Constitution fédérale
Formes d'actes normatif 551 ss.
Initiatives populaires 58, 425, 433 ss.
Législation de mise en œuvre 426, 431
Référendum et entrée en vigueur 428 ss.
Révision 422 ss., 524, 552, 569
Consultation des offices
Définitions 11 ss.
sur les projets d'actes législatifs 249
Contrats
comme moyen de mise en œuvre 1093 ss.
conventions intercantonales 562, 636
de droit administratif 946 ss.
traités internationaux 562
Contravention 880 ss.
Contributions 837 ss.
But des contributions 839
Contributions de remplacement 855 ss.
Contributions causales 855, 858
Taxes d'orientation 837, 850
Schéma des contributions 837
Contrôle concret des normes 720
Compatibilité avec le droit international et européen 693 ss.
examen préalable de la constitutionnalité des projets de loi 665 ss.
Contrôle de l'activité législative déléguée 715 ss.
Conventions intercantonales 562, 636, 1092
Conventions-programmes 638, 951 ss., 1095, 1122
Coordination de la procédure 790 ss.
Corédaction 23, 248
Cotisations aux assurances sociales 862 ss.

D

Décision 543, 772 ss., 790
Décision de portée générale 544 ss.
Déclaration d'applicabilité générale des conventions collectives 943
Délégation
Contrôle 715 ss.
de la compétence de fixer la date d'entrée en vigueur 305
de la compétence de signer 1091
de la compétence en matière de conclusion des traités 487
de compétences législatives 703 ss.
de compétences pénales 887 s.
de tâches publiques 954 ss.
du pouvoir de décision 1090
Exigences relatives à la norme de délégation 707
Sous-délégation 480, 711 ss.
Délibérations parlementaires 56, 84, 275 ss.

Densité normative
167, 380 ss., 571 581 ss., 916
Dépliant *348*
Dispositions
d'exécution 287 ss., 431, 535 s., 560, 691, 703, 710, 893, 942, 1052, 1065, 1067, 1073, 1079, 1081 ss.
de loi 294
de procédure 745 ss.,790, 834, 999, 1025
financières 837 ss.
finales 167, 248, 602
générales, communes et spéciales 604
pénales 877 ss.
transitoires 167, 248,437, 571, 580, 602, 1001, 1036, 1040
Direction du droit international public *451, 491, 694, 697*
Directives *540 ss., 1075, 1110 s.*
Dispositions régissant la responsabilité *916 ss.*
Divergences
Élimination des divergences 266 ss.
entre des offices 24
entre des départements 28
Dossier guide *87, 271*
Droits acquis *1031 s.*
Droit européen *674, 696 s., 736, 738*
Droit fédéral
Recueil officiel (RO) 32, 38, 245, 301, 308, 310, 312
Recueil systématique (RS) 32, 38, 576, 693
Droits fondamentaux *651 ss.*
Définition 651
Source principale 658 ss.
Types 653 ss.
Droit international *450 ss.*
Conclusion des traité internationaux 452 ss., 649
Conformité 386, 687
Droit international secondaire ou dérivé 456
Droit mou (Soft Law) 451, 678
Dualisme 679 s.
Entrée en vigueur 529 s.
Mise en œuvre 531 ss.
Monisme 529, 679 ss.
Notion 673
Primauté du droit international 679 ss., 689 ss.
Publication 530
Règles de droit international directement applicables 513
Relation avec le droit national 679 ss.
Sources 675 ss.
Droit mou *451, 678*
Droit pénal accessoire *628, 877*
Droit pénal administratif *879, 881 ss.*
Droit transitoire *571, 580 ss., 1029, 1036*

E

Effet anticipé *1033*
Émoluments *837, 852, 855, 858 ss., 915, 967 s.*
administratifs 859
de chancellerie 859, 861
Entraide judiciaire *1127*
Entrée en vigueur *301 ss., 993 ss.*
à une date ultérieure 1002, 1005, 1009
avec effet immédiat 999, 1001 ss.
avec effet rétroactif 999, 1010 s., 1030 ss.
date d'entrée en vigueur 305 ss., 999 ss.
Décision 305
intégrale ou échelonnée 1012
Organe responsable 995 ss.
traités internationaux 529
Équivalence fiscale *633, 639 ss.*
Esquisse d'acte normatif *74, 93, 161 ss., 354, 376 ss., 570*
Études de droit comparé *1164*
Évaluation des mesures prises par l'État *1135 ss.*
Clauses d'évaluation 190, 1139, 1149
Évaluation prospective (Évaluation des effets) 154 ss., 179, 184 ss.

Évaluation rétrospective *420 s., 1157 ss.*
Instruments d'information *1151 ss.*
Obligation d'établir des rapports *190, 1147, 1153*
Obligations générales d'observer la mise en œuvre *1140 ss.*
Réglementations expérimentales *1046 ss., 1150*
Explications de vote *284, 426 ss.*

F
Fédéralisme *6, 625, 1060 ss*
Feuille fédérale (FF) *32*

G
Groupe de travail *84, 97, 101 s.*

H
Haute surveillance *1104 s., 1141*
Hiérarchie des normes *541, 553, 555, 709*

I
Impact de la réglementation *151, 157, 178 ss., 244, 248, 358, 390, 406, 420*
Impôts *837 ss.*
Information *42 ss., 230, 246, 272, 285, 320*
Initiatives
Initiative parlementaire *317 ss.*
Initiative populaire *422 s., 433 ss., 553, 569*
Instance de recours *750 ss.*
Institut suisse de droit comparé *100, 1164*
Instruments d'action de l'État *827 s.*
Instruments d'incitation *931*

L
Législation
au niveau constitutionnel *552 s.*
au niveau de l'ordonnance *563 ss.,709 ss.*
au niveau juridique *555 ss.*
Lignes directrices *244, 924, 1069, 1122*
Loi fédérale *554 ss.*
lois fédérales urgentes *556*

M
Marge de manœuvre des cantons *167, 515, 638, 647 ss., 1062, 1070*
Message du Conseil fédéral *120, 194, 241 ss., 334, 426, 660, 1068*
Médiation *977 ss.*
Mise en œuvre du droit fédéral *1049 ss.*
Contrats comme moyen de mise en œuvre *1093 ss.*
Délais *1074*
Délégation de tâches publiques à des tiers *954 ss.*
par la Confédération et les cantons *1092 ss.*
par la Confédération *1078 ss.*
par les cantons *1060 ss.*
Place des dispositions d'exécution *1083 s.*
Répartition des compétences en matière de mise en œuvre *1058 ss.*
Support des frais *1076*
Surveillance *1104 ss.*
Tâches de la Confédération *1120 ss.*
Motion *60, 335, 352, 492, 719, 1172*
Moyens de contrainte administratifs *910 ss*

N
Niveau hiérarchique de règlementation *551 ss.*
Note de discussion *69, 278, 441 ss.*
Normes de procédure *745 ss.*
Norme en blanc *884*
Normes primaires *366, 368, 551, 565, 704*
Normes secondaires *366, 368, 703 ss.*

O
Obligations et interdictions *828*

Office fédéral de la justice *171,* 190*, 697*
Opposition *752 ss.*
Ordonnance *539, 715 s.*
Abrogation *1020*
Approbation par le Parlement 718
de l'Assemblée fédérale *560, 996 ss.*
dépendantes *565*
des départements, des groupements ou des offices *370 ss, 711 ss., 1020, 1090*
du Conseil fédéral *355, 368 s., 407, 563 ss., 709 s 998, 1015, 1020, 1063, 1090*
entrant en vigueur immédiatement *1003*
indépendantes *564 s.*
ordonnance administrative *540, 547 ss*
ordonnances d'exécution *563 s., 566 ss.,710, 888, 1052, 1054*
ordonnance de substitution *551, 563, 567 s., 704, 710, 888 s.*
Procédure législative *350 ss.*
Durée de validité limitée *1043*
Organisation internationale *508 ss.*
Organisations de sécurité collective 458, *521 s., 562, 569*

P

Peine encourue *898 ss.*
Peine pécuniaire *887, 890, 897, 900, 914*
Phase préliminaire *87*
Plan-programme *923 ss.*
Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence *49, 979*
Principe de l'équivalence *639 ss., 861*
Principe de la couverture des frais *853, 861*
Principe de la légalité *557, 698 ss., 738, 851, 888, 913, 915, 981, 1033*
Délégation de compétences législatives *703 ss.*
niveau hiérarchique *551 ss.*
Principe de la subsidiarité *64, 631 ss., 641*
Principe de la transparence *49, 965*
Procédure administrative *543, 746 s., 915, 1089*
Procédure de consultation
Consultation du Parlement *396 s*
dans le cadre des initiatives parlementaires *342 ss.*
sur les projets de loi *84, 99, 198 ss.*
sur les projets d'ordonnances *393 ss.*
Procédure législative
Acteurs *6 ss., 76, 185 s.*
Consultation des offices et Procédure de co-rapport *11 ss., 249*
Information *42 ss.*
Message additionnel *255*
Mettre en vigueur *301 ss.*
Message et projet de loi *241 ss.*
Planification *58 ss.*
Procédure extraordinaire *256*
Processus de décision *11 ss.*
Publication *32 ss., 309 ss.*
Survol *6 ss.*
Tableau synoptique de la procédure législative *52*
Proposition au Conseil fédéral *12, 13, 18, 25, 348, 384*
Protection des données 799 *ss.*
Bases juridiques *799 ss.*
Communication *815 ss.*
Communication obligatoire *821*
Données personnelles *810.*
Exigences quant aux normes relatives *810 ss.*
Place des dispositions *1083*
Pouvoir de décision *369, 640, 970, 977, 1082, 1086 ss.*
Parallélisme des formes *1020*
Phase parlementaire *87, 258 ss., 291, 378*
Planification *922 ss.*
Planification du projet *44 s., 52, 72, 89 s., 95*
Plan territorial *928 ss.*

Proportionnalité
153, 574, 667,805, 813, 817, 862s., 888, 915, 1038, 1040, 1109
Publication
des actes normatifs *32 ss., 301, 309 s.*
des annexes *621 s.*
des consultations de l'administration fédérale *203, 229 ss.*
des messages *254*
des normes privées *729*

R
Rapport explicatif
54, 170 ss., 193 ss., 378
Recommandations et mises en garde *933 s.*
Récompenses *939*

Recours
Coordination de la procédure *790 ss.*
Délais de recours *779 s.*
Délais de traitement *787 ss.*
Droit de recours *769 ss.*
Effet suspensif *782 ss.*
Exclusion du recours au Tribunal fédéral *763 ss.*
Instance de recours *750 ss.*
Motifs de recours *775 ss.*
Objet du recours *772 ss.*
Qualité pour recourir *769 ss.*
Recours à une autorité administrative *753*
Recours au Tribunal administratif fédéral *768*
Recours des autorités fédérales *1115 ss.*
Recueil officiel (RO) *32, 38, 245, 301*
Référendum *282, 569*
délai *32, 308, 996, 1000, 1009, 1011*
et forme de l'acte *569*
facultatif *500 ss., 517, 519, 554 ss., 562*
obligatoire *428, 476, 520 ss., 553, 562, 586*
sur les traités internationaux *474, 498 ss., 519 ss.*
Réforme de la péréquation financière (RPT) *633, 951, 1001*
Régimes d'annonce *832 ss.*
Règle de droit
normes primaires *366, 368, 551, 565, 704*
notion *542.*
règle de droit et décision *543 ss.*
règles secondaires *368, 703 ss.*
suspension *1016, 1024 ss.*
Réglementations expérimentales *1046 ss., 1150*
Remise périodique de rapports *491, 1112*
Renvois *721 ss.*
à des normes privées *726 ss.*
au droit international *734 ss.*
à des règles techniques ou scientifiques *725*
au sens propre (constitutifs) *725*
directs (immédiats) *725*
dynamiques *725*
externes *725*
indirects (médiats) *725*
improprement dits (déclaratoires) *725*
internes *725*
Principes *742 ss.*
statiques *725*
Responsabilité de la Confédération *918*
Responsabilité des entreprises *882*
Rétroactivité
999, 1010 s., 1028, 1030 ss.
Révocation d'une décision *915*

S
Sécurité juridique
572, 583, 634, 779, 956, 1025, 1054, 1071
Services linguistiques
39 s., 85,253, 337, 412
Services du Parlement *273, 320*
Silence qualifié *888*
Sous-délégation
370, 480, 711 ss.
Subventions *134, 297, 763, 865 s., 969, 1000, 1042, 1092, 1122*

Surveillance fédérale
533, *1055, 1106 ss., 1153*
Annulation d'une décision cantonale *1118*
Approbation d'actes législatifs cantonaux *1114*
Arrêté fédéral *561 s.*
Base constitutionnelle *1056 s.*
Haute surveillance *1104*
Inspection *1113, 1122*
Instructions *1110 s.*
Moyens de surveillance *1106 s., 1109*
Recours des autorités fédérales *1115 ss., 1153*
Remise périodique de rapports *1112*
Systématique d'un acte législatif *248, 597 ss.*

T
Taxes d'utilisation *0, 861*
Traduction *84, 0, 88, 176, 209, 336, 358, 391, 592*
Traité international *452 ss.*
Application provisoire *493 ss.*
Approbation nationale *473 ss.*
de portée mineure *482 ss.*
Paraphe *470*
Ratification *526*
Référendum en matière de traités internationaux *474, 498 ss., 519 ss.*
Référendum facultatif *501 ss.*
Référendum obligatoire *520 ss.*
Signature définitive *527*
Signature simple *471 s.*
Types de partage des compétences *642 ss.*

U
Unité de la matière *436 ss.*, *586*

V
Voies de recours *545, 685, 834, 1088 ss., 1103*