

Verfassungsbestimmung über die Grundversorgung

Erläuternder Bericht für das Vernehmlassungsverfahren

vom 27. August 2010

Übersicht

Der zur Diskussion gestellte Entwurf einer neuen Verfassungsbestimmung verpflichtet die Gemeinden, sich für die Grundversorgung einzusetzen. Er zählt wichtige Sachgebiete der Grundversorgung beispielhaft auf und formuliert zentrale und weitgehend anerkannte Grundsätze der Grundversorgung. Die Bestimmung verankert in genereller Form Vorgaben und Handlungsaufträge für den Bund und die Kantone. Sie hätte kaum unmittelbare rechtliche Folgen. Ihre Bedeutung wäre im Wesentlichen politischer und symbolischer Art.

Die Motion 05.3232 der Kommission für Verkehr und Fernmeldewesen des Ständerats (KVF-S) verpflichtet den Bundesrat, dem Parlament einen Entwurf zu einer allgemeinen Verfassungsbestimmung über die Grundversorgung zu unterbreiten. Der Bundesrat hatte sich gegen die Annahme der Motion ausgesprochen. Er ist nach wie vor skeptisch bezüglich der Einführung einer allgemeinen Verfassungsbestimmung über die Grundversorgung. Die Motion verlangt eine offen ausgestaltete, allgemeine Bestimmung, die insbesondere die betroffenen Sachbereiche nicht abschliessend aufzählt. Die Grundversorgung ist eine äusserst vielschichtige und breite Querschnittsthematik und lässt sich auf Verfassungsebene kaum einheitlich in verbindlichen Rechtssätzen erfassen. Zu viele verschiedene Fragestellungen und zu viele verschiedene Regulierungsinstrumente träfen aufeinander. Es ist hingegen möglich, auf einer symbolischen und politischen Ebene die wichtigsten Grundsätze festzuhalten, nach denen in der Schweiz bereits heute eine bestmögliche Versorgung der Bevölkerung mit den grundlegenden Gütern und Dienstleistungen des täglichen Bedarfs angestrebt wird. In der aktuellen Vernehmlassung soll sich insbesondere erweisen, ob eine Mehrheit der Adressatinnen und Adressaten eine neue, allgemeine Bestimmung für sinnvoll und nötig hält.

1 Grundzüge der Vorlage

1.1 Ausgangslage

1.1.1 Parlamentarischer Auftrag

Die parlamentarische Initiative 03.465 Maissen Theo, «Service Public. Verfassungsbestimmung über die Grundversorgung» verlangt, dass die Bundesverfassung mit einem Artikel über die «Grundversorgung (Service public)» ergänzt wird. Die Kommission für Verkehr und Fernmeldewesen des Ständerats (KVF-S) beschloss, die Initiative zugunsten einer Motion der Kommission (05.3232, «Verfassungsbestimmung über die Grundversorgung») zu sistieren. Die Motion nimmt das Anliegen der parlamentarischen Initiative ausdrücklich auf. Sie beauftragt den Bundesrat, der Bundesversammlung eine Verfassungsbestimmung über die Grundversorgung vorzulegen, präzisiert aber einige Punkte. So stellt sie klar, dass eine offen ausgestaltete, allgemeine Bestimmung gewünscht ist, die insbesondere die betroffenen Sachbereiche nicht abschliessend aufzählt. Vielmehr sollen, ähnlich wie in Artikel 73 BV für die Nachhaltigkeit, allgemeine Prinzipien in der Verfassung festgehalten werden.

Der Bundesrat hatte bereits in seiner Antwort auf die Motion dargelegt, dass eine allgemeine Verfassungsbestimmung über die Grundversorgung nicht sinnvoll wäre, weil sich aufgrund der sehr unterschiedlichen Sachbereiche keine aussagekräftige Querschnittsbestimmung formulieren lässt. Nähere Ausführungen zur Begründung der ablehnenden Haltung des Bundesrates finden sich insbesondere in Ziffer 1.2.2.

Beide Räte hiessen die Motion jedoch entgegen dem Antrag des Bundesrates gut und bekräftigten dies noch einmal im Rahmen der Berichterstattung über Motionen und Postulate 2008 (09.017: AB S 2009 562, AB N 2009 909; vgl. den Bericht des Bundesrates, BBl 2009 1935, 1950).

Die Motion regt an, den Bericht des Bundesrates vom 23. Juni 2004 «Grundversorgung in der Infrastruktur (Service public)» als materielle Grundlage zu verwenden (04.076, BBl 2004 4569, im Folgenden: Service-Public-Bericht 2004). Dies ist nur beschränkt möglich, da der Bericht nur den Infrastrukturbereich behandelt, und auch das nur insoweit, als der Bund zuständig ist. Die Motion hingegen ist dahingehend zu verstehen, dass auch Sachgebiete ausserhalb des Infrastrukturbereichs erfasst sein sollen und dass auch die Kompetenzbereiche der Kantone und Gemeinden angesprochen werden sollen.

1.1.2 Begriff «Grundversorgung»

1.1.2.1 Bisheriger Sprachgebrauch

Als Erstes muss geklärt werden, was unter «Grundversorgung»/«service universel»/«servizio universale» zu verstehen ist. Eine allgemein gültige Definition dieser Begriffe gibt es nicht. Bezeichnenderweise finden sich auf Französisch mindestens vier verschiedene Begriffe, die denselben Gedanken auszusprechen scheinen: «service public» (z.B. Service-Public-Bericht 2004¹; Pa.Iv. 03.465), «prestations de

¹ 04.076, BBl 2004 4569

base» (z.B. Art. 43a Abs. 4 BV), «desserte de base» (z.B. Motion 05.3232) und «service universel» (z.B. Art. 2 PG²). Auf Italienisch finden sich «servizio universale» und «servizio pubblico». Auf Deutsch steht neben «Grundversorgung» auch «Universaldienst». Auch auf Deutsch und auf Italienisch wird teilweise der französische Begriff «service public» verwendet.

1.1.2.2 Wortwahl im vorgestellten Entwurf

Der vorgestellte Entwurf verwendet auf *Deutsch* den Begriff der «Grundversorgung», weil dieser in der Bundesverfassung (Art. 43a Abs. 4 und Art. 92 Abs. 2 BV) eingebürgert sowie in der Gesetzgebung etabliert³ ist und den zentralen Gedanken der Verfassungsbestimmung gut zum Ausdruck bringt. Auf *Französisch* wurde der Begriff «service universel» gewählt. Dieser ist offener für Bereiche, in denen nicht nur staatliche Unternehmen aktiv sind, als dies bei «service public» der Fall wäre. Er ist moderner und offener als der Begriff «desserte de base», der in erster Linie an Postautos und Fahrpläne denken lässt. «Service universel» trifft den Kern der hier verwendeten Begriffsdefinition (siehe den folgenden Abschnitt) besser als «(biens et) services de base» oder «service de base», da er nicht an den blossen Grundbedarf im Sinn des Existenzminimums erinnert. Zudem schliesst er durch das Adjektiv «universel» den Gedanken der allgemeinen Zugänglichkeit ein. Was im Sinn des Grundbedarfs grundlegend/«de base» ist, muss grundsätzlich auch allen zur Verfügung stehen, so dass «universel» auch den Gedanken von «Grund-»/«de base» abdeckt. Der Begriff «service universel» wird heute zwar vorwiegend im Post- und Fernmeldebereich verwendet, ist sprachlich jedoch nicht auf diese Verwendung beschränkt; die Erweiterung seines Verwendungsbereichs rechtfertigt sich angesichts der genannten Vorteile. Die *italienische* Formulierung «servizio universale» entspricht der französischen und hat die entsprechenden sprachlichen Vorzüge. In systematischer Hinsicht liegt ihre Wahl umso näher, als sie bereits heute breiter angewendet wird als das französische «service universel» (etwa in der pa.Iv. 03.465 und in der Mo 05.3232).

Auch Artikel 1 Absatz 1 des Entwurfs vom 20. Mai 2009 zu einem neuen Postgesetz (09.049, BBl 2009 5249) verwendet «Grundversorgung», «service universel» und «servizio universale». Mit dieser Wortgleichung steht eine prägnante, transparente, wenig disparate und leicht als Schlagwort verwendbare Wortwahl zur Verfügung. Anzumerken ist, dass der deutsche Begriff nicht genau denselben Akzent setzt wie die französische und die italienische Fassung: Der Begriff «Grundversorgung» betont das Element «Grund-», also die Basis, das Notwendige. Im französischen «universel» und im italienischen «universale» rückt hingegen ein anderer Aspekt in den Vordergrund, nämlich die Ausrichtung auf die gesamte Bevölkerung. Diese kleine Variation ist nicht schädlich, sondern im Gegenteil eine Bereicherung. Beide Varianten bringen zentrale, mit einander verknüpfte Aspekte des Konzepts der Grundversorgung zum Ausdruck.

² Postgesetz vom 30. April 1997, POG, SR 783.0.

³ Art. 1 Abs. 2 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997, SR 784.10; 1. Abschnitt des 2. Kapitels des Stromversorgungsgesetzes vom 23. März 2007, SR 734.7; Art. 32, 54 und 62 der Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung, SR 832.102.

1.1.2.3

Inhaltliche Definition des Begriffs

Wichtiger als die genaue Wortwahl ist die inhaltliche Eingrenzung des Begriffes, der einer allfälligen neuen Verfassungsbestimmung zugrunde liegen soll. Die in der bisherigen Diskussion verwendeten Definitionen können vorliegend nicht unesehen übernommen werden:

- Die parlamentarische Initiative 03.465 definiert: «Das Grundversorgungsangebot umfasst Güter und Dienstleistungen mit einem speziellen öffentlichen Interesse, sodass alle Bevölkerungsschichten und Wirtschaftsunternehmen in allen Landesteilen zu einem günstigen Preis Zugang dazu haben.». In dieser Form lässt die Definition wichtige Fragen offen: Erstens sollte die Voraussetzung «*spezielles öffentliches Interesse*» präzisiert werden. Zweitens trifft die Schlussfolgerung «Zugang haben» den Kern des Gedankens nicht genau; gemeint ist vielmehr: «Zugang haben *sollten*».
- Die Definition des Service-Public-Berichts 2004⁴ ist nur auf die Infrastruktur zugeschnitten, sodass sie hier nicht verwendet werden kann: «Service public umfasst eine politisch definierte Grundversorgung mit Infrastrukturgütern und Infrastrukturdienstleistungen, welche für alle Bevölkerungsschichten und Regionen des Landes nach gleichen Grundsätzen in guter Qualität und zu angemessenen Preisen zur Verfügung stehen sollen.». Zudem verwendet die Definition den hier zu definierenden Begriff der Grundversorgung als Definitionsmerkmal («*Service public* umfasst ... eine *Grundversorgung*»).

Vorliegend wird der Begriff, aufbauend auf die Elemente der beiden genannten Definitionen, wie folgt verwendet (vgl. Abs. 1 und 2 des Entwurfs):

Die Grundversorgung ist ein politisch näher zu definierendes Ziel, wonach der Staat sich dafür einsetzen soll, dass die Bevölkerung zu den grundlegenden Gütern und Dienstleistungen des üblichen Bedarfs Zugang hat.

Die Elemente dieser Definition bleiben zwangsläufig auf einer hohen Abstraktionsstufe und sind von vielen Wertungen abhängig. Sie stellen aber doch einiges klar:

- Die Rede ist von einem allgemeinen *Auftrag*, zu dessen Erfüllung die Gemeinwesen verpflichtet werden, und nicht von einer Kompetenzfrage. Der Auftrag an den Bund und die Kantone verlangt ein Tätigwerden, nicht aber das Erreichen eines bestimmten, klar definierten Zustands.
- Auch die *Art der zu ergreifenden Massnahmen* ist nicht vorgegeben. Ob die Marktkräfte mehr oder weniger von alleine zu einem befriedigenden Resultat führen oder ob staatliche Massnahmen nötig sind, und welche, kann nicht allgemein gesagt werden.
- *Gegenstand der Grundversorgung* können Güter (Wasser, Nahrungsmittel, Medikamente, Energie usw.) und Dienstleistungen (Fernmeldedienste, Transportleistungen, ärztliche Behandlungen usw.) der verschiedensten Art sein.
- Erfasst werden jedoch immer nur Güter und Dienstleistungen des *üblichen Bedarfs*. Dies deckt einen Teilaspekt des «speziellen öffentlichen Interesses» ab, von dem die parlamentarische Initiative 03.465 ausgeht, und schliesst

⁴ 04.076, BBl 2004 4569

Luxuriöses und Exklusives ebenso aus wie Güter und Dienstleistungen, die zwar von einer Mehrheit, aber nur sehr selten benötigt werden (etwa die Ausstellung eines Passes, für die ein flächendeckendes Angebotsnetz nicht praktikabel wäre).

Der übliche Bedarf geht über das Leistungsniveau der Unterstützung Bedürftiger im Sinn von Artikel 115 BV hinaus, und umso mehr über dasjenige der Hilfe in Notlagen nach Artikel 12 BV. Während der neue Artikel 41a die Optimierung des Wohlstandes der gesamten Bevölkerung zum Ziel hat, knüpft Artikel 115 BV an die Bedürftigkeit Einzelner an. Artikel 12 BV vermittelt einen grundrechtlichen Anspruch auf ein enges Minimum von Leistungen, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind.

- Gegenüber dem üblichen Bedarf ist eine Einschränkung auf die *grundlegenden* Güter und Dienstleistungen angebracht. Diese Einschränkung nimmt ebenfalls einen Aspekt des «speziellen öffentlichen Interesses» auf und soll klarstellen, dass nicht eine Ausziselierung bis ins letzte Detail erwartet werden kann. Der Staat muss sich nicht besonders engagieren für die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die zwar von vielen konsumiert werden, aber nicht als grundlegend wahrgenommen werden. So muss es im Rahmen der Trinkwasserversorgung reichen, dass der Staat sicherstellt, dass sauberes und frisches Leitungswasser aus der Gegend zur Verfügung steht, auch wenn der Konsum alpinen Mineralwassers aus der Flasche durchaus üblich ist.
- Der konkrete Umfang der Grundversorgung muss *nach politischen Kriterien* für jeden Sachbereich, in dem staatliche Massnahmen ergriffen werden sollen, in der Gesetzgebung näher festgelegt werden. Er kann nicht verfassungsrechtlich abstrakt definiert werden. Praktische Verbesserungen für die Bevölkerung kann der Staat nicht durch einen allgemeinen Grundsatzartikel bewirken, sondern nur durch konkrete (auch gesetzgeberische) Massnahmen in ausgewählten Sachbereichen. Zudem wäre es unpraktikabel, den konkreten Umfang bestimmter Grundversorgungsregimes in der Verfassung zu regeln, beispielsweise für den Fernmeldebereich in Artikel 92 BV. Stufenge-recht hierfür sind hier vielmehr das Fernmeldegesetz⁵ und die Verordnung über Fernmeldedienste⁶.

1.1.3 Kurze Darstellung der heutigen Rechtslage

Die heutige Rechtslage – nicht nur auf Verfassungsebene – wird im Folgenden anhand dreier Leitsätze dargestellt. Jeder Leitsatz wird mit einem illustrativen Überblick über verbreitete Varianten und mit Beispielen ergänzt.

A. Verschiedene Akteure sind in verschiedenen Gebieten auf verschiedenen Wegen daran beteiligt, dass eine Grundversorgung mit verschiedenen Gütern und Dienstleistungen sichergestellt wird.

Zu den Typen von *Akteuren* gehören insbesondere:

- Zentralverwaltungseinheiten (kantonale und kommunale Tiefbauämter und ASTRA für Strassen);

⁵ Fernmeldegesetz vom 30. April 1997, FMG, SR 784.10, Art. 16.

⁶ Verordnung vom 9. März 2007 über Fernmeldedienste, FDV, SR 784.101.1, Art. 15–23.

- Anstalten (Post, kommunale Elektrizitäts-, Wasser- und Gaswerke);
- gemischtwirtschaftliche und spezialgesetzliche Aktiengesellschaften (Swisscom, SBB, kommunale Elektrizitäts-, Wasser- und Gaswerke, künftig auch die Post⁷);
- Private (Einzelpersonen wie etwa Allgemeinmediziner; Familienbetriebe wie etwa Bauern; kleine, mittlere und grosse Unternehmen wie etwa Detailhändler; Transportunternehmen; internationale Konzerne).

Verbreitete Arten, wie die Grundversorgung sichergestellt wird, sind (teilweise auch kombiniert):

- private Initiative mit weitgehend auf polizeiliche Aspekte beschränktem gesetzlichem Rahmen (Detailhandel, Finanzdienstleistungen);
- Konzessionssysteme (Grundversorgungskonzession im Fernmeldebereich, teilweise öffentlicher Verkehr, Wasserkraft);
- Angebotssteuerung durch Bestellungssystem (teilweise öffentlicher Verkehr);
- Subventionen (öffentlicher Verkehr);
- klassische Leistungsverwaltung ohne Konkurrenz durch Private, aber unter deren Zuhilfenahme (Strassen);
- Leistungsverwaltung in Konkurrenz mit Privaten (Post einschliesslich Zahlungsverkehr).

Die *Güter und Dienstleistungen*, die von der Idee der Grundversorgung erfasst werden, können nicht abschliessend aufgezählt werden. Die Motion 05.3232 schliesst eine abschliessende Aufzählung denn auch aus. Heute setzen sich die Gemeinwesen in der Schweiz für die Grundversorgung namentlich mit folgenden Gütern und Dienstleistungen ein:

- Trinkwasser;
- Elektrizität;
- medizinische Behandlung;
- Medikamente;
- öffentliche Sicherheit und Ordnung, etwa durch gut gestalteten öffentlichen Raum und Polizeipräsenz;
- Angebote für den Personen- und Güterverkehr von nationaler oder regionaler Bedeutung sowie für den Ortsverkehr;
- Telefon;
- Internetanschluss;
- Versand und Zustellung von Briefen und Paketen;
- Zahlungsverkehr (Postüberweisungen).

⁷ Gemäss Art. 2 des in parlamentarischer Beratung befindlichen Entwurfs vom 20. Mai 2009 zu einer Totalrevision des Postorganisationsgesetzes vom 30. April 1997 (POG, SR 783.1), 09.050, BBl 2009 5265.

B. Verschiedene Bestimmungen der Bundesverfassung sowie verschiedene Gesetze mit Ausführungsbestimmungen regeln die Grundversorgung in unterschiedlicher Dichte. Die Kantone haben auch ihre entsprechenden Regelungen.

Typische Konstellationen sind:

- reine Bundeskompetenz, ausgeführt in einer vorwiegend polizeilich orientierten Gesetzgebung (z.B. Art. 98 BV, ausgeführt in der Banken- und Versicherungsaufsichtsgesetzgebung);
- reine Bundeskompetenz ohne spezifischen Handlungsauftrag an den Bund, ausgeführt in einer Gesetzgebung, die einen Grundversorgungsauftrag enthält und teilweise vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 Abs. 1 und 4 BV) abweicht (z.B. Art. 87 BV, ausgeführt unter anderem in der Eisenbahngesetzgebung);
- Bundeskompetenz mit Handlungsauftrag an den Bund, für die Grundversorgung mit bestimmten Gütern und Dienstleistungen zu sorgen (z.B. Art. 92 BV, ausgeführt in der Post- und Fernmeldegesetzgebung des Bundes);
- Handlungsauftrag an die Kantone in einem Gebiet, wo diese zuständig sind (z.B. Art. 62 BV, ausgeführt in der kantonalen Schulgesetzgebung und in interkantonalem Recht; Art. 57 BV, der in Bezug auf die öffentliche Sicherheit und Ordnung eine originäre Kern-Zuständigkeit der Kantone betrifft);
- verfassungsrechtlich nicht gesondert erfasster Sachbereich, in dem die Grundversorgung im Wesentlichen vom privaten Sektor sichergestellt wird; die Gesetzgebung beschränkt sich auf vorwiegend polizeilich orientierte Vorschriften aller Staatsebenen (z.B. Detailhandel).

C. Der Bund hat aufgrund der geltenden Bundesverfassung in mehreren Bereichen Kompetenzen, die dem Bundesgesetzgeber einen breiten Handlungsspielraum für Anpassungen der heute geltenden Grundversorgungsregimes geben. Für viele wichtige Gebiete sind jedoch die Kantone und Gemeinden zuständig.

So kann der Bundesgesetzgeber gestützt auf Artikel 92 BV ohne Weiteres den Umfang der Grundversorgung mit Post- und Fernmeldediensten an die aktuellen Verhältnisse anpassen. Ebenso können die kantonalen oder kommunalen Gesetzgeber die Modalitäten der Abfallentsorgung an veränderte Gegebenheiten anpassen oder den Betrieb bestehender staatlicher Gasleitungsnetze einstellen oder aufnehmen lassen. Die auf Artikel 91 BV gestützten bundesrechtlichen Rahmenbedingungen für den Betrieb solcher Rohrleitungsnetze finden sich im Rohrleitungsgesetz und in der Rohrleitungsverordnung⁸ und können vom Bundesgesetzgeber und vom Bundesrat geändert werden. Allgemein lässt sich festhalten, dass Änderungen der Bundesverfassung praktisch für alle heute zu diskutierenden Massnahmen nicht nötig sind, weil bereits Verfassungsgrundlagen bestehen.

Es gibt allerdings sehr wohl Bereiche, in denen für Markteingriffe oder ein staatliches Angebot von Gütern oder Dienstleistungen keine Verfassungsgrundlagen bestehen. Es ist namentlich an diejenigen Bereiche zu denken, in denen die Grundversorgung auf privatautonomer Basis sichergestellt wird und der Staat sich auf eine polizeiliche Regelung zum Schutz vor Missbräuchen beschränkt (wie etwa im Bereich der Finanzdienstleistungen, soweit diese überhaupt vom Begriff der Grundver-

⁸ Rohrleitungsgesetz vom 4. Oktober 1963, RLG, SR 746.1; Rohrleitungsverordnung vom 2. Februar 2000, RLV, SR 746.11.

sorgung erfasst werden). Neue Verfassungsgrundlagen für Markteingriffe in solchen Bereichen können und sollen mit einer allgemeinen Verfassungsbestimmung über die Grundversorgung nicht geschaffen werden.

1.2 Inhalt und Beurteilung des vorgestellten Entwurfs

1.2.1 Übersicht

Gemäss den zugrunde liegenden parlamentarischen Vorstössen soll eine neue Verfassungsbestimmung – ähnlich wie Artikel 73 BV das Prinzip der Nachhaltigkeit festhält – die *Prinzipien der Grundversorgung zusätzlich in der Verfassung verankern*.

Der vorgestellte Entwurf würde die neue Bestimmung im Anschluss an Artikel 41 BV einfügen, der die Sozialziele der Bundesverfassung festhält. Dadurch soll zum Ausdruck gebracht werden, dass keine neuen Rechte und Pflichten Privater geschaffen werden und dass die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen nicht berührt werden soll. Vielmehr würde die neue Bestimmung den Gemeinwesen aller Staatsebenen den Handlungsauftrag erteilen, sich für das Ziel einer möglichst guten Grundversorgung einzusetzen. Wie die Sozialzielbestimmung wäre auch der Grundversorgungsartikel keine Verfassungsgrundlage, aus der unmittelbare Ansprüche auf staatliche Leistungen abgeleitet werden könnten.

Die Aufzählung der Sachbereiche (Abs. 2) ist gemäss den Vorgaben der Motion 05.3232 nicht abschliessend. Sie nennt die Bereiche Bildung, Wasser- und Energieversorgung, Abfall- und Abwasserentsorgung, öffentlicher und privater Verkehr, Post- und Fernmeldewesen sowie Gesundheit.

Der vorgestellte Entwurf zeigt sodann auf, anhand welcher Kriterien eine Optimierung der Grundversorgung anzustreben ist: Die Güter und Dienstleistungen sollen in allen Landesgegenden und für die gesamte Bevölkerung zugänglich sein, in hoher Qualität und zu Preisen angeboten werden, die nach einheitlichen Grundsätzen festgelegt werden und für alle erschwinglich sind, und sie sollen dauerhaft verfügbar sein (Abs. 3). Schliesslich soll die Finanzierung grundsätzlich durch die von den Nutzern bezahlten Preise sichergestellt werden (Abs. 4).

Für Einzelheiten siehe Ziffer 2.

1.2.2 Begründung und Bewertung des vorgestellten Entwurfs

Die zugrunde liegenden parlamentarischen Vorstösse haben zum Ziel, einen Grundkonsens über die Grundversorgung in der Verfassung festzuhalten (vgl. insb. die Begründung der pa.Iv. Maissen 03.465, zweiter Absatz). Der Bundesrat erachtet eine solche symbolhafte, programmatische Bestimmung nicht für sinnvoll, jedoch sind die Vorgaben der Motion 05.3232 für ihn verbindlich. Daher wird das aktuelle Vernehmlassungsverfahren durchgeführt.

Es steht fest, dass aufgrund der verbindlichen Vorgaben der Motion 05.3232 kein Spielraum besteht, Regeln mit justiziabler Kraft vorzuschlagen. Zu unterschiedlich sind die Sachbereiche, in denen der Grundversorgungsgedanke aktuell ist, und zu mannigfaltig sind die Massnahmen, die die Gemeinwesen zur Optimierung der Versorgung ergreifen. Die allgemeine Bestimmung hätte daher keine unmittelbaren, konkreten Auswirkungen; sie hätte in erster Linie eine Bedeutung als politisches

Symbol. Nur die sektorielle Gesetzgebung kann festlegen, in welchen Sachgebieten welche konkreten Massnahmen ergriffen werden sollen.

Es sprechen somit gewichtige Gründe gegen den Erlass dieser neuen allgemeinen Verfassungsbestimmung. So wird zum einen in der Literatur die Befürchtung geäussert, zu viele Verfassungsprinzipien mit unscharfen Konturen könnten der normativen Kraft der Verfassung insgesamt Schaden zufügen⁹. Sodann spricht gegen die neue Verfassungsbestimmung, dass die bestehende allgemeine Vorschrift zu demselben Thema in Artikel 43a Absatz 4 vor kurzer Zeit – im Jahr 2008 – in Kraft gesetzt wurde. Es ist schwer einzusehen, warum sie schon wieder geändert oder ergänzt werden soll, obwohl sich die Verhältnisse seither nicht wesentlich verändert haben.

Zudem könnte die einseitige Fokussierung auf die Grundversorgung zu einer Überbetonung wirtschaftlicher und konsum-orientierter Aspekte gegenüber den allgemeineren Sozialzielen in Artikel 41 BV führen.

1.2.3 Abstimmung von Aufgaben und Finanzen

Das Verhältnis zwischen der Bedeutung konkreter Grundversorgungsaufgaben und ihren Kosten muss in jedem Sachgebiet einzeln geprüft werden. Die daraus resultierenden Detailregelungen haben ihren Platz in der sektoriellen Gesetzgebung; eine allgemeine Verfassungsbestimmung kann die nötige Abstimmung nicht gewährleisten.

1.2.4 Umsetzung

Der Bundesrat wird unabhängig von einer allgemeinen Verfassungsbestimmung konkrete Vorschläge zu Gesetzesänderungen in einzelnen Bereichen machen, wann immer ein Handlungsbedarf besteht. Er würde, wenn es nötig sein sollte, auch Anpassungen am verfassungsrechtlichen Kompetenzgefüge zwischen Bund und Kantonen vorschlagen; heute besteht dazu jedoch keine Veranlassung.

1.3 Alternativen zum vorgestellten Entwurf

- Der *Verzicht* auf eine neue, allgemeine Verfassungsbestimmung über die Grundversorgung ist aus der Sicht des Bundesrates dem vorgestellten Entwurf vorzuziehen. Greifbare negative praktische oder juristische Konsequenzen hätte der Verzicht nicht.
- Eine *konkretere Regelung, die bestimmte Regulierungsinstrumente vorschreiben würde*, ist in einer Querschnittsbestimmung nicht machbar, da die Sachgebiete und die Handlungsformen zu unterschiedlich sind. Eine abschliessende Aufzählung der erfassten Sachbereiche ist laut der Motion ausdrücklich nicht gewünscht; die Bestimmung soll allgemein sein. Möglich, aber nicht sachdienlich wäre eine beispielhafte Aufzählung möglicher Regulierungsinstrumente ohne Zuordnung zu den einzelnen Sachgebieten.
- Ein *knappes Bekenntnis der Verfassung zur Grundversorgung* könnte – als einziger Absatz von Artikel 41a BV – lauten:
«Bund und Kantone setzen sich für die Grundversorgung ein.»

⁹ Giovanni Biaggini, Entwicklungen und Spannungen im Verfassungsrecht, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verfassungsrecht Nr. 1 2010, S. 1, 38–40.

Mit dieser Lösung kann der Bundesrat zwar die Motion 05.3232 nicht erfüllen, da diese betont, «die Prinzipien der Grundversorgung» müssten auf Verfassungsstufe verankert werden. Die schlanke Bekenntnisformel hätte jedoch den grossen Vorteil, dass sie das offenbar gewünschte politische Symbol setzen würde, ohne dass man versuchen müsste, vielgestaltige und kaum vergleichbare Sachbereiche auf einen gemeinsamen Nenner zu bringen. Artikel 43a Absatz 4 BV wäre nicht anzupassen, anders als bei der ausführlicheren Lösung.

- Die Einführung *sektorieller Verpflichtungen des Bundes oder der Kantone*, die Grundversorgung in bestimmten Gebieten sicherzustellen (wie heute in Art. 92 Abs. 2 BV), wäre zwar inhaltlich durchaus diskussionswürdig. Mit entsprechenden Entwürfen könnte der Bundesrat aber die Motion 05.3232 nicht erfüllen, da diese eine *allgemeine* Vorschrift verlangt.
- Eine *auf die «Infrastruktur» beschränkte Bestimmung* über die Grundversorgung (vgl. den Service-Public-Bericht 2004¹⁰) schliesst die Motion 05.3232 aus, indem sie ausdrücklich eine offene Bestimmung ohne abschliessende Aufzählung der erfassten Sachbereiche fordert. Welche Sachbereiche im Einzelnen zur «Infrastruktur» gehören, lässt sich dem Begriff nicht entnehmen. Klar ist bloss, dass die im Service-Public-Bericht 2004 behandelten Bereiche gemeinhin dazu gezählt werden – es entspricht jedoch beispielsweise auch dem Sprachgebrauch, das Bildungswesen als Bestandteil der Infrastruktur des Landes zu bezeichnen. Die Einschränkung würde sich daher weitgehend als Scheineinschränkung entpuppen.
- Eine *Verschiebung von Kompetenzen zwischen dem Bund und den Kantonen* könnte durch Änderungen im 2. Kapitel des 3. Titels der Bundesverfassung vorgenommen werden, namentlich um den Bund in neuen Sachgebieten zum Handeln zu ermächtigen oder zu verpflichten. Dies wäre jedoch politisch nicht angebracht, liefe der durch die NFA¹¹ betonten Rücksichtnahme auf die kantonale Autonomie und der Vermeidung von Lastenverschiebungen zwischen den Gemeinwesen zuwider und wird in der Motion 05.3232 nicht gewünscht.
- *Konkrete Änderungen der entsprechenden Bundesgesetze* wird der Bundesrat dem Parlament bei ausgewiesenem Handlungsbedarf unterbreiten. Er beobachtet ständig alle relevanten Sachgebiete und wird alle nötigen Massnahmen ergreifen und insbesondere das Ordnungsrecht an gewandelte Realitäten anpassen. Die Motion 05.3232 würde er dadurch jedoch nicht erfüllen.

1.4 Erledigung parlamentarischer Vorstösse

Das aktuelle Vernehmlassungsverfahren ist ein Schritt zur Umsetzung der Motion KVF-S 05.3232. Die sistierte parlamentarische Initiative Maissen 03.465 wird obsolet, da die Motion ihr Anliegen aufgenommen hat und umgesetzt wird.

¹⁰ 04.076, BBl 2004 4569

¹¹ NFA: Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen; siehe die revidierten Art. 5a, 43a Abs. 1, 46 Abs. 3, 47 BV; AS 2007 5765.

2 Erläuterungen zu den einzelnen Bestimmungen

2.1 Art. 41a BV

Absatz 1 enthält als zentrales Element des Entwurfs einen allgemeinen Auftrag an die Gemeinwesen aller Ebenen, sich im Rahmen ihrer Zuständigkeiten für die Grundversorgung einzusetzen. Ausdrücklich angesprochen werden zwar nur der Bund und die Kantone, die Gemeinden sind jedoch, wie in der Verfassung üblich, bei den Kantonen mitgemeint. Die Bestimmung vermittelt keine justiziablen Ansprüche und verpflichtet die Gemeinwesen nicht auf ein Ergebnis, sondern auf ein Tätigwerden. Sie weist auch keine Kompetenzen zu. Eine diesbezügliche Einschränkung («im Rahmen ihrer Zuständigkeiten» o.ä.), wie sie im Kompetenz-Kapitel der BV an mehreren Stellen enthalten ist (Art. 54 ff., siehe etwa Art. 57 Abs. 1, 61a Abs. 1, 72 Abs. 2 und 89 Abs. 1 BV), ist zwar mitzudenken, muss aber nicht ausdrücklich genannt werden, da sie sich aus den allgemeinen Vorschriften über die bundesstaatliche Kompetenzverteilung ergibt und nur im Kompetenz-Kapitel Anlass besteht, allfälligen Missverständnissen vorzubeugen. Auch die Wendung «in Ergänzung zu persönlicher Verantwortung und privater Initiative» wird gegenüber Artikel 41 BV weggelassen, da sie nur den durch die NFA betonten Grundsatz der Subsidiarität wiederholen würde (Art. 5a BV).

Aus den unterschiedlichen Entstehungszeitpunkten der Artikel 41, 5a und 41a ergibt sich eindeutig, dass aus dem Fehlen der Subsidiaritätsklauseln in Artikel 41a gegenüber Artikel 41 und gegenüber diversen Bestimmungen des Kompetenzteils kein Umkehrschluss gezogen werden darf: Im Rahmen der Totalrevision 1999 war der Grundsatz der Subsidiarität noch nicht explizit in der Verfassung verankert. Heute, wo dies in Artikel 5a der Fall ist, würden die Klauseln eine unnötige Wiederholung bedeuten. Auch ohne sie ist klar, dass keine Kompetenzen verschoben werden, dass die private Initiative der Ausgangspunkt ist und dass eine staatliche Intervention besonders gerechtfertigt werden muss. Dieser subsidiäre Charakter der Bestimmung bedeutet auch, dass keine neuen Grundlagen für Abweichungen von der Wirtschaftsfreiheit geschaffen werden, beispielsweise für staatliche Garantien zugunsten von Unternehmen mit Grundversorgungsauftrag.

Absatz 2 nennt die wichtigsten Definitionsmerkmale des Begriffs der Grundversorgung, den Absatz 1 voraussetzt. Dabei folgt er den Ausführungen oben unter Ziffer 1.1.2. Zudem zählt er einige wichtige, typische Sachgebiete auf, in denen sich die Gemeinwesen für die Grundversorgung engagieren sollen. Die Aufzählung ist gemäss der Vorgabe der Motion nicht abschliessend. Obwohl der Begriff der Grundversorgung nach seiner hier verwendeten Definition nicht nur in Bereichen relevant ist, in denen die Gemeinwesen aktiv zur Grundversorgung beitragen, werden vorwiegend solche Bereiche als Beispiele genannt. Der Wortlaut («die grundlegenden Güter und Dienstleistungen des üblichen Bedarfs *namentlich in den Bereichen ...*») stellt klar, dass nicht alle Güter und Dienstleistungen aus den aufgeführten Bereichen als grundlegend und vom üblichen Bedarf erfasst gelten. Vielmehr erfasst der Begriff der Grundversorgung jeweils nur einen Teilbereich. Auch in diesem Teilbereich, der begrifflich als Grundversorgung erfasst wird, muss immer aufs Neue rechtspolitisch darum gerungen werden, ob staatliche Eingriffe angezeigt sind und welche Massnahmen ergriffen werden sollen.

In den verschiedenen Bereichen werden Anliegen der Grundversorgung, wie unter Ziffer 1.1.3 dargestellt, auf den verschiedensten Wegen mit unterschiedlichster

Beteiligung der Privatwirtschaft und der öffentlichen Hand sichergestellt. Als Beispiel für das eine Ende des Spektrums kann die Wasserversorgung aufgeführt werden, die in der Regel in klassischer Leistungsverwaltung direkt durch den Staat sichergestellt wird. Als typischer Fall am anderen Ende des Spektrums können die Finanzdienstleistungen genannt werden. Diese werden (abgesehen vom Zahlungsverkehr, den auch die Post sicherstellt) aufgrund privater Initiative erbracht und vom Staat nur auf Missbräuche hin überwacht. Daran ändert der vorgestellte Entwurf nichts.

Es versteht sich von selbst, dass viele Bereiche, die man durchaus als Gegenstand der Grundversorgung begreifen kann, aus verschiedenen Gründen in der Bestimmung nicht genannt werden. So bleiben etwa die soeben genannten grundversorgungsrelevanten Teilbereiche des Finanzsektors ungenannt. Vom Sport, mit dem sich Artikel 68 BV befasst, ist ebenfalls nicht die Rede. Kultur sowie Radio und Fernsehen (Art. 69 und 93 BV) bleiben unerwähnt. Dies bedeutet nicht, dass der Grundversorgungsgedanke in diesen Bereichen keine Bedeutung haben kann. Er kommt dort bloss weniger idealtypisch zum Ausdruck als in den aufgeführten Sektoren.

Absatz 3 hält einzelne Kriterien fest, an denen Bestrebungen zur Optimierung der Grundversorgung gemessen werden sollen. Es handelt sich um Teilziele, die in der Gesellschaft von einem allgemeinen Konsens getragen werden. Aufgrund des äusserst breiten, offenen Anwendungsbereichs müssen dieselben Kriterien auf verschiedenste Sachverhalte angewendet werden. Sie sind daher als allgemeine Prinzipien zu lesen und können nicht verabsolutiert werden, sondern müssen stets auch pragmatischen Einschränkungen zugänglich sein. So würde etwa ein grenzenloser Ausbau des Angebots (Bst. a–c) dazu führen, dass die Güter und Dienstleistungen nicht mehr erschwinglich wären (Bst. e). Die Gesetzgeber aller Gemeinwesen müssen in ihrem jeweiligen Zuständigkeitsbereich immer wieder aufs Neue um Kompromisse ringen, um die allgemeinen Kriterien in konkreten, finanzierbaren Lösungen umzusetzen.

Im Einzelnen werden folgende Kriterien aufgezählt:

- a. *Zugänglichkeit in allen Landesgegenden:* Die Grundversorgung hat einen geografischen Aspekt, wonach wirtschaftlich schwächeren Landesgegenden Rechnung zu tragen ist und von besser gestellten Gegenden eine gewisse Solidarität erwartet wird. So ist beispielsweise die Erschliessung mit Postdienstleistungen in dünn besiedelten Randgebieten pro Person teurer als in den Agglomerationen, und dennoch stellt die Postgesetzgebung sicher, dass alle Landesgegenden bedient werden.
- b. *Zugänglichkeit für die gesamte Bevölkerung:* Dieser Grundsatz erfasst parallel zur geografischen eine soziale Dimension der Grundversorgung. Jede Person soll unabhängig von ihrer Lebenssituation, ihrem Alter, ihrer Gesundheit, ihrem Bildungsstand usw. einen möglichst guten Zugang zu den Gütern und Dienstleistungen der Grundversorgung haben.
- c. *Qualität:* Qualität kann je nach Gut oder Dienstleistung die verschiedensten Aspekte haben: Zuverlässigkeit und Geschwindigkeit der Postzustellung; Nährwert, Frische und Geschmack von Grundnahrungsmitteln; Übertragungsrate, Reaktionsgeschwindigkeit und Stabilität des Internetanschlusses; Dichte des Liniennetzes, Frequenz der Kurse und Verfügbarkeit von Sitzplätzen im öffentlichen Verkehr; Wartungszustand der Strassen usw.

- d. *Preise, die nach einheitlichen Grundsätzen gebildet werden:* Dies bedeutet nicht unbedingt einheitliche Preise, sondern nur, dass den Preisen einheitliche Grundsätze zugrunde liegen sollen. Dies kann etwa bedeuten, dass eine Preisgestaltung anzustreben ist, die nicht einzelne Landesgegenden oder Bevölkerungsgruppen ungerechtfertigt gegenüber anderen benachteiligt (vgl. Art. 92 Abs. 2 BV).

Zu beachten ist, dass die Grundsätze der Preisbildung vor allem innerhalb des jeweiligen Sektors möglichst einheitlich sein sollen. Allgemein gültige Regeln lassen sich kaum bilden. Dass die Preise aufgrund einheitlicher Grundsätze gebildet werden sollten, deckt zudem auch Differenzierungen nach einheitlichen Grundsätzen. So kann beispielsweise eine gewisse Differenzierung nach geografischen Kriterien verfassungsrechtlich nicht ausgeschlossen werden.

Im Quervergleich mit Artikel 92 BV, aus dem die Formulierung entlehnt ist, gilt es zu beachten, dass Artikel 92 weitergehende Differenzierungen erlauben würde, als sie heute im Post- und Fernmeldebereich auf Gesetzesstufe vorgesehen sind.

Auch Buchstabe d kann nicht als Grundlage für Eingriffe in die Marktmechanismen dienen; dafür sind konkretere Bestimmungen auf Verfassungs- und Gesetzesstufe notwendig. Insbesondere in den Bereichen, in denen nur rechtliche Grundlagen für eine polizeiliche Regelung bestehen, sind die Handlungsmöglichkeiten der Gemeinwesen im Hinblick auf die Preise daher sehr beschränkt.

- e. *Erschwinglichkeit für alle:* Während Buchstabe d für die Preise ein relatives Kriterium festhält, verlangt Buchstabe e, dass die Nutzung von grundversorgungsrelevanten Gütern und Dienstleistungen nicht durch finanzielle Hindernisse verunmöglicht wird. Dieses Ziel kann mit den verschiedensten Massnahmen, die dazu dienen, finanzielle Hindernisse abzubauen, erreicht werden. So können diverse Massnahmen dazu dienen, die Preise zu senken. In bestimmten Sektoren leistet der Staat aber auch Subventionen an jene Personen, die die Marktpreise nicht aus eigenen Mitteln bezahlen können. Um klarzustellen, dass hier unterschiedlichste Massnahmen vorkommen können, knüpft die Erschwinglichkeit im Unterschied zu Buchstabe d nicht an die Preise, sondern direkt an die Güter und Dienstleistungen an.

Selbstverständlich müssen auch alle diesbezüglichen Massnahmen die nötigen Grundlagen auf Verfassungs- und Gesetzesstufe haben.

- f. Die *dauerhafte Verfügbarkeit* ist gegeben, wenn Angebote der Grundversorgung nicht nur sporadisch, saisonal unausgeglichen oder gemessen an den Bedürfnissen der Nutzer zur falschen Tageszeit angeboten werden. Der Service-Public-Bericht 2004¹² postulierte unter dem Titel «Kontinuität», dass die Dienstleistungen «ohne Unterbrechung» erbracht werden sollten. Der vorliegend verwendete, weitere Begriff der «dauerhaften Verfügbarkeit» fasst je nach den Charakteristika des konkret in Frage stehenden Sachbereichs verschiedene zeitliche Kriterien zur Bewertung von Grundversorgungsangeboten zusammen. So sollten die Angebote möglichst ganzjährig und nicht etwa nur während der Tourismus-Saison bestehen; das Angebot

¹² 04.076, BBl 2004 4569

sollte auch über die Jahre relativ stabil sein und zu Tageszeiten zur Verfügung stehen, die den Bedürfnissen der Nutzerinnen und Nutzer entsprechen.

In Absatz 3 Buchstaben d und e wird die finanzielle Dimension der Grundversorgung aus dem Blickwinkel der Nutzerinnen und Nutzer behandelt, indem Aussagen über die Preise gemacht werden. Auf eine Bestimmung zur anderen Seite der finanziellen Dimension, nämlich zur Finanzierung, wird hingegen verzichtet. Zu unterschiedlich sind die Lösungen, die die Gesetzgeber aller Stufen gefunden haben, um in den verschiedensten Bereichen die Finanzierung der (ebenfalls unterschiedlichsten) Massnahmen zur Optimierung der Grundversorgung sicherzustellen. So gibt es Bereiche, die vollständig über die von den Nutzern bezahlten Preise finanziert werden, wie etwa die Stromversorgung. In anderen Bereichen wird die Grundversorgung flächendeckend mit Steuergeldern finanziert, wie etwa der Grundschulunterricht. Aber auch dort, wo ein Bereich insgesamt über die von den Nutzern bezahlten Preise finanziert wird, können Querfinanzierungen dazu dienen, etwa die Grundversorgung auch in Randregionen sicherzustellen. Es ist stets ein politischer Entscheid, ob Mittel zu verwenden sind, die nicht aus den von den Kunden bezahlten Entgelten stammen, oder ob andere Mechanismen einzusetzen sind. Dies bedeutet auch, dass die heute funktionierenden, äusserst unterschiedlichen Finanzierungsmechanismen der neuen Vorschrift nicht widersprechen würden.

2.2 Weitere Änderungen

Artikel 43a Absatz 4 BV (erst vor wenigen Jahren eingeführt, AS 2007 5765) muss durch einen Verweis auf den neuen Artikel zur Grundversorgung ersetzt werden, da sich sonst eine teilweise Wiederholung ergäbe, die unnötig und verwirlich wäre. Die ersatzlose Streichung von Artikel 43a Absatz 4 BV ist nicht zu empfehlen, weil dadurch der Eindruck entstünde, in der Aufzählung der Grundsätze für die Zuweisung und Erfüllung staatlicher Aufgaben werde etwas entfernt, was vorher noch galt. Dies ist jedoch nicht der Fall, da ja nur anerkannte Grundsätze ausführlicher und vollständiger dargestellt werden sollen.

Sektorielle Bestimmungen mit einem Bezug zur Grundversorgung brauchen grundsätzlich nicht angepasst oder aufgehoben zu werden, da sich aus der systematischen Stellung der vorgestellten Bestimmung deren allgemeine Querschnittsbedeutung ergibt. Der Entwurf der neuen Bestimmung hält einen Grundkonsens über den Grundversorgungsgedanken fest. Sektorielle Bestimmungen können darüber hinausgehen oder davon abweichen. Im Folgenden wird das Verhältnis zu einzelnen sektoriellen Bestimmungen beispielhaft dargestellt.

Artikel 57 BV verpflichtet den Bund und die Kantone, im Rahmen ihrer Zuständigkeiten für die Sicherheit des Landes und den Schutz der Bevölkerung zu sorgen. In Bezug auf die öffentliche Sicherheit und Ordnung betrifft dies eine originäre Kern-Zuständigkeit der Kantone; im Bereich der technischen Sicherheit sind zahlreiche Bundeskompetenzen erfasst. Die Verpflichtung geht deutlich weiter als bei der vorgestellten neuen Bestimmung, da sie nicht nur ein Aktivwerden erfasst («setzt sich ein für ...»), sondern die Gemeinwesen verpflichtet, für die Erreichung des Ziels (Sicherheit des Landes und Schutz der Bevölkerung) zu «sorgen». An dieser Rechtslage soll nichts geändert werden.

In den *Artikeln 61a–66 BV* finden sich diverse Bestimmungen, die den Bund und die Kantone anweisen, in verschiedenen Teilbereichen der Bildung und der Weiterbildung in unterschiedlicher Weise aktiv zu werden. Dies kann als Aspekt der Grundversorgung betrachtet werden. Die genannten Regeln sind jedoch viel spezifischer

als die vorgestellte allgemeine Bestimmung und gehen in verschiedener Hinsicht über diese hinaus. Sie können daher unverändert belassen werden.

Artikel 89 BV und insbesondere dessen Absatz 1 zielen zwar in Bezug auf die Energieversorgung teilweise in dieselbe Richtung wie der vorgestellte Entwurf. Diese Bestimmungen erschöpfen sich jedoch nicht in diesem Aspekt, sondern setzen auch diverse andere Akzente wie etwa die breite Fächerung, die Sicherheit und die Umweltverträglichkeit. Artikel 89 kann daher unverändert beibehalten werden.

Auch *Artikel 92 Absatz 2 BV*, der dem Bund die Aufgabe gibt, für die Grundversorgung im Post- und Fernmeldebereich zu sorgen, ist nicht aufzuheben oder zu ändern, da er in zweierlei Hinsicht über den vorgestellten Entwurf hinausgeht: Erstens spricht er nicht allgemein die Gemeinwesen aller Stufen an, sondern nimmt konkret den Bund in die Pflicht. Zudem wird der Bund nicht wie im vorgestellten Entwurf nur auf ein Tätigwerden verpflichtet, sondern auf ein Ergebnis («sorgt für ...»).

Artikel 102 BV betreffend die wirtschaftliche Landesversorgung muss ebenfalls nicht angepasst werden. Die in der vorgestellten Verfassungsbestimmung enthaltenen Grundsätze der Grundversorgung beziehen sich auf Zeiten normaler Versorgung, während Artikel 102 BV die Überwindung schwerer Mangel- oder Notlagen zum Ziel hat. Artikel 102 BV verpflichtet den Bund, die Verfügbarkeit lebenswichtiger Güter und Dienstleistungen sicherzustellen. Im Falle eines Versorgungsengpasses hat der Bund mit gezielten Massnahmen vorübergehend in das Marktgeschehen einzugreifen, um entstandene Angebotslücken zu schliessen. Zu diesem Zweck kann er notfalls auch vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweichen (Art. 102 Abs. 2 und Art. 94 Abs. 1 und 4 BV). Die allgemeine Bestimmung über die Grundversorgung hingegen würde alle Gemeinwesen ansprechen und sie nicht auf ein Ergebnis, sondern auf ein Tätigwerden verpflichten. Zudem würde sie keine Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit erlauben.

3 Auswirkungen

Die nach den Vorgaben der Motion erarbeitete allgemeine Bestimmung zur Grundversorgung hätte, wenn sie dereinst in die Verfassung aufgenommen würde, keine unmittelbaren wirtschaftlichen oder sozialen Auswirkungen. Ihre Bedeutung wäre vielmehr eine primär symbolische und politische. Eine unmittelbare gesetzgeberische Handlungsverpflichtung ergäbe sich nicht daraus. Zu befürchten wäre allerdings, dass zu viele programmatische, konturenlose Bestimmungen die Steuerungskraft der Bundesverfassung insgesamt schwächen und damit dem Grundgesetz unseres Staates Schaden zufügen könnten.

4 Verhältnis zur Legislaturplanung

Die Vorlage ist weder in der Botschaft vom 23. Januar 2008¹³ über die Legislaturplanung 2007–2011 noch im Bundesbeschluss vom 18. September 2008¹⁴ über die Legislaturplanung 2007–2011 konkret angekündigt, doch ist sowohl im bundesrätlichen Entwurf des Bundesbeschlusses wie im Bundesbeschluss selber unter dem Ziel 4 «Leistungsfähigkeit und Nutzung der Infrastruktur optimieren» die «Sicher-

¹³ BBl 2008 753

¹⁴ BBl 2008 8543, 8545

stellung der Grundversorgung» vorgesehen (Ziff. 32 bzw. 34), dies allerdings eingeschränkt auf die Infrastruktur.

5 Rechtliche Aspekte

5.1 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz

Bei der Gesetzgebung über konkrete Grundversorgungsinstrumente sind die internationalen Verpflichtungen der Schweiz zu beachten. Zu nennen sind etwa das internationale Wettbewerbs- und Handelsrecht (Abbau von Handelsbarrieren, Beihilfenverbote usw.) und die Diskriminierungsverbote zugunsten von Ausländern, wie sie namentlich in den bilateralen Verträgen mit der EU enthalten sind. Der Internationale Pakt vom 16. Dezember 1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UNO-Pakt I, SR 0.103.1) enthält zudem eine Reihe von Bestimmungen, die inhaltlich in eine ähnliche Richtung gehen wie der vorgestellte Entwurf. Konflikte zwischen dem vorgestellten Entwurf und dem UNO-Pakt I bestehen nicht.

5.2 Erlassform

Die Motion gibt als Erlassform eine Revision der Bundesverfassung vor. Programatische Grundsätze können in die Bundesverfassung aufgenommen werden, eine rechtliche Notwendigkeit dafür besteht jedoch nicht.

5.3 Unterstellung unter die Ausgabenbremse und Einhaltung der Grundsätze des Subventionsgesetzes

Die vorgestellte Verfassungsbestimmung über die Grundversorgung ist rein programmatischer Art und hat keine direkten finanziellen Auswirkungen. Es liegt daher kein von der Schuldenbremse oder dem Subventionsgesetz erfasster Sachverhalt vor.

5.4 Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen

Der Entwurf sieht keine Veränderung an der heutigen Zuständigkeitsordnung vor. Insbesondere werden keine neuen Gesetzgebungskompetenzen des Bundes und keine neuen Verordnungskompetenzen des Bundesrats geschaffen.

Disposition constitutionnelle sur le service universel

Rapport explicatif pour la consultation

du ...

Condensé

L'avant-projet de nouvel article constitutionnel prévoit une obligation, pour les collectivités publiques, de s'engager en faveur du service universel. Il cite quelques domaines importants concernés par le service universel et consacre les grands principes, largement reconnus, qui régissent celui-ci. Cet article est formulé de manière générale, sous forme de critères et de mandats à l'adresse de la Confédération et des cantons. Il n'aurait guère d'effets juridiques directs mais revêtirait essentiellement une portée de symbole politique.

La motion 05.3232 de la Commission des transports et des télécommunications du Conseil des Etats charge le Conseil fédéral de présenter au Parlement un article constitutionnel général sur la desserte de base. Le Conseil fédéral, qui s'est prononcé contre l'acceptation de la motion, demeure sceptique quant à l'instauration d'une norme constitutionnelle générale sur le service universel. La motion demande une norme rédigée de manière ouverte, en termes généraux, n'énumérant pas les domaines couverts. Ce thème complexe, qui touche de nombreux secteurs d'activité, ne saurait guère être réglé de manière uniforme sous forme de prescriptions constitutionnelles contraignantes qui tiendraient compte de l'hétérogénéité des problématiques et des instruments qui en relèvent. Il est par contre possible de fixer, sur un plan symbolique et politique, les principes essentiels qui régissent aujourd'hui les mesures prises par la Suisse pour assurer au mieux l'accès de la population aux biens et services de base répondant à ses besoins usuels. La procédure de consultation montrera en particulier si une majorité des participants juge un nouvel article général utile.

1 Grandes lignes du projet

1.1 Contexte

1.1.1 Mandat du Parlement

L'initiative parlementaire 03.465 Maissen Theo « Service public. Desserte de base dans la Constitution » demande l'insertion d'un nouvel article sur « la desserte de base des services publics » dans la Constitution. La Commission des transports et des télécommunications du Conseil des Etats (CTT-E) a décidé de suspendre cette initiative en faveur d'une motion dont elle est elle-même l'auteur (05.3232 « Disposition constitutionnelle relative à la desserte de base »). La motion de la CTT-E reprend expressément les exigences de l'initiative parlementaire, chargeant le Conseil fédéral de présenter à l'Assemblée fédérale un article constitutionnel sur la desserte de base, mais elle précise le mandat sur quelques points. Elle demande un article rédigé en termes généraux n'énumérant pas tous les domaines concernés mais posant au contraire des principes généraux, à l'instar de l'art. 73 Cst. sur le développement durable.

Dans sa réponse à la motion, le Conseil fédéral avait déjà expliqué pourquoi il jugeait inopportun d'inscrire dans la constitution une norme générale sur le service universel, vu la difficulté qu'il y aurait à trouver une formulation couvrant l'ensemble des domaines concernés. Le chiffre 1.2.2 explique de manière plus détaillée les motifs du Conseil fédéral.

Ecartant la proposition du Conseil fédéral, les deux conseils ont approuvé cette motion et réaffirmé leur position dans le cadre du rapport 2008 sur les motions et postulats (09.017 : BO E 2009 562, BO N 2009 909 ; cf. le rapport du Conseil fédéral FF 2009 1647, 1662).

La motion suggère au Conseil fédéral de se baser sur son rapport du 23 juin 2004 « Le service public dans le domaine des infrastructures » (04.076, FF 2004 4309, ci-après « rapport 2004 sur le service public »). Ce n'est possible que dans une certaine mesure car ce rapport ne traite que du domaine des infrastructures, dans les limites des compétences de la Confédération. Or le mandat qui ressort de la motion couvre aussi d'autres secteurs et touche aux domaines de compétence des cantons et des communes.

1.1.2 Le terme « service universel »

1.1.2.1 Contexte sémantique actuel

Il faut tout d'abord établir ce qu'il convient d'entendre par « service universel » (« *Grundversorgung* », « *servizio universale* »). Il n'existe pas de définition universellement reconnue de ces termes. Une profusion d'expressions coexistent d'ailleurs dans ce contexte sémantique : « service public » (cf. le rapport 2004 sur le service public et l'iv. pa. 03.465), « prestations de base » (cf. l'art. 43a, al. 4, Cst.), « desserte de base » (cf. la motion 05.3232), « service universel » (cf. art. 2 LPO¹).

¹ Loi du 30 avril 1997 sur la poste, LPO, RS 783.0.

L'italien connaît « *servizio universale* » et « *servizio pubblico* ». En allemand, on trouve en concurrence « *Grundversorgung* » et « *Universaldienst* ». Ces deux dernières langues empruntent aussi au français l'expression « service public ».

1.1.2.2 Terme choisi dans l'avant-projet

En *allemand*, on a opté pour le terme de « *Grundversorgung* », déjà présent aux art. 43a, al. 4, et 92, al. 2, Cst. et dans la législation². Il exprime bien l'idée essentielle de l'article constitutionnel proposé. En *français*, le terme choisi - « service universel » (cf. art. 92, al. 2, Cst.) - est celui qui peut le plus facilement être étendu à tous les domaines concernés. Contrairement à « service public », il peut couvrir des activités autres que celles des entreprises de l'Etat. Le terme de « desserte de base », d'ailleurs vieilli, ne saurait guère s'appliquer qu'à des moyens de transport. Quant à des expressions telles que « (biens et) services de base » ou « service de base », elles ne véhiculent que la notion d'un strict minimum et expriment moins bien le contenu de cette notion (voir chapitre suivant). Dans « service universel », l'adjectif « universel » exprime l'idée que chacun peut accéder à ces prestations. Par principe, chacun devrait pouvoir bénéficier de ce qui est fondamental, « de base », si bien que cette idée se trouve aussi incluse dans le mot « universel ». Certes, ce syntagme est utilisé aujourd'hui essentiellement dans le domaine des postes et des télécommunications, mais il semble justifié de l'employer de manière générale, en raison des avantages exposés. Quant à l'*italien*, le terme de « *servizio universale* », proche du français, présente les mêmes avantages. Il est d'ailleurs déjà utilisé dans un contexte plus large (cf. iv. pa. 03.465 et motion 05.3232).

On notera au passage que l'art. 1, al. 1, du projet de nouvelle loi sur la poste présenté le 20 mai 2009 (09.049, FF 2009 4715) utilise cette même triade : *Grundversorgung*, service universel, *servizio universale*. Elle est claire, forme un ensemble cohérent et constitue une formule brève et frappante, facile à utiliser. Certes, l'expression allemande ne met pas l'accent sur le même aspect que les versions française et italienne : par le lexème « *Grund* », elle souligne le caractère essentiel des biens et services concernés, tandis qu'« universel » et « *universale* » se réfèrent au fait que ces biens et services sont destinés à tous. Cette légère variation ne doit pas être vue comme un inconvénient mais comme un enrichissement du sens de la disposition. Chacun des termes exprime une des facettes les plus importantes de la notion visée.

1.1.2.3 Définition

Au-delà du choix du terme, il importe de définir matériellement la notion que l'on entend intégrer dans la Constitution. Il s'est avéré impossible de reprendre telles quelles des définitions antérieures.

- L'initiative parlementaire 03.465 décrit comme suit la notion à régler : « la fourniture, par les services publics, de biens et de services à caractère public à toutes les couches de la population et à toutes les entreprises de l'économie, dans toutes les régions du pays, à un prix abordable ». Cette description laisse ouverte une question majeure. Qu'est-ce qu'un bien ou

² Art. 1, al. 2, de la loi du 30 avril 1997 sur la télécommunication (LTC), RS 784.10 ; titre de la section 1 du chapitre 2 de la loi du 23 mars 2007 sur l'approvisionnement en électricité, RS 734.7 ; art. 32, 54 et 62 de l'ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie, RS 832.102.

service « à caractère public » (en allemand « *spezielles öffentliches Interesse* ») ?

- La définition donnée dans le rapport 2004 sur le service public ne se rapporte qu’aux infrastructures. Elle est formulée comme suit : « le service public comprend une offre de services de base de qualité, définis selon des critères politiques, comprenant des biens et des prestations d’infrastructure, accessibles à toutes les catégories de la population et offerts dans toutes les régions du pays à des prix abordables et selon les mêmes principes. » Elle fait par ailleurs de la *Grundversorgung* (ici « offre de services de base ») un des éléments de la définition du service public.

En s’inspirant de ces deux définitions, on peut toutefois circonscrire la matière du futur article constitutionnel (cf. al. 1 et 2 de l’article proposé).

Le service universel est un objectif qui doit être précisé selon des critères politiques et selon lequel l’Etat s’engage à ce que la population ait accès aux biens et services de base répondant à ses besoins usuels.

Les éléments de cette définition sont par force de nature abstraite et sujets à appréciation. Certaines caractéristiques se dessinent toutefois clairement :

- il s’agit d’un *mandat* général à toutes les collectivités publiques et non d’une norme de compétence. La Confédération et les cantons sont tenus d’agir, mais non d’atteindre un état des choses clairement déterminé ;
- le *genre de mesures à prendre* n’est pas dicté par la disposition. Il n’est pas possible de déterminer sur un plan général si les forces du marché parviendront plus ou moins, à elles seules, à produire un résultat satisfaisant ou si l’Etat doit prendre des mesures, et lesquelles ;
- le service universel peut avoir pour *objet* des biens (eau, denrées alimentaires, médicaments, énergie, etc.) et des services (télécommunications, transports, soins médicaux, etc.) de toute sorte ;
- le service universel ne porte que sur des biens et services *répondant aux besoins usuels de la population*. Voilà qui correspond en partie au « caractère public » dont parle l’initiative parlementaire 03.465, et qui exclut les biens et services de luxe ou exclusifs, de même que ceux qui sont utilisés certes par un grand nombre de gens, mais peu souvent (comme l’établissement d’un passeport, prestation qu’il serait difficile en pratique d’offrir sur tout le territoire).

Les besoins usuels de la population recouvrent plus de choses que l’assistance des personnes dans le besoin au sens de l’art. 115 Cst., sans parler de l’aide dans des situations de détresse au sens de l’art. 12 Cst. Le nouvel art. 41a vise à augmenter la prospérité de l’ensemble de la population, tandis que l’art. 115 Cst. s’applique lorsqu’un individu est dans le besoin. L’art. 12 Cst. statue un droit fondamental à un strict minimum nécessaire pour vivre dans la dignité ;

- il se justifie de limiter en outre la norme aux biens et services *de base*. Cette restriction reflète un autre aspect du « caractère public ». Elle exprime le fait qu’il ne faut pas s’attendre à une offre trop particularisée. L’Etat n’est pas tenu de s’engager particulièrement en faveur de l’approvisionnement en biens et services qui sont couramment consommés

mais qui ne sont pas fondamentaux. Pour ce qui est de l'eau potable, par exemple, il suffit qu'il fasse en sorte que la population dispose d'une eau du robinet d'origine locale, propre et fraîche, même s'il est usuel de consommer de l'eau minérale des Alpes en bouteille ;

- l'étendue du service universel doit être déterminée *selon des critères politiques* pour chaque domaine concerné, critères qui seront fixés par la législation. Elle ne peut pas être définie abstraitement dans la Constitution. L'Etat ne peut pas produire des améliorations pratiques pour la population au travers d'un article de principe applicable de manière générale ; il doit pour cela prendre des mesures concrètes (y compris législatives) dans des domaines précis. De plus, il serait infaisable de régler le contenu concret d'un régime de service universel dans la Cst., par exemple celui des télécommunications à l'art. 92 Cst. ; la loi sur la télécommunication³ et l'ordonnance sur les services de télécommunication⁴ sont d'un échelon législatif plus adapté.

1.1.3 Aperçu de la situation juridique actuelle

Nous exposerons la situation juridique actuelle – non seulement au niveau constitutionnel mais à tous les niveaux législatifs – à l'aide de trois propositions, chacune illustrée par un survol de quelques modèles assorti d'exemples.

A. Divers types d'acteurs contribuent, dans divers domaines et par divers moyens, à assurer un service universel portant sur tout un éventail de biens et services.

Principaux types d'acteurs :

- unités de l'administration centrale (pour les routes, offices cantonaux et communaux des travaux publics et OFROU) ;
- établissements (la Poste ; compagnies communales de distribution de l'électricité, de l'eau et du gaz) ;
- sociétés anonymes mixtes (privé/public) et/ou régies par des lois spéciales (Swisscom, CFF, compagnies communales de distribution de l'électricité, de l'eau et du gaz, à l'avenir la Poste⁵) ;
- des particuliers (individus, par ex. des médecins généralistes ; entreprises familiales, par ex. des paysans ; PME, par. ex. des commerçants de détail ; entreprises de transport ; multinationales).

Moyens répandus d'assurer le service universel (parfois combinés) :

- initiative privée, cadre réglementaire limité essentiellement à des mesures de police (commerce de détail, services financiers) ;
- système de concession (concession de service universel dans le domaine des télécommunications, certains transports publics, énergie hydraulique) ;

³ Art. 16 LTC.

⁴ Ordonnance du 9 mars 2007 sur les services de télécommunication, OST, RS 784.101.1, art. 15 à 23.

⁵ Selon l'art. 2 du projet du 20 mai 2009 de révision totale de la loi du 30 avril 1997 sur l'organisation de la Poste (LOP ; RS 783.1), actuellement en procédure parlementaire, 09.050, FF 2009 4731.

- pilotage de l'offre par un système de commande de prestations (certains transports publics) ;
- subventions (transports publics) ;
- administration de prestation classique, sans concurrence avec le secteur privé, ce dernier réalisant cependant des mandats (routes) ;
- administration de prestation en concurrence avec le secteur privé (poste, y compris les services de paiements).

Biens et services objets du service universel : ils ne peuvent pas être énumérés exhaustivement. La motion 05.3232 l'exclut d'ailleurs. Actuellement, les collectivités publiques de Suisse s'engagent en faveur du service universel notamment dans les domaines suivants :

- l'approvisionnement en eau potable ;
- l'électricité ;
- les soins médicaux ;
- les médicaments ;
- la sécurité et l'ordre publics, par exemple au travers d'un bon aménagement de l'espace public et d'une présence policière ;
- le transport des personnes et des marchandises au niveau national, régional ou local ;
- le téléphone ;
- les connexions Internet ;
- l'envoi et la réception de lettres et de colis ;
- les services de paiement (virements postaux).

B. Le service universel est réglé par diverses dispositions de la Constitution et diverses lois et ordonnances d'exécution, à un degré de détail différent, mais aussi par les législations cantonales.

Cas de figure typiques :

- pure compétence fédérale, concrétisée par une législation prévoyant essentiellement des mesures de police (par ex. art. 98 Cst., concrétisé par la législation sur la surveillance des banques et des assurances) ;
- pure compétence fédérale sans mandat spécifique à la Confédération, concrétisée par une législation contenant le mandat d'assurer un service universel et dérogeant en partie au principe de la liberté économique statué à l'art. 94, al. 1 et 4, Cst. (par ex. art. 87 Cst., concrétisé entre autres par la législation sur les chemins de fer) ;
- compétence fédérale avec mandat à la Confédération de veiller à assurer un service universel portant sur certains biens et services (par ex. art. 92 Cst., concrétisé par la législation fédérale sur la poste et les télécommunications) ;
- mandat aux cantons dans un domaine relevant de leur compétence (par ex. art. 62 Cst., concrétisés par la législation scolaire cantonale et le droit in-

tercantonal ; art. 57 Cst., qui porte sur un domaine relevant de l'ordre et de la sécurité publics où la compétence originaire appartient aux cantons) ;

- matière non mentionnée spécifiquement par la Cst., dans laquelle le service universel est assuré principalement par le secteur privé, la législation se limitant pour l'essentiel à des mesures de police et émanant de tous les niveaux de l'Etat fédéral (par ex. commerce de détail).

C. La Constitution donne à la Confédération, dans divers domaines, des compétences telles que le législateur fédéral dispose d'une grande marge de manœuvre pour adapter le régime de service universel. Certains domaines majeurs relèvent cependant de la compétence des cantons et des communes.

Par exemple, le législateur fédéral peut, sur la base de l'art. 92 Cst., étendre ou restreindre comme il l'entend le service universel dans le domaine de la poste et des télécommunications en fonction des circonstances. De même, les législateurs cantonaux et communaux peuvent adapter les modalités de l'élimination des déchets ou bien mettre un terme à l'exploitation des réseaux publics de distribution du gaz (ou les remettre en fonction). Le cadre imposé par la législation fédérale sur la base de l'art. 91 Cst. à l'exploitation de ces réseaux, qui se trouve dans la loi sur les installations de transport par conduites et son ordonnance d'exécution⁶, peut être modifié par le législateur fédéral et par le Conseil fédéral. De manière générale, on constate que pratiquement aucune des mesures qui font l'objet d'un débat examinées ici ne requiert de modification de la Constitution, parce que les bases constitutionnelles existent déjà.

Il existe néanmoins des domaines dans lesquels la base constitutionnelle fait défaut pour une intervention sur le marché ou pour une offre de biens et de services publics. Que l'on pense notamment aux domaines dans lesquels le service universel est assuré au titre de l'autonomie privée tandis que l'Etat se borne à prévoir des mesures de police pour éviter les abus (par ex. le domaine des services financiers, dans la mesure où ils peuvent être compris sous la notion de service universel). Il n'en demeure pas moins qu'il n'est pas possible ni souhaitable de créer la base juridique d'une intervention de l'Etat sur le marché de ces biens et services sous forme d'article constitutionnel général.

1.2 Contenu et évaluation du projet présenté

1.2.1 Description

Les interventions parlementaires à l'origine du présent rapport demandent l'élaboration d'un nouvel article constitutionnel qui *consacre les principes régissant le service universel*, comme l'art. 73 Cst. consacre le principe du développement durable.

Selon l'avant-projet ci-joint, la nouvelle disposition suivrait l'art. 41 qui contient les buts sociaux de la Constitution. C'est là une manière d'exprimer que l'on ne crée pas de nouveaux droits et obligations à l'adresse des particuliers et que le partage des compétences entre la Confédération et les cantons n'est pas touché. Le nouvel article

⁶ Loi du 4 octobre 1963 sur les installations de transport par conduites, LITC, RS 746.1 ; ordonnance du 2 février 2000 sur les installations de transport par conduites, OITC, RS 746.11.

enjoint aux collectivités publiques de tous les échelons de l'Etat fédéral de s'engager en faveur d'un service universel d'aussi bonne qualité que possible. Comme c'est le cas pour l'article sur les buts sociaux, il ne sera pas possible de dériver de l'article sur le service universel des droits directs à des prestations de l'Etat.

L'article cite quelques domaines (al. 2), de manière non exhaustive comme le demande la motion. Il mentionne la formation, l'approvisionnement en eau et en énergie, l'élimination des déchets, le traitement des eaux usées, les transports publics et privés, les services postaux, les télécommunications et la santé.

Il précise ensuite les critères selon lesquels l'Etat doit tendre à optimiser le service universel : les biens et services doivent être disponibles dans toutes les régions du pays, accessibles à toute la population, offerts à un certain niveau de qualité et à des prix fixés selon des principes uniformes, abordables pour tous et disponibles de manière continue (al. 3). Enfin, le financement du service universel doit être assuré essentiellement au travers des prix payés par ses bénéficiaires (al. 4).

Pour plus de détails, voir ch. 2.

1.2.2 Explication et évaluation de l'avant-projet

Les interventions parlementaires à l'origine de l'avant-projet visent à consacrer un consensus général concernant le service universel au niveau constitutionnel (voir notamment le développement de l'iv. pa. Maissen 03.465, 2^e paragraphe). Bien qu'il juge une telle norme inopportune, en raison de son caractère symbolique et programmatique, le Conseil fédéral est tenu de prendre en compte les exigences de la motion 05.3232 et de mener la présente consultation.

Le mandat donné par la motion 05.3232 ne laisse pas la possibilité de proposer des dispositions justiciables. Les domaines pour lesquels un service universel entre actuellement en ligne de compte et les mesures prises par les collectivités publiques pour optimiser l'offre des biens et services du service universel sont bien trop hétérogènes pour que la norme, générale, ait des effets directs et concrets ; celle-ci assumera plutôt une fonction de symbole politique. Seule la législation sectorielle pourra déterminer quelles mesures concrètes prendre, dans tel ou tel domaine.

Les arguments contre l'élaboration de cet article constitutionnel général sont donc de poids. Dans la doctrine, on craint que trop de principes constitutionnels aux contours flous ne débilitent le pouvoir normatif de la Constitution⁷. De plus, la disposition actuelle posant le principe d'un service universel (l'art. 43a, al. 4, Cst.) est entrée en vigueur tout récemment, en 2008. Il paraît étrange de vouloir déjà la modifier ou la compléter alors que les conditions n'ont pas vraiment changé.

On peut également craindre que le nouvel article proposé mette trop l'accent sur une vision économique et consumériste en se focalisant exclusivement sur le service universel, par comparaison avec les buts sociaux de l'art. 41 Cst., plus généraux.

1.2.3 Coordination des tâches et des moyens financiers

La relation entre l'ampleur et le coût des tâches concrètes découlant de la garantie du service universel devra être examinée pour chaque domaine. C'est dans la législa-

⁷ Giovanni Biaggini, *Entwicklungen und Spannungen im Verfassungsrecht*, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verfassungsrecht n° 1 2010, p. 1 et 38 à 40.

tion sectorielle que les règles détaillées qui découleront de cette analyse devront trouver leur place ; il n'est pas possible d'assurer la concordance des tâches à accomplir et des coûts consentis dans un article constitutionnel général.

1.2.4 Mise en œuvre

Le Conseil fédéral fera des propositions concrètes de modifications de lois dans tel ou tel domaine lorsque les circonstances l'exigeront, indépendamment de l'adoption d'un nouvel article constitutionnel. Si cela s'avérait nécessaire, il proposerait même de modifier le partage constitutionnel des compétences entre Confédération et cantons ; il n'y a pas lieu de le faire actuellement.

1.3 Alternatives

- *Renonciation à un nouvel article constitutionnel général sur le service universel* : le Conseil fédéral juge cette option préférable au projet proposé. Une telle renonciation n'aurait aucune conséquence négative sensible, que ce soit sur le plan pratique ou juridique.
- *Règlementation concrète prévoyant des instruments de régulation déterminés* : cette solution n'est pas réalisable dans le cadre d'une disposition générale, car les domaines visés et les actions possibles sont trop hétéroclites. De plus, la motion demande que les domaines ne soient pas énumérés et que l'article soit rédigé en termes généraux. On pourrait certes y inscrire une liste exemplative des instruments de régulation sans les rattacher à des domaines précis, mais cela n'aurait guère de sens.
- *Simple reconnaissance du service universel dans la Constitution* : il serait possible d'ajouter à l'art. 41a Cst. un alinéa ayant la teneur suivante :

« *Le Conseil fédéral et les cantons s'engagent en faveur du service universel.* »

Cette solution ne satisferait pas aux exigences de la motion 05.3232 qui demande que les « principes de la desserte de base » soient inscrits dans la Constitution. Mais cette formule brève présenterait le grand avantage d'avoir une valeur de symbole politique sans que l'on doive essayer de placer sous un dénominateur commun des domaines divers et hétérogènes. Il ne serait pas nécessaire d'adapter l'art. 43a, al. 4, Cst., contrairement à l'option longue.

- *Obligations sectorielles de la Confédération et des cantons* d'assurer le service universel dans certains domaines (comme à l'art. 92, al. 2, Cst.) : cette option serait tout à fait digne d'être discutée. Les projets qui en résulteraient ne rempliraient cependant pas les exigences de la motion 05.3232 qui demande explicitement une norme *générale*.
- *Article sur le service universel limité aux infrastructures* (cf. le rapport 2004 sur le service public) : la motion 05.3232 l'exclut puisqu'elle exige un article formulé de manière ouverte, sans énumération des domaines concernés. La notion d'infrastructure est assez vague. Les domaines traités dans le rapport 2004 sur le service public en font clairement partie, mais il est usuel de considérer que l'enseignement est un élément de l'infrastructure d'un Etat. La restriction serait donc relativement factice.

- *Transfert de compétences entre la Confédération et les cantons* : il faudrait apporter des modifications au chapitre 2 du titre 3 de la Constitution en donnant à la Confédération la faculté ou le mandat d’agir dans de nouveaux domaines. Cette option serait cependant malvenue politiquement ; elle saperait la valeur de l’autonomie cantonale, réaffirmée au travers de la RPT⁸, et les efforts pour éviter les transferts de charges entre les collectivités publiques, sans compter qu’elle ne correspondrait pas à la motion 05.3232.
- *Modifications concrètes dans les lois fédérales* : le Conseil fédéral proposera de telles modifications au Parlement si les circonstances l’exigent. Il suit en permanence l’évolution dans les secteurs concernés et prendra toutes les mesures nécessaires, notamment en adaptant les ordonnances en fonction de la situation. Les exigences de la motion 05.3232 n’en seront pas remplies pour autant.

1.4 Classement d’interventions parlementaires

La procédure de consultation est une étape vers la mise en œuvre de la motion 05.3232. L’initiative parlementaire Maissen 03.465, en suspens, deviendra obsolète lorsque la motion aura été réalisée.

2 Commentaire des dispositions

2.1 Art. 41a Cst.

Al. 1 : élément central de l’avant-projet, cet alinéa contient le mandat général, adressé aux collectivités publiques à tous les niveaux, de s’engager en faveur du service universel dans les limites de leurs compétences. Ne sont cités que la Confédération et les cantons ; comme il est d’usage dans la Constitution, le terme de cantons recouvre aussi les communes. La disposition ne crée pas de droits justiciables, non plus que d’obligation de résultat pour les collectivités publiques, qui sont seulement tenues d’agir. Elle ne confère pas de compétence. La précision selon laquelle la Confédération et les cantons agissent « dans les limites de leurs compétences » (par exemple), insérée dans divers articles du chapitre sur les compétences (art. 54 ss, voir par ex. les art. 57, al. 1, 61a, al. 1, 72, al. 2, et 89, al. 1, Cst.), est sous-entendue. Il n’est pas nécessaire de l’expliciter puisque nous sommes ici dans un chapitre consacré à des principes généraux et que cela découle des dispositions générales sur le partage des compétences. Ce n’est que dans le chapitre sur les compétences qu’il est utile d’éviter toute ambiguïté. La tournure « en complément de la responsabilité individuelle et de l’initiative privée » (art. 41 Cst.) est également superflue : elle ne ferait que répéter le principe de la subsidiarité, souligné dans la RPT (art. 5a Cst.).

L’art. 41a ne comporte certes pas de clause de subsidiarité, au contraire de l’art. 41 et de plusieurs autres dispositions du chapitre sur les compétences. Mais vu la chronologie des art. 41, 5a et 41a, il est clair que l’on ne saurait déduire de l’absence de

⁸ RPT: réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons ; voir la modification des art. 5a, 43a, al. 1, 46, al. 3, et 47 Cst.

cette clause que l'art. 41a déroge au principe de subsidiarité. Quand l'art. 41 a été édicté, lors de la révision totale de la Constitution de 1999, le principe de subsidiarité n'était pas encore explicitement inscrit dans la Constitution. Aujourd'hui, où il l'est à l'art. 5a, le préciser serait une répétition inutile. Il va de soi qu'aucun transfert de compétence n'a lieu, que l'initiative privée a la primauté et que l'intervention de l'Etat doit avoir une justification particulière. La norme est également subsidiaire en ce qu'elle ne crée pas de nouvelles bases permettant de déroger à la liberté économique (par ex. d'accorder des garanties étatiques à des entreprises ayant un mandat de service universel).

Al. 2 : cette disposition définit la notion de service universel posée par l'al. 1, conformément aux explications que nous avons données au ch. 1.1.2. Elle cite en outre quelques secteurs typiques dans lesquels les collectivités publiques doivent s'engager en faveur du service universel. La liste, comme le demande la motion, n'est pas exhaustive. Bien que la notion de service universel ne soit pas applicable uniquement dans les domaines dans lesquels les collectivités publiques apportent une contribution active, selon la définition élaborée, c'est le cas de la plupart des exemples énumérés. La formulation (« les biens et services de base répondant aux besoins usuels de la population, *notamment* dans les domaines ... ») met en relief le fait que tous les biens et services des secteurs mentionnés ne sont pas « de base » et ne répondent pas aux besoins usuels de la population. Le service universel ne concernera qu'une partie de chaque secteur. Et cette partie même sera sans cesse redéfinie par le débat politique sur l'opportunité des interventions de l'Etat et sur les mesures à prendre.

Comme on l'a vu au ch. 1.1.3, les exigences du service universel sont remplies, dans chaque domaine, par les moyens les plus divers, selon des configurations différentes de répartition entre le privé et le public. A l'un des bouts du spectre, on trouve l'approvisionnement en eau, en règle générale assuré directement par l'Etat selon une administration de prestation classique. A l'autre bout, les services financiers par exemple, fournis par le secteur privé (à l'exception du trafic des paiements assuré aussi par la Poste) et pour lesquels la surveillance de l'Etat se limite à la lutte contre les abus. L'avant-projet ne change en rien cet état de fait.

Naturellement, de nombreux domaines que l'on peut tout à fait considérer comme relevant du service universel ne sont pas cités, pour diverses raisons. Tel est le cas des services financiers, ou bien du sport, réglé à l'art. 68 Cst. Nulle mention de la culture, de la radio ou de la télévision (art. 69 et 93 Cst.). Cela ne signifie pas que l'idée de service universel n'est pas pertinente dans ces domaines, mais elle s'y dessine de manière moins typique que dans les secteurs mentionnés.

Al. 3 : cette disposition fixe quelques critères à l'aune desquels il convient de mesurer les efforts visant à optimiser le service universel. Il s'agit d'objectifs susceptibles de réunir un consensus général auprès du public. Comme le champ d'application de la norme est très vaste et ouvert, il faut choisir un jeu de critères qui s'applique à tous les domaines visés. Ce sont donc des principes généraux, qui ne sauraient être compris comme des injonctions absolues mais devront toujours pouvoir être restreints sur le plan pratique. Par exemple, si l'on développait l'offre sans limites au sens des let. a à c, les produits ne seraient plus abordables (let. e). A chaque échelon de l'Etat fédéral, le législateur devra rechercher constamment un compromis, dans son domaine de compétence, pour transposer ces critères généraux en des solutions concrètes et financièrement supportables.

Les critères sont les suivants :

- a. *disponibilité dans toutes les régions du pays* : le service universel a un aspect géographique, en ce sens qu'il s'agit de prendre en compte les régions les plus faibles économiquement et d'inciter les régions mieux placées à faire preuve d'une certaine solidarité. Par exemple, la couverture des régions périphériques peu peuplées par les services postaux revient plus cher par personne que celle des agglomérations. Cependant la législation sur la poste garantit que toutes les régions du pays sont desservies.
- b. *accessibilité à toute la population* : en parallèle à l'aspect géographique, ce principe reflète la dimension sociale du service universel. Chacun, indépendamment des circonstances de son existence, de son âge, de son état de santé, de son degré de formation, etc., doit avoir le meilleur accès possible aux biens et services couverts par le service universel.
- c. *qualité* : la qualité peut revêtir les aspects les plus divers selon le bien ou le service considéré - fiabilité et rapidité pour la distribution du courrier, valeur nutritive, fraîcheur et qualité gustative pour les aliments de base, capacité de connexion, vitesse de téléchargement et stabilité pour le raccordement à Internet, maillage du réseau, cadence et nombre de places pour les transports publics, état d'entretien pour le réseau routier, etc.
- d. *prix établis selon des principes uniformes* : cela signifie non pas forcément que les prix doivent être uniformes mais que des principes uniformes doivent présider à leur formation. Par exemple, il faut viser une formation des prix qui ne désavantage pas certaines régions du pays ou certains groupes de la population de manière injustifiée par rapport à d'autres (art. 92, al. 2, Cst.).

Les principes régissant la formation des prix doivent être aussi uniformes que possible, surtout à l'intérieur du secteur considéré. Il est difficile de formuler des règles applicables de manière générale. Le fait que les prix doivent être fixés de manière uniforme inclut la possibilité de différences de prix obéissant à des principes uniformes. Ainsi, l'article constitutionnel sur le service universel n'exclut pas des différences fondées sur des critères géographiques.

Il faut noter au passage que l'art. 92 Cst., dont on s'inspire ici, permettrait des différences de prix bien plus grandes que celles qu'autorisent aujourd'hui les dispositions légales dans le domaine de la poste et des télécommunications.

La let. d ne peut pas servir de base à des interventions dans les mécanismes du marché. Il faudrait pour cela des dispositions concrètes au plan constitutionnel et légal. Les possibilités des collectivités locales concernant la détermination des prix sont donc très limitées, en particulier dans les domaines dans lesquels il n'existe que les bases juridiques de mesures de police.

- e. *biens et services abordables pour tous* : la let. d fixe un critère relatif pour les prix ; la let. e, elle, exige qu'aucun obstacle financier n'empêche l'utilisation des biens et services relevant du service universel. Les mesures permettant d'éliminer les obstacles financiers sont multiples. Divers mécanismes existent pour baisser les prix, mais dans certains secteurs l'Etat accorde des subventions aux personnes qui ne peuvent pas payer les prix du

marché. C'est au regard de cette pluralité de moyens qu'on parle à la let. d de biens et services abordables et non de prix abordables.

Bien entendu, toutes les mesures prises au titre de la let. e devront avoir une base constitutionnelle ou légale.

- f. *continuité* : les biens et services sont disponibles de manière continue lorsque l'offre n'est pas sporadique, saisonnière ou proposée selon un horaire qui ne correspond pas aux besoins des bénéficiaires. Le rapport 2004 sur le service public postule, au chapitre de la continuité, que les prestations doivent être fournies « sans interruption »⁹. La disponibilité continue prévue par l'avant-projet couvre de manière assez large, compte tenu des caractéristiques de chaque domaine, un certain nombre de critères temporels. Le service universel devra être assuré toute l'année, par exemple, et non uniquement pendant la saison touristique ; l'offre devra être relativement stable d'une année à l'autre, et être accessible à des heures qui correspondent aux besoins des bénéficiaires.

L'al. 3, let. d et e, aborde la dimension financière du service universel du point de vue des bénéficiaires (prix des biens et services). L'autre dimension, à savoir le financement, est par contre laissée de côté, en raison de la trop grande diversité des solutions trouvées par les législateurs des différents niveaux étatiques pour assurer le financement des mesures (très hétérogènes elles aussi) destinées à optimiser le service universel. Ainsi, dans certains domaines, l'offre est entièrement financée par les prix payés par les utilisateurs (approvisionnement électrique p. ex.), tandis que dans d'autres, le service universel est financé dans toute la Suisse par les contribuables. C'est le cas de l'enseignement primaire. Il arrive aussi que, dans les domaines qui sont financés par les prix, l'on recourt à des financements croisés pour couvrir l'approvisionnement des régions périphériques. Le choix de couvrir les coûts par d'autres moyens que le prix payé par les bénéficiaires ou par d'autres mécanismes est toujours une décision politique. Cela signifie que les mécanismes de financement actuels, très divers, ne seraient pas incompatibles avec la nouvelle norme.

2.2 Autres modifications

Il convient de remplacer l'*art. 43a, al. 4, Cst.* (adopté il y a quelques années à peine, RO 2007 5765) par une référence au nouvel article sur le service universel, pour éviter une redondance aussi inutile qu'irritante. Sa suppression pure et simple n'est pas indiquée car elle éveillerait l'impression que l'on supprime un des principes applicables lors de l'attribution et de l'accomplissement des tâches étatiques. Or tel n'est pas le cas puisqu'au contraire ce principe est détaillé et complété.

Il n'est pas nécessaire d'adapter ou d'abroger les *dispositions sectorielles* : la systématique de la Constitution montre clairement que le nouvel article est de portée générale. Il traduit le consensus de base sur l'idée de service universel. Les dispositions sectorielles peuvent aller plus loin ou y déroger. Nous illustrons ci-après la relation entre l'article général et les dispositions sectorielles par quelques exemples.

L'*art. 57 Cst.* enjoint à la Confédération et aux cantons de pourvoir à la sécurité du pays et à la protection de la population dans les limites de leurs compétences respectives. Quant à l'ordre et à la sécurité publics, la compétence originaires appartient

⁹ FF 2004 4309, 4311

fondamentalement aux cantons, bien que la Confédération ait plusieurs compétences dans le domaine de la sécurité technique. L'obligation postulée va nettement plus loin que le nouvel article proposé, car il ne s'agit pas seulement d'une obligation d'agir (« s'engage à ... ») mais d'une obligation de « pourvoir » à la réalisation de l'objectif formulé (sécurité du pays et protection de la population). Cette situation ne doit pas être modifiée.

Aux *art. 61a à 66 Cst.* se trouvent diverses dispositions enjoignant à la Confédération et aux cantons d'agir dans divers domaines de la formation et de la formation continue, par différents moyens. Ceci peut être considéré comme un aspect du service universel. Ces règles sont cependant bien plus spécifiques que le nouvel article général et vont bien plus loin sous divers angles. Elles peuvent donc être maintenues.

L'*art. 89 Cst.* (et en particulier son al. 1) va en partie dans la même direction que l'avant-projet, dans le domaine de l'approvisionnement énergétique. Il ne se limite cependant pas à l'aspect du service universel mais formule un certain nombre d'autres objectifs comme la diversification de l'approvisionnement, la sécurité et le respect de l'environnement. Il peut donc être conservé tel quel.

Il ne faut pas non plus modifier ni abroger l'*art. 92, al. 2, Cst.*, qui ordonne à la Confédération de veiller à ce qu'un service universel suffisant en matière de services postaux et de télécommunications soit assuré, car il va plus loin que l'avant-projet sur deux points : il s'adresse non pas à toutes les collectivités publiques mais, concrètement, à la seule Confédération ; celle-ci n'est pas simplement tenue d'agir mais aussi d'obtenir un résultat (« veille à ... »).

L'*art. 102 Cst.* (approvisionnement du pays) ne doit pas être modifié. Les principes prévus par l'avant-projet s'appliquent en temps d'approvisionnement normal, tandis que l'*art. 102 Cst.* vise des temps de nécessité ou de pénurie, dans lesquels la Confédération doit assurer la disponibilité des biens et services de première nécessité. En cas de problème d'approvisionnement, elle doit intervenir temporairement sur le marché, par des mesures ciblées, pour combler les lacunes de l'offre. A cette fin, elle peut au besoin déroger au principe de la liberté économique (*art. 102, al. 2, et 94, al. 1 et 4, Cst.*). L'article général sur le service universel s'adresse au contraire à toutes les collectivités publiques et ne porte pas sur une obligation de résultat mais sur une obligation d'agir ; de plus, il ne permet pas de déroger au principe de la liberté économique.

3 Conséquences

L'article général élaboré en réponse à la motion 05.3232, en cas d'acceptation, n'aurait pas de conséquences directes de nature économique ou sociale. Sa portée serait principalement symbolique et politique. Il n'en découlerait pas d'obligation directe de légiférer. Il est à craindre cependant qu'une accumulation de dispositions vagues, à caractère programmatique, ne finisse par affaiblir la portée de la Constitution fédérale en tant qu'instrument fondamental régissant les mécanismes de notre Etat.

4 Relation avec le programme de la législature

Ce projet n'est annoncé ni dans le message du 23 janvier 2008 sur le programme de la législature 2007 à 2011¹⁰ ni dans l'arrêté fédéral du 18 septembre 2008 sur le programme de la législature 2007 à 2011¹¹. Toutefois, tant dans le projet du Conseil fédéral que dans l'arrêté fédéral lui-même, « garantir le service universel » est un point de l'objectif 4 « Optimiser la performance et l'utilisation des infrastructures » (respectivement ch. 32 et 34) ; cet objectif est cependant limité aux infrastructures.

5 Aspects juridiques

5.1 Compatibilité avec les engagements internationaux de la Suisse

Il y a lieu de tenir compte, dans la législation concernant les instruments concrets du service universel, des engagements internationaux de la Suisse, notamment le droit international de la concurrence et du commerce (élimination des barrières commerciales, interdiction des aides étatiques, etc.) ou les principes de non-discrimination des étrangers, par exemple dans les traités bilatéraux avec l'UE. Le Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte I de l'ONU ; RS 0.103.1) contient en outre une série de dispositions qui vont dans la même direction que l'avant-projet ; il n'existe aucun conflit entre ces deux textes.

5.2 Forme de l'acte à adopter

La motion prescrit la forme d'une révision de la Constitution. Il est possible d'intégrer dans celle-ci des principes de nature programmatrice ; il n'est cependant pas nécessaire de le faire sur le plan juridique.

5.3 Frein aux dépenses et conformité à la loi sur les subventions

L'article constitutionnel proposé, de nature purement programmatrice, n'a pas de conséquences financières directes. Ni le frein aux dépenses, ni la loi sur les subventions ne sont concernés.

5.4 Délégation de compétences législatives

L'avant-projet ne prévoit pas de modification du partage de compétences actuel. En particulier, il ne prévoit pas de nouvelle compétence législative pour la Confédération ni de compétence d'édicter des ordonnances pour le Conseil fédéral.

¹⁰ FF 2008 639

¹¹ FF 2008 7745, 7747

