

UNIVERSITÉ DE FRIBOURG SUISSE
UNIVERSITÄT FREIBURG SCHWEIZ

**SEMINAIRE DE DROIT ADMINISTRATIF
VERWALTUNGSRECHT**

Prof. J.-B. Zufferey
Avenue Beauregard 13
CH-1700 Fribourg
Tél.: 026 – 300.81.02
Fax: 026 – 300.96.82
E-mail: jean-baptiste.zufferey@unifr.ch



Rapport relatif à

**LA REPRESENTATION DE L'ETAT
DANS SES ENTREPRISES**

(sociétés, établissements et fondations)

Version finale

TABLE DES MATIERES

	Page
I. Introduction	5
1. Remarques préliminaires	5
2. Bibliographie utilisée	6
3. Abréviations	9
II. Le résumé des conclusions	11
III. Les participations de l'Etat	13
1. La notion	13
2. Les questions consécutives	14
3. La privatisation et l'Etat garant de l'intérêt public	14
3.1. La privatisation et ses limites	14
3.2. Les formes juridiques de la privatisation	15
3.3. Privatisation et surveillance	16
IV. Le patrimoine administratif du canton de Fribourg	17
1. La vue d'ensemble	17
1.1. Patrimoine financier et patrimoine administratif	17
1.2. Les entités de droit public les plus importantes	18
1.3. Les entités de droit privé les plus importantes	19
2. Un répertoire plus détaillé	20
2.1. Les établissements de droit public	21
2.2. Les fondations de droit public	23
2.3. Les fondations de droit privé	24
2.4. Les sociétés d'économie mixte	25
2.5. Les sociétés anonymes et sociétés coopératives pures	25
2.6. Les sociétés anonymes et sociétés coopératives de droit public	26
V. Les réglementations sur le statut des entités et leurs enseignements	26
1. Le droit fédéral	26
1.1. Le droit commercial : le Code des obligations	26
1.2. La loi sur les fusions	27

1.3. Le Code civil	28
1.4. Les législations spécifiques	28
2. Le droit cantonal	29
2.1. La Constitution	29
2.2. Les législations spécifiques	30
2.3. Les législations du secteur public en général	30
3. Les sources internes aux entreprises	31
VI. Le niveau possible de contrôle sur chaque type d'entité	32
1. En général	32
1.1. L'objectif poursuivi et son impact sur la « politique du propriétaire »	32
1.2. Le choix de la forme juridique	34
1.3. L'autonomie du droit cantonal : l'exemple de la BCF	35
2. Les établissements et les fondations	37
2.1. En général	37
2.2. Les fondations de droit privé	37
2.3. Les fondations de droit public	38
3. Les corporations	39
3.1. Les corporations de droit public	39
3.2. Les corporations de droit privé	40
VII. La responsabilité	43
1. La responsabilité de l'actionnaire	43
2. La responsabilité « sociale » de la collectivité	44
3. La responsabilité de l'autorité de surveillance	45
3.1. La surveillance directe	45
3.2. La surveillance indirecte et ponctuelle	46
3.3. La haute surveillance	46
4. La responsabilité civile des sociétés commerciales et de leurs administrateurs	47
4.1. En général	47
4.2. Les représentants de la collectivité	48
4.3. Les administrateurs à titre individuel	50
5. La responsabilité fondée sur la confiance ?	50
6. La responsabilité au sein des fondations	51
6.1. Les fondations de droit privé	51
6.2. Les fondations de droit public	52
7. La responsabilité au sein des établissements de droit public	53

VIII. Le benchmarking	53
1. La Confédération	53
2. Les cantons	55
2.1. Argovie	55
2.2. Bâle-Campagne	55
2.3. Berne	56
2.4. Genève	56
2.5. Jura	56
2.6. Lucerne	67
2.7. Valais	57
2.8. Vaud	57
2.9. Grisons	58
3. Les enseignements	59
IX. Les instruments juridiques de contrôle à disposition	60
1. Les bases légales (y compris de lege ferenda)	60
1.1. La Constitution cantonale	60
1.2. Une loi cantonale sur les participations	63
1.3. Le droit public général du fonctionnement de l'Etat	65
1.4. Les lois cantonales spéciales	66
2. Les statuts des sociétés du droit privé	67
3. Les mesures administratives	68
3.1. Les représentants de l'Etat	69
3.2. L'information	72

I. INTRODUCTION

1. Remarques préliminaires

Le présent rapport contient notre analyse et les conclusions auxquelles nous sommes parvenus sur la question générale suivante : Par quels moyens l'Etat de Fribourg (ci-après : l'Etat) peut-il défendre ses intérêts et influencer le comportement des entreprises qui lui appartiennent, qu'il s'agisse des sociétés dont il est actionnaire ou des autres entités ?

C'est la Direction cantonale de l'intérieur, de l'agriculture et des forêts qui nous a confié ce mandat de recherche, confirmé par contrat du 11 juin 2009.

L'élaboration de ce mandat a donné lieu aux travaux suivants : collecte des informations relatives à la situation de fait dans le canton, analyse des solutions pratiquées ailleurs, examen des fondements dogmatiques, développement des solutions pratiques possibles pour le canton de Fribourg. Dans ses séances du 7 juillet 2010 et du 17 février 2011, le Conseil d'Etat a pris connaissance de nos conclusions ; ses remarques et suggestions ont été pleinement intégrées dans la version définitive de ce rapport.

Seules les questions juridiques sont examinées ici, dans l'optique d'apprécier de manière aussi objective que possible la situation. Les conclusions auxquelles nous aboutissons ne portent donc aucunement sur les éléments économiques, ni non plus sur les aspects plus « politiques » de la question à analyser. Ensuite, il s'agit d'une étude qui se veut très pratique ; son objectif dogmatique est donc modeste : la gouvernance des entreprises publiques est un vaste thème, très étudié en doctrine suisse et étrangère. Il n'en sera question que dans la mesure nécessaire pour fonder nos recommandations adressées au Conseil d'Etat du canton de Fribourg.

Nous remercions toutes les personnes qui nous ont assistés dans cette expertise, en particulier Monsieur Hal Wyner, MLaw, assistant à l'Université de Fribourg et Madame Aurore Estoppey, MLaw, assistante à l'Université de Fribourg. Monsieur Andreas Stöckli est doctorant à l'Université de Fribourg sur le thème des représentants des collectivités publiques au sein des entreprises d'économie mixte ; par ses remarques, il a enrichi le présent rapport.

Fribourg, avril 2011

J.-B. Zufferey

2. Bibliographie utilisée

(D'autres ouvrages encore sont cités épisodiquement dans les notes de bas de page ; pour une bibliographie encore plus complète et très récente, cf. STÖCKLI A., Informationsrechte des Staats als Aktionär, in: GREDIG M. et al. (édit.), Peters Dreiblatt, Festschrift für Peter Hänni zum 60. Geburtstag, Berne 2011, p. 266 ss.)

ASSOCIATION SUISSE DU DROIT PUBLIC DE L'ORGANISATION (ASDPO) (édit.), Droit de l'organisation – responsabilité des collectivités publiques – fonction publique, Annuaire 2008 et 2009 ;

AUER/MALIVERNI/HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. 1, 2ème éd., Berne 2006 ;

AVENIR SUISSE (MEISTER U.), Les cantons en tant que holding. Regard sur les participations des cantons et la manière dont elles sont pilotées, Mai 2009 ;

BACHMANN/WENK/ZUFFEREY (édit.), Sécurité parasismique des bâtiments – Questions juridiques et responsabilité, Documentation SIA D 0227, Zurich 2010 ;

BAUMANN LORANT R., Der Stiftungsrat. Das oberste Organ gewöhnlicher Stiftungen, thèse Zurich, 2009 ;

BÖCKLI/BÜHLER, Der Staat als faktisches Organ einer von ihm beherrschten privaten Aktiengesellschaft, in : Mélanges en l'honneur de François Dessemondet, Lausanne 2009, p. 17 ss ;

BODMER/KLEINER/LUTZ (édit.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Zurich dès 2009 ;

BUOB F., Interessenkonflikte und Haftungsrisiken des Staates als Aktionär, PJA 2009, p. 142 ss (cit.: Interessenkonflikte und Haftungsrisiken) ;

BUOB F., Aktiengesellschaften mit staatlicher Beteiligung. Einflussmöglichkeiten und vermögensrechtliche Haftungsrisiken des Staates als Aktionär, Zurich/St-Gall 2008 (cit.: Aktiengesellschaften) ;

COMMETTA/VON DER CRONE/GIANINI/RUEDIN/KNAPP/PETER (édit.), Temi scelti di diritto societario : atti della giornata di studio del 4 giugno 2001, Bâle/Genève/Munich 2002 ;

DRUEY/FORSTMOSER (édit.), Schriften zum Neuen Aktienrecht 15, Zurich 2000 ;

DUNAND/MAHON (édit.), Le droit décloisonné – interférences et interdépendances entre le droit privé et le droit public, Genève 2009

FORSTMOSER/JAAG, Der Staat als Aktionär: Haftungsrechtliche Risiken der Vertretung des Staates im Verwaltungsrat von Aktiengesellschaften, in: DRUEY/FORSTMOSER (édit.), Schriften zum Neuen Aktienrecht 15, Zurich 2000 ;

FORSTMOSER/MÜLLER, Rechtsgutachten betreffend Fragen im Zusammenhang mit Kantonsvertretungen in Verwaltungs- und Stiftungsräten von kantonalen Unternehmen und Institutionen vom 7. Juni 2007, <<http://www.fin.be.ch/site/fd-beteiligungscontrolling-rechtsgutachten-forstmoser-mueller.pdf>>

FORSTMOSER P., Wer "A" sagt muss auch "B" sagen Gedanken zur Privatisierungsdebatte, RSJ 98 (2002), p. 193 ss ;

- GRISEL A., Traité de droit administratif, vol. I, Neuchâtel 1984 ;
- HONSELL/VOGT/WATTER (édit.), Obligationenrecht II, Basler Kommentar, 3ème éd., Bâle 2008 (cit.: AUTEUR, BaKomm.OR-II) ;
- JAAG T., Der Staat als Aktionär, in : VON DER CRONE/WEBER/ZÄCH/ZOBL (édit.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zurich 2003, p. 379 ss (cit. : JAAG, Staat als Aktionär) ;
- JAAG T. (édit.), Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Zurich 2000 ;
- JACCARD/PREMAND, Le conseil d'administration au service des actionnaires majoritaires – risques, conflits d'intérêts et meilleures pratiques en cas de cession d'actions d'une société privée, RSDA 2010, p. 372 ss ;
- KÖMPF A., Staatseinfluss auf die Volkswagen SA, Grenzen des staatlichen Einflussnahme auf Wirtschaftsunternehmen in Privatrechtsform, Francfort sur le Main/Berlin/Berne/Bruxelles/New York/Oxford/Vienne 2010 ;
- KNAPP B., Sociétés d'économie mixte et sociétés à participation étatique, in : COMMETTA/VON DER CRONE/GIANINI/RUEDIN/KNAPP/PETER (édit.), Temi scelti di diritto societario : atti della giornata di studio del 4 giugno 2001, Bâle/Genève/Munich 2002, p. 119 ss ;
- MAHAIM R., L'Etat et les entreprises électriques : quel pilotage public dans un marché libéralisé ? in : ASSOCIATION SUISSE DU DROIT PUBLIC DE L'ORGANISATION (ASDPO) (édit.), Droit de l'organisation – responsabilité des collectivités publiques – fonction publique, Annuaire 2009, p. 79 ss ;
- MARTENET V., Les droits fondamentaux dans les entreprises privatisées, in : ASSOCIATION SUISSE DU DROIT PUBLIC DE L'ORGANISATION (ASDPO) (édit.), Droit de l'organisation – responsabilité des collectivités publiques – fonction publique, Annuaire 2008, p. 125 ss ;
- MAYHALL N., Aufsicht und Staatshaftung, thèse Fribourg 2008 ;
- MOOR P., Droit administratif, vol. II : Les actes administratifs et leur contrôle, 2ème éd., Berne 2002 (cit. : MOOR, vol. II) ;
- MOOR P., Droit administratif, vol. III : L'organisation des activités administratives, Les biens de l'Etat, Berne 1992 (cit. : MOOR, vol. III) ;
- MÜLLER G., Die Aufsicht über die selbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalten im Kanton Zürich, ZBl 2009, p. 473 ss ;
- NOBEL P., Einflussmöglichkeiten des Gemeinwesens auf die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch verwaltungsexterne Rechtsträger, in : JAAG T. (édit.), Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Zurich 2000, p. 135 ss ;
- POLTIER E., Les entreprises d'économie mixte, Etude de droit suisse et de droit comparé, thèse Lausanne 1983 ;
- PREMAND V., Le contrôle étatique en droit des sociétés, in : DUNAND/MAHON (édit.), Le droit décloisonné – interférences et interdépendances entre le droit privé et le droit public, Genève 2009, p. 437 ss ;
- RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2ème éd., Bâle 2011 ;
- STÖCKLI A., Informationsrechte der Staats als Aktionär, in : Festschrift für Peter Hänni zum 60. Geburtstag, Berne 2010, p. 217 ss ;

- TERCIER/AMSTUTZ (édit.), Code des Obligations II, Commentaire Romand, Bâle 2008 (cit.: AUTEUR, CR CO-II) ;
- THÜRER/AUBERT/MÜLLER, Droit constitutionnel suisse, Zurich 2001 ;
- VENTURI/BAUEN, Le conseil d'administration, Organisation – Attributions – Responsabilité – Corporate Governance, Zurich 2007 ;
- VEZ P., La fondation : lacunes et droit désirable – Une analyse critique et systématique des articles 80 à 89 CC, thèse Berne 2004 (cit. : VEZ, Thèse) ;
- VEZ P., Le nouveau droit des fondations, Aspects civils de la nouvelle du 8 octobre 2004, in : Jusletter du 18 juillet 2005 (cit. : VEZ, Nouveau droit) ;
- VON DER CRONE/WEBER/ZÄCH/ZOBL (édit.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zurich 2003 ;
- WATTER/VOGT/BAUER/WINZELER (édit.), Bankengesetz, Basler Kommentar, Bâle 2005 (cit.: AUTEUR, BaKomm. BankG) ;
- WERRO F., La responsabilité civile, Berne 2005 ;
- ZIMMERLI U., Bundesversammlung, p. 1027 ss, in : THÜRER/AUBERT/MÜLLER, Droit constitutionnel suisse, Zurich 2001 ;
- ZUFFEREY J.-B., Pour un droit suisse de la surveillance. Réflexion prospective à l'aube d'un siècle des (...)tions, RDAF 2001 I, p. 59 ss (cit. : ZUFFEREY, Surveillance) ;
- ZUFFEREY J.-B., Questions de droit public: aménagement du territoire, autorisation de construire et responsabilité des collectivités, in : BACHMANN/WENK/ZUFFEREY (édit.), Sécurité parasismique des bâtiments – Questions juridiques et responsabilité, Documentation SIA D 0227, Zurich 2010, p. 31 ss, (cit. : ZUFFEREY, Sécurité parasismique).

3. Abréviations

al.	alinéa
art.	article
BaKomm.	Basler Kommentar
BCF	Banque cantonale de Fribourg
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
cf.	confer
chap.	chapitre
ch.	chiffre
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) (Code des obligations ; RS 220)
cons.	considérant
CR	Commentaire romand
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
Cst. FR	Constitution du canton de Fribourg du 16 mai 2004 (RSF 10.1)
DETEC	Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication
ECAB	Etablissement cantonal d'assurance des bâtiments contre l'incendie et les autres dommages
éd.	édition
édit.	éditeur
ég.	également
FF	Feuille fédérale
idid.	ibidem (au même endroit)
id.	idem (le même)
JdT	Journal des Tribunaux
LACC	Loi fribourgeoise du 22 novembre 1911 d'application du code civil suisse pour le canton de Fribourg (RSF 210.1)
LApEl	Loi fédérale du 23 mars 2007 sur l'approvisionnement en électricité (RS 734.7)
LB	Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (RS 952.0)
LBCF	Loi fribourgeoise du 22 novembre 1988 sur la Banque cantonale de Fribourg (RSF 961.1)
LBVM	Loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (RS 954.1)
LCdF	Loi fédérale du 20 décembre 1957 sur les chemins de fer (RS 742.101)
LECAB	Loi fribourgeoise du 6 mai 1965 sur l'assurance des bâtiments contre l'incendie et les autres dommages (RSF 732.1.1)
LFH	Loi fédérale du 22 décembre 1916 sur l'utilisation des forces hydrauliques (RS 721.80)

LFus	Loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (RS 221.301)
lit.	litera (lettre)
LOCEA	Loi fribourgeoise du 16 octobre 2001 sur l'organisation du Conseil d'Etat et de l'administration (RSF 122.0.1)
LOCN	Loi fribourgeoise du 7 mai 1996 sur l'Office de la circulation et de la navigation (RSF 122.23.7)
LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (RS 281.1)
LRCF	Loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (RS 170.32)
LRHF	Loi fribourgeoise du 27 juin 2006 concernant le Réseau hospitalier fribourgeois (RSF 822.0.1)
LSR	Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur l'agrément et la surveillance des réviseurs (RS 221.302)
N	numéro(s) marginal(aux)
n°	numéro(s)
OApEI	Ordonnance fédérale du 14 mars 2008 sur l'approvisionnement en électricité (RS 734.71)
OCFIF	Ordonnance fédérale du 4 novembre 2009 sur les concessions et le financement de l'infrastructure ferroviaire (RS 742.120)
OCN	Office de la circulation et de la navigation
OITRV	Ordonnance fédérale du 11 novembre 2009 sur l'indemnisation du trafic régional de voyageurs (RS 745.16)
op. cit.	opere citato (l'œuvre indiquée)
ORCO	Ordonnance du DETEC du 18 décembre 1995 concernant la comptabilité des entreprises de transport concessionnaires (RS 742.221)
p.	page(s)
p. ex.	par exemple
phr.	phrase
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RHF	Réseau hospitalier fribourgeois
PJA	Pratique judiciaire actuelle
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSBL	Recueil systématique de la législation de Bâle-Campagne
RSF	Recueil systématique de la législation fribourgeoise
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RSV	Recueil systématique de la législation vaudoise
s.	suisvant(e)
SJ	Semaine judiciaire
ss	suisvant(e)s
TF	Tribunal fédéral
vol.	volume
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht

II. LE RESUME DES CONCLUSIONS

A l'issue de notre analyse, nous parvenons aux principales conclusions suivantes :

1. La présente expertise s'impose des délimitations : (1) elle appréhende les participations de l'Etat dans des sociétés, des établissements et des fondations, à l'exclusion de toutes les autres implications indirectes comme les subventions ou les associations. (2) Les études en matière de Public Corporate Governance sont très nombreuses ; celle-ci se limite à ce qui est nécessaire afin de formuler des conclusions pratiques pour la situation particulière du canton de Fribourg. (3) Il ne s'agit pas d'examiner le bien-fondé en lui-même des participations de l'Etat mais uniquement la manière de les gérer. (4) Non plus que les procédures de décentralisation ou de partenariat public-privé. (5) Non plus que les questions internes aux entreprises (organisation, management, contrôle) ou encore leurs marchés publics. (6) Non plus que les instruments de contrôle à dispositions du Grand Conseil. (7) Les canaux de la surveillance administrative ordinaire des entités concernées ne sont pas conçus pour asseoir une politique de propriétaire ; le vecteur de la concession fait quelque peu exception à cette affirmation.
2. La question centrale à examiner est celle de savoir si et comment l'Etat peut influencer les décisions des entités dans lesquelles il possède des participations ou des intérêts. Cette question impose d'analyser les éléments successifs suivants : (1) les différentes catégories d'entités que l'Etat "possède" ; (2) les réglementations qui les gouvernent et donc qui régissent les droits et obligations de l'Etat (en tant que participant ordinaire ou étatique) ; (3) le niveau de contrôle qu'une collectivité publique peut exercer de manière générale et abstraite sur chaque type d'entité ; (4) la responsabilité potentielle de dite collectivité pour ses interventions (directement ou par l'intermédiaire de ses représentants) ; (5) les instruments juridiques de contrôle dont l'Etat dispose ou pourrait (devrait) disposer.
3. Les sociétés, établissements et fondations de l'Etat représentent une forme de privatisation des activités étatiques ou de décentralisation administrative. Cette privatisation, respectivement décentralisation, ne dispense pas l'Etat de l'obligation de se soucier de la façon dont ses entités fonctionnent. Le choix de l'instrument de contrôle à cet effet et son intensité dépendent du degré d'autonomie que l'Etat entend accorder à chaque entité ; cette autonomie doit être dictée par le type de tâche que l'Etat externalise.
4. L'examen des éléments qui constituent le patrimoine administratif du canton de Fribourg amène aux conclusions suivantes : (1) les placements financiers de l'Etat ne font pas l'objet d'une politique d'influence ; (2) les cinq grands établissements de droit public reposent sur une loi qui permet à l'Etat d'y exercer son contrôle. Il en va de même des grandes fondations de droit public ; (3) la question du contrôle mérite par contre une analyse pour les sociétés de droit privé ; seules deux d'entre elles sont en majorité en main de l'Etat. Mutatis mutandis, cette affirmation vaut aussi pour les fondations de droit privé.
5. Les moyens de contrôle dont l'Etat dispose en tant que détenteur de parts dans une société anonyme respectivement propriétaire d'un établissement ou d'une fondation dépendent du statut juridique de l'entité concernée et doivent être examinés de cas en cas. Les sources juridiques à considérer sont les suivantes : (1) en droit fédéral : le Code des obligations ; la loi sur les fusions ; les législations spécifiques comme celle sur les chemins de fer ou le transport des voyageurs, ou encore celle sur l'approvisionnement en électricité. (2) En droit

cantonal : la Constitution (art. 54) la loi sur l'organisation du Conseil d'Etat et de l'administration (LOCEA) (avant tout l'art. 54) ; les législations spécifiques à chaque entité ; les textes internes aux entreprises (statuts, règlements d'organisation voire convention d'actionnaires) ; les législations plus générales, comme la LACC (qui codifie la création et les obligations des entités étatiques). Pour ce qui est des fondations de droit privé, il n'y a en principe que le Code civil (art. 80 ss) et les statuts de chaque entité.

6. Le chap. VI de ce rapport décrit les trois composantes qui délimitent le niveau du contrôle que l'Etat peut exercer sur ses entités : (1) l'étendue de la tâche publique ou de l'intérêt public délégué à l'entité externalisée et la politique du propriétaire qui en résulte ; (2) les diverses formes juridiques que ces entités peuvent revêtir ; (3) les buts des établissements et des fondations ; les caractéristiques de l'entreprise en droit privé (en particulier son objectif de profit).
7. Pour cette dernière, la collectivité est confrontée à trois questions : (1) les objectifs qu'elle poursuit sont-ils compatibles avec ceux d'une entreprise commerciale ? (2) Comment les représentants de la collectivité au sein des organes de l'entreprise doivent-ils gérer les risques de conflit d'intérêts ? (3) Quelles sont les informations que la collectivité peut/doit recevoir de ses représentants ?
8. La responsabilité de la collectivité en raison de ses intérêts dans des entreprises peut être engagée de différentes manières (cumulatives) et donc à des degrés divers : (1) en tant qu'actionnaire ou propriétaire, sa responsabilité se limite à son investissement. (2) Sa responsabilité « sociale » peut être délimitée juridiquement. (3) En tant qu'autorité de surveillance, la responsabilité de la collectivité est indépendante de sa participation dans l'entité concernée. (4) La responsabilité civile du droit privé s'attache à l'entreprise concernée et non pas à la collectivité qui en est propriétaire (sous réserve du cas où elle interviendrait comme organe de fait). (5) La responsabilité des administrateurs de société ou des organes de fondation est le véritable risque qu'encourt la collectivité propriétaire d'entités externalisées, dans le cas où ils agissent comme représentants de la collectivité. (6) La responsabilité fondée sur la confiance est une possibilité juridique mais qui génère pour la collectivité un risque très limité. (7) La collectivité n'encourt aucune responsabilité pour la fondation qu'elle crée, mais elle peut répondre des actes illicites de ses représentants dans le conseil de fondation (y compris envers la fondation). (8) Aucune des lois fribourgeoises spécifiques aux fondations de droit public ne contient de prescription sur le régime de responsabilité applicable. Sous certaines conditions, la loi cantonale sur la responsabilité de l'Etat pourrait l'être. (9) Un système analogue vaut pour les établissements de droit public, comme la BCF.
9. L'analyse des instruments de contrôle en place dans la Confédération et certains autres cantons conduit aux constats suivants : (1) la situation dans le canton de Fribourg ne correspond pas à ce qui est désormais un standard dans l'ordre juridique suisse, puisqu'il ne dispose pas de textes spécifiques à la gestion de ses participations, établissements et fondations. (2) Les instruments juridiques existants sont contenus dans des actes de type soit législatifs soit administratifs, sans qu'il soit possible de définir dans quel cas c'est une solution plutôt que l'autre qui doit être utilisée. (3) Deux tendances coexistent : l'une prône la transparence comme moyen de contrôle ; l'autre plus incisive tend à gérer les participations cantonales par une intense communication entre autorités et représentants et par l'exigence faite à ces derniers de suivre les buts que l'Etat fixe. (4) Les deux systèmes ne permettent pas

de garantir une gestion de l'entité externalisée dans le sens voulu par la collectivité. En effet, la transparence ne contraint nullement la société à agir d'une certaine manière, si ce n'est en raison d'une certaine pression publique. Quant aux instructions données aux représentants – dans la mesure limitée où elles sont possibles pour les administrateurs de sociétés privées – elles ne permettent pas de garantir un résultat, car les décisions dépendent de la majorité au sein des organes de chaque entité. Le droit pour l'Etat de révoquer les administrateurs – lorsqu'il existe – exerce un réel effet de discipline. (5) Les textes ne traitent guère le problème des conflits d'intérêts, mais permettent au moins de les mettre à jour.

10. Les instruments de contrôle à mettre en place dans le canton de Fribourg peuvent s'apprécier de la manière suivante : (1) une modification de la Constitution n'est pas nécessaire. (2) Vu le nombre réduit de participations que l'Etat possède, un mécanisme de surveillance ponctuelle paraît suffisant (sans loi générale comme dans le canton de Vaud). Le pouvoir général de surveillance dont le gouvernement dispose déjà sur les entités publiques devrait être renforcé et étendu aux entités privées. Il pourrait trouver son fondement dans la loi sur les finances en lien avec les règles comptables et dans la loi sur l'organisation du Conseil d'Etat et de l'administration. (3) Sa mise en œuvre devrait faire l'objet de directives ou de mesures administratives de cas en cas. Elles régiraient le comportement des représentants de l'Etat et l'information du Conseil d'Etat.

III. LES « PARTICIPATIONS » DE L'ETAT

1. La notion

Il n'existe pas de définition officielle de ce qu'il faut entendre par « participation » de la collectivité dans les entreprises du secteur privé. Pour les besoins de la présente expertise, on peut se fonder sur la formulation suivante : il s'agit d'une entité en la forme d'un établissement autonome de droit public ou privé (par exemple une fondation) ou encore d'une société du Code des obligations, à laquelle la collectivité est partie active et qui accomplit des tâches cantonales à travers une décentralisation matérielle ; une telle participation a comme condition un support étatique (partiel) et une influence sur la conduite de l'entité concernée¹.

Avec une telle définition, on exclut du champ d'analyse toutes les situations où la collectivité est indirectement impliquée dans l'activité d'une entité, par exemple au travers de subventions. C'est souvent le cas pour les associations auxquelles la collectivité adhère.

En prenant et détenant de telles participations, l'Etat peut poursuivre les cinq buts suivants : garantir la sécurité de l'approvisionnement et l'approvisionnement de base ; minimiser l'exposition aux risques pour le canton ; conduire les entreprises économiques ; assurer l'utilisation parcimonieuse des moyens publics ; générer une distribution adéquate des bénéfices au canton².

¹ Cf. Kommentar zu den Richtlinien des Kantons Aargau zur Public Corporate Governance, 7 mars 2007, p. 5.

² Id., R1.

2. Les questions consécutives

Dès l'instant où une collectivité publique possède de telles « participations », elle se trouve confrontée inévitablement à diverses questions : quels sont les buts qu'elle entend poursuivre à travers elles ? Quels sont les droits qui lui reviennent en tant que propriétaire « normal » ? Et en tant que propriétaire étatique ? Quels sont les considérations, intérêts et obligations qu'elle doit prendre en compte dans l'exercice de ces droits ? Il s'agira en particulier des dimensions suivantes : les risques économiques liés à l'activité privée et potentiellement incompatibles avec les tâches de la collectivité ; la responsabilité de cette dernière envers d'autres propriétaires/actionnaires (y compris d'autres collectivités), les conflits potentiels entre les intérêts de la collectivité et ceux des sociétés dont elle est actionnaire (par exemple dans l'assujettissement au droit des marchés publics) ; les questions de responsabilité (civile) de la collectivité générées par sa représentation dans les organes des entités concernées (conseil d'administration ; conseil de fondation) au travers soit d'agents publics soit de mandataires soumis à directives.

C'est dans ce contexte général que se situe le problème de l'Etat lorsqu'il prend une décision relative à une situation concrète au sujet du comportement d'une entité à laquelle il participe : comment l'Etat peut-il mettre en œuvre cette décision compte tenu des contraintes auxquelles il est assujéti en agissant par le biais d'une entité tierce, à laquelle il ne peut pas simplement donner des instructions ? Ces contraintes ne relèvent pas seulement des principes de l'activité administrative, mais aussi des normes qui régissent la gestion des entreprises publiques, mixtes ou privées.

3. La privatisation et l'Etat garant de l'intérêt public

3.1. La privatisation et ses limites

Les limites à la capacité de diriger les activités des entités autonomes de l'administration décentralisée représentent le prix que l'Etat est obligé de payer pour les gains d'efficacité et d'efficacité qu'il escompte retirer de la délégation à des entités externes de certaines tâches relevant de sa compétence.

C'est dans cette perspective que le Conseil fédéral, dans son « Rapport sur le gouvernement d'entreprise » du 13 septembre 2006 a élaboré une typologie des tâches et fixé des critères de décision concernant leur adéquation à l'externalisation³. En termes résumés, il en ressort que certaines tâches relèvent d'une manière tellement immédiate de la puissance publique que leur externalisation soit n'est pas concevable soit ne l'est qu'à un degré très limité. Parmi ces tâches sont incluses surtout celles qui se caractérisent par d'importantes interventions dans les droits fondamentaux des administrés et des tâches « ministérielles » telles que la préparation des dossiers politiques. Les tâches de surveillance de l'économie ou de sécurité demandent un haut niveau d'indépendance par rapport à toute influence politique, indépendance qui doit en même temps être exercée dans des limites strictes fixées par l'Etat ; il s'ensuit que ces tâches ne sont guère propices à la privatisation. Il en va de même pour les tâches qui consistent en des prestations pour lesquelles un libre marché concurrentiel n'existe pas, avec pour conséquence qu'il incombe à l'Etat de les fournir. Dans cette catégorie tombent surtout les prestations de la formation et de la culture.

³ Rapport du Conseil fédéral du 13 septembre 2006 sur l'externalisation et la gestion des tâches de la Confédération, FF 2006, p. 7799 ss (ci-après : Rapport 2006).

Il y a par contre d'autres prestations où un intérêt public important commande qu'elles soient fournies régulièrement et pour lesquelles la loi impose un service minimal, mais qui peuvent néanmoins être soumises à la concurrence du marché. Parmi ces prestations, celles qui relèvent du domaine de la poste et des réseaux de télécommunication, des transports et de l'énergie sont les plus importantes ; bien que partiellement régulées, elles sont très largement commercialisables et peuvent être financées par des recettes qui sont fonction des prix du marché⁴.

Ces activités sont particulièrement aptes à l'externalisation. Depuis la fin du XX^e siècle, sous l'influence de la globalisation et dans une recherche d'efficacité accrue, la privatisation de ces services jusqu'alors traditionnellement fournis par des entités du droit public, est devenue l'un des phénomènes les plus répandus dans les appareils étatiques du monde entier. L'externalisation s'est imposée surtout en raison de la flexibilité accrue des entreprises autonomes dans les processus de décision – par comparaison avec l'administration publique – ce qui leur permet de réagir plus rapidement aux développements dans des marchés qui se trouvent de plus en plus dans un état de transformation perpétuelle.

Enfin, certaines activités en soi très administratives peuvent justifier une autonomie accrue pour d'autres motifs, notamment constitutionnels (ainsi les universités sur la base de la liberté académique).

3.2. Les formes juridiques de la privatisation

Au cours de ces dernières années, les avantages et désavantages des formes juridiques disponibles en droit suisse pour supporter la décentralisation ont fait l'objet de plusieurs études au niveau fédéral, notamment dans le débat sur la privatisation de la Poste et des Chemins de fer fédéraux ; de même au niveau cantonal, en particulier pour ce qui est des services de transports publics et pour l'approvisionnement en énergie.

En général, il faut constater une préférence marquée pour la société anonyme comme entité la mieux adaptée pour subvenir aux exigences des collectivités publiques qui externalisent leurs tâches, cela notamment en raison des possibilités qu'elle offre d'associer plusieurs acteurs aussi bien publics que privés (actionnaires) et pour la liberté d'organisation qui la caractérise. Les collectivités peuvent choisir la société anonyme « de droit public » : elle est prévue à l'art. 763 CO ; son but et son organisation sont déterminés par une loi spéciale qui remplit une fonction comparable à celle des statuts pour la société anonyme de droit privé. Les collectivités peuvent aussi choisir cette dernière forme pour leur entité externalisée ; elle est alors régie par les art. 620 ss. CO (cf. ci-après ch. V.1.1).

Il est plus difficile de dire de manière générale dans quels cas la collectivité choisit la forme de la fondation ; tout au plus semble-t-il qu'elle entend manifester une volonté de poursuivre un but

⁴ Pour plus de détails, cf. p. ex. KNAPP, p. 120 s : « Depuis longtemps, l'État participe à la vie économique pour assurer certaines prestations en faveur des citoyens ; pendant une période prolongée, il a agi dans le cadre de monopoles assurant un service de nature industrielle ou commerciale fondamentale et considéré comme indispensable au bon fonctionnement de la société (chemins de fer, poste et télécommunications, enlèvement des ordures ou de la neige, construction et entretien des routes, voire aussi services hospitaliers ou d'instruction publique et établissements d'assurance de toute nature). Dans ce cadre, la collectivité publique agit sous la forme d'entités de droit public (collectivités publiques, établissements publics autonomes avec ou sans personnalité juridique, services administratifs), de concessions ou de délégations à tiers privés qui agissent comme mandataires de l'État. »

idéal, d'y affecter toutes les ressources éventuellement générées et de maintenir ce statut à long terme. Comme pour la société anonyme, la fondation peut revêtir une forme de droit privé (art. 80 ss CC) ou de droit public ; dans ce dernier cas, une loi la crée, l'organise et la régit.

Un établissement est une masse de biens affectés à un objectif défini. Il n'existe qu'en droit public. Ce n'est donc pas vraiment une forme de privatisation ; il permet néanmoins d'externaliser une tâche étatique puisqu'en principe l'établissement possède la personnalité morale.

Le choix de la forme juridique dépend en particulier de la nature de l'activité dont il s'agit. Plus l'intérêt public à assurer cette activité est grand, plus l'Etat cherchera à se ménager un droit de donner des instructions à ceux qui dirigent l'entité concernée. Pour les prestations les plus sensibles politiquement, ce sont la société de droit public, la fondation de droit public ou l'établissement qui seront les plus adéquats. La capacité de la collectivité à influencer sur leur gestion est plus ou moins garantie : même si dans la forme ils ressemblent aux entités privées, ils sont de par leur nature soumis au droit qu'a le pouvoir étatique de les diriger.

3.3. Privatisation et surveillance

L'externalisation de certaines tâches à des entités privées ne met pas fin à l'intérêt pour la collectivité qu'elles soient accomplies et qu'elles le soient d'une manière conforme – ou du moins compatible – avec les principes fondamentaux de l'administration publique et les lignes directrices que la collectivité a décidé d'appliquer dans sa politique (notamment sociale et environnementale). Il s'en suit qu'en confiant les activités d'intérêt public à des entités externes, la collectivité se doit de garder sa capacité d'influer sur leur comportement (pour plus de détails sur cette "surveillance " minimale, cf. ci-après ch. VI). Cette capacité dépend largement de la forme juridique choisie pour l'entité chargée de fournir les prestations considérées (cf. ci-dessus ch. 3.2).

Dans les cas où la collectivité considère que l'intérêt public à des prestations d'approvisionnement fondamentales n'est pas suffisant pour exiger un contrôle direct de l'entité concernée, mais qu'il lui impose néanmoins de se garder une possibilité d'influencer certains aspects des activités qui y sont liées, elle a alors plusieurs moyens à sa disposition :

1. Pour les prestations à propos desquelles la concurrence commerciale est bien développée – par exemple pour l'approvisionnement en denrées alimentaires ou en médicaments ou encore dans le domaine des services bancaires – la collectivité peut se contenter d'instituer des moyens de surveillance.
2. A Fribourg, cette surveillance se heurte cependant à un obstacle : dans les domaines où l'intérêt public commande une telle intervention, le législateur fédéral a fréquemment attribué à la Confédération le pouvoir de surveillance, si bien que l'Etat ne peut pas agir. Par contre, l'octroi de concessions relève très souvent de la compétence des cantons ; il représente un instrument d'influence à leur disposition : il leur permet de dicter certaines règles de comportement aux sociétés concessionnaires, sans égard au fait que l'Etat y détienne ou non des participations. Le Code des obligations n'instaure pas d'obligation de loyauté de la part des actionnaires ; par contre, rien n'empêche les cantons d'attacher des conditions strictes à l'octroi d'une concession. Cette possibilité persiste même si cela peut avoir un effet défavorable sur les objectifs de la société concessionnaire, aussi longtemps

que l'équilibre économique de la concession n'est pas rompu (cf. art. 48 LFH en matière de concessions hydrauliques).

3. Dans d'autres domaines, c'est au travers de ses participations que la collectivité peut se faire entendre auprès des organes des sociétés anonymes ou des fondations.
4. Pour les cas où la collectivité ne veut pas se contenter du statut d'actionnaire mais souhaite bénéficier d'un statut privilégié au sein d'une société de droit privé, l'art. 762 CO prévoit que ses statuts peuvent conférer à une collectivité le droit de nommer des représentants au sein du conseil d'administration ou de l'organe de révision (donc sans passer par l'assemblée générale des actionnaires). Alors que la disposition légale prévoit que ce régime préférentiel peut être institué même si la collectivité n'est pas actionnaire de la société, dans la règle il est utilisé lorsqu'elle détient une participation qui n'est pas suffisamment importante pour lui permettre de faire valoir ses intérêts par le seul biais de son statut d'actionnaire. C'est dans ce cas de figure que l'on parle de sociétés d'économie mixte.

Ces moyens d'action en cas de privatisation sont ceux dont dispose l'organe exécutif de la collectivité (en l'espèce le Conseil d'Etat). A signaler au surplus que le pouvoir législatif aussi peut bénéficier de certains instruments de surveillance (rapports, commissions de gestion ou d'enquête, haute surveillance)⁵ ; ils ne font pas l'objet de la présente étude.

IV. LE PATRIMOINE ADMINISTRATIF DU CANTON DE FRIBOURG

1. La vue d'ensemble

1.1. Patrimoine financier et patrimoine administratif

Le canton de Fribourg détient des parts dans une quarantaine d'entités de droit public ou de droit privé d'une valeur comptable de presque 170'000'000 francs.⁶ A peu près 10% de cette somme font partie du patrimoine financier du canton ; il s'agit alors des placements financiers dans des

⁵ Ces instruments sont en développement; en particulier, le rapport annuel du gouvernement sur les participations de l'Etat devient un standard. Cf. ég. au niveau fédéral la loi fédérale du 17 décembre 2010 relative à la participation de l'Assemblée fédérale au pilotage des entités devenues autonomes (FF 2010, p. 8211 ss); ég. MÜLLER/VOGEL, Oberaufsicht über verselbständigte Träger von Bundesaufgaben, ZBl 2010, p. 649 ss.

⁶ La composition des actifs dans le bilan du patrimoine de l'Etat est réglée dans la loi fribourgeoise sur les finances de l'Etat du 25 novembre 1994 (RSF 610.1) ; en vertu de son art. 14 (modifié au 1^{er} janvier 2011) :

¹ L'actif se compose du patrimoine financier, du patrimoine administratif, des avances aux fonds spéciaux ainsi que de l'éventuel découvert du bilan.

² Le patrimoine financier comprend les biens aliénables sans nuire à l'exécution des tâches d'intérêt public.

³ Le patrimoine administratif comprend les biens indispensables à l'accomplissement des tâches d'intérêt public.

⁴ Le découvert correspond à l'excédent des engagements sur les actifs.

actions et des parts sociales de sociétés anonymes ou de coopératives sur la gestion desquelles le canton n'a ni une obligation légale ni la prétention d'avoir de l'influence⁷.

Pour le reste, ils s'agit du patrimoine dit administratif de l'Etat ; il se compose des participations dans des entités autonomes de l'administration décentralisée, soit des établissements ou des fondations de droit public dont le canton détient la propriété, soit des sociétés anonymes de droit privé dont le canton est, suivant les cas, actionnaire majoritaire ou minoritaire.

La participation du canton dans ces entités du patrimoine administratif résulte du fait qu'elles sont censées aider l'Etat dans l'exécution de ses tâches publiques. En rappelant ce fait, il apparaît comme naturel que l'Etat ait à sa disposition des moyens d'influer sur les décisions stratégiques et sur la gestion de ces entités. C'est donc à leur égard avant tout que valent les analyses dans les paragraphes qui suivent ; on ne saurait cependant se focaliser trop sur ces catégories : l'Etat pourra être confronté au problème politique lié à l'une de ses participations même si elle appartient à son patrimoine financier. Il faut au surplus réserver les cas où l'Etat se contente de participer aux frais de fonctionnement d'entités du patrimoine administratif (exemple : Sanima – Etablissement d'assurance des animaux de rente), de subventionner ou d'octroyer des prêts (exemple : Crema), mais n'entend pas exercer un rôle actif.

Influence et contrôle sont des exigences de la démocratie. Au regard de la responsabilité politique du gouvernement et du législateur, il n'est pas admissible que des entités du patrimoine administratif n'y soient pas assujetties ; elles doivent être conduites dans l'optique de leurs objectifs légaux et/ou statutaires. Cette affirmation s'impose aussi sous l'angle du risque financier pour la collectivité ; cela ne signifie pas pour autant qu'elle doit attirer toutes leurs décisions à caractère financier car un tel régime irait à l'encontre de leur autonomie.

1.2. Les entités de droit public les plus importantes

En ce qui concerne les entités autonomes du droit public, il en existe aujourd'hui plusieurs dans le canton. Chacune de ces entités fait l'objet d'une loi spéciale, qui détermine le statut juridique, le but, le domaine d'activité et les modalités d'administration de l'entité en question. Il s'agit des lois suivantes :

- 1.1. Loi du 6 mai 1965 sur l'assurance des bâtiments contre l'incendie et les autres dommages⁸.
- 1.2. Loi du 7 mai 1996 sur l'Office de la circulation et de la navigation⁹.
- 1.3. Loi du 19 novembre 1997 sur l'Université¹⁰.

⁷ Au niveau fédéral, la loi sur les finances de la Confédération du 7 octobre 2005 (Loi sur les finances, LFC) prévoit ce qui suit à son art. 62 au sujet du placement des capitaux disponibles :

¹ L'AFF place les capitaux non utilisés comme moyens de paiement de manière à offrir toute garantie et à porter intérêt aux conditions du marché. Ils sont inclus dans le patrimoine financier.

² L'acquisition d'immeubles ou de parts du capital d'entreprises à but lucratif n'est pas autorisée à des fins de placement.

³ Les avoirs provenant de fonds spéciaux créés par un acte législatif peuvent être placés aux conditions définies par les dispositions en matière de prévoyance professionnelle.

⁸ RSF 732.1.1.

⁹ RSF 122.23.7.

¹⁰ RSF 430.1.

1.4. Loi du 22 novembre 1988 sur la Banque cantonale de Fribourg¹¹.

1.5. Loi du 27 juin 2006 concernant le Réseau hospitalier fribourgeois¹².

L'ECAB, l'OCN et le RHF sont les plus importants établissements de droit public dotés de la personnalité juridique et qui sont rattachés administrativement à l'une des directions du Conseil d'Etat. L'Université de Fribourg et la BCF sont qualifiés de « personnes morales de droit public », la première en étant « autonome dans les limites de la loi », la seconde « distincte de l'Etat ». L'Université est assujettie à la surveillance du Conseil d'Etat (par l'intermédiaire de la Direction de l'instruction publique, de la culture et du sport). En outre, huit des seize membres de son « organe délibératif » (le Sénat) sont désignés par l'Etat.

La BCF – la seule de ces entités à être dotée d'un capital propre – est soumise à la surveillance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA). Les principes généraux de la politique de la Banque sont arrêtés par son conseil d'administration, dont six membres sur sept sont nommés par l'Etat (trois par le Grand Conseil et trois par le Conseil d'Etat). De par le fait que des lois spécifiques règlent les activités de ces entités, les conflits entre leurs intérêts propres et ceux de l'Etat sont largement exclus¹³ (cf. ci-après ch. VI et IX.2.4).

1.3. Les entités de droit privé les plus importantes

Selon ce qui ressort du compte administratif 2009 du canton de Fribourg, la situation est la suivante :

1. L'Etat est actionnaire majoritaire dans deux sociétés anonymes : dans Groupe E, il détient 78,5% des actions pour une valeur nominale de 54'000'000 francs ; dans les Transports publics fribourgeois (TPF), il détient 56,6 % des actions pour une valeur nominale de 9'443'000 francs.
2. Il détient encore d'autres participations importantes comme dans Télégruyère SA (48,0% pour une valeur nominale de 96'000 francs), dans la Société anonyme pour le chauffage à distance du Plateau de Pérolles Placad SA (33,0% pour une valeur nominale de 495'000 francs), dans la SAIDDEF (25,2% pour une valeur nominale de 6'800'000 francs), dans Y-Parc SA (23,8% pour une valeur nominale de 50'000 francs), dans la Société de navigation sur les lacs de Neuchâtel et Morat SA (21,0% pour une valeur nominale de 713'380 francs), dans la Société immobilière Grenette SA (19,0% pour une valeur nominale de 190'000 francs) et dans la société Agy Expo SA où sa participation atteint désormais 40% (pour une valeur nominale de 8'000'000 francs). A mentionner également la nouvelle société d'économie mixte « Remontées Mécaniques Fribourgeoises SA » qui a été créée en date du 21 décembre 2009 avec un capital-actions de 100'000 francs et dont le Canton détient la majorité.

Pour toutes ces entités, la situation est plus compliquée que pour celles de droit public : alors qu'elles accomplissent d'une manière ou d'une autre une tâche publique (ou sont du moins engagées dans une activité d'intérêt public), leur statut juridique de société anonyme les soustrait

¹¹ RSF 961.1.

¹² RSF 822.0.1.

¹³ Pour plus de détails sur l'assujettissement des entités autonomes de droit public au contrôle des collectivités, cf. NOBEL, p. 141 ss.

à l'autorité directe de l'Etat ; l'influence de ce dernier sur leur stratégie et leur gestion se restreint a priori aux droits que le Code des obligations confère aux actionnaires. Techniquement parlant, le droit fédéral des sociétés l'emporte sur le droit public cantonal car il instaure un ordre juridique exhaustif (cf. art. 6 CC)¹⁴.

Dans cette situation, le potentiel de conflit existe et peut se réaliser en tout temps si les intérêts de l'Etat commandent que la société privée à laquelle il a confié une tâche publique agisse d'une manière qui ne peut pas ou ne peut que difficilement se justifier au regard des intérêts et du but statutaire de la société elle-même. Les débats autour de l'annonce en mai 2008 par Groupe E de son intention d'investir 162'000'000 de francs dans une centrale à charbon au nord de l'Allemagne en ont fourni un exemple récent : alors que Groupe E justifiait sa décision par la nécessité de s'approvisionner en énergie d'une manière aussi économique que possible, de nombreux membres du Grand Conseil s'y opposaient en invoquant des arguments liés aux intérêts de l'Etat dans la protection de l'environnement et le soutien aux entreprises locales. Dans sa réponse du 8 juillet 2008 à une question d'un membre du Grand Conseil, le Conseil d'Etat a souligné qu'il n'avait « pas été consulté préalablement sur cet investissement et n'avait pas à l'être ». Nonobstant la décision finale de Groupe E de s'abstenir de cet investissement, les débats que le dossier provoqua ont mis en évidence l'utilité de mieux définir les rapports entre l'Etat et les entreprises auxquelles il confie l'exécution de tâches publiques¹⁵.

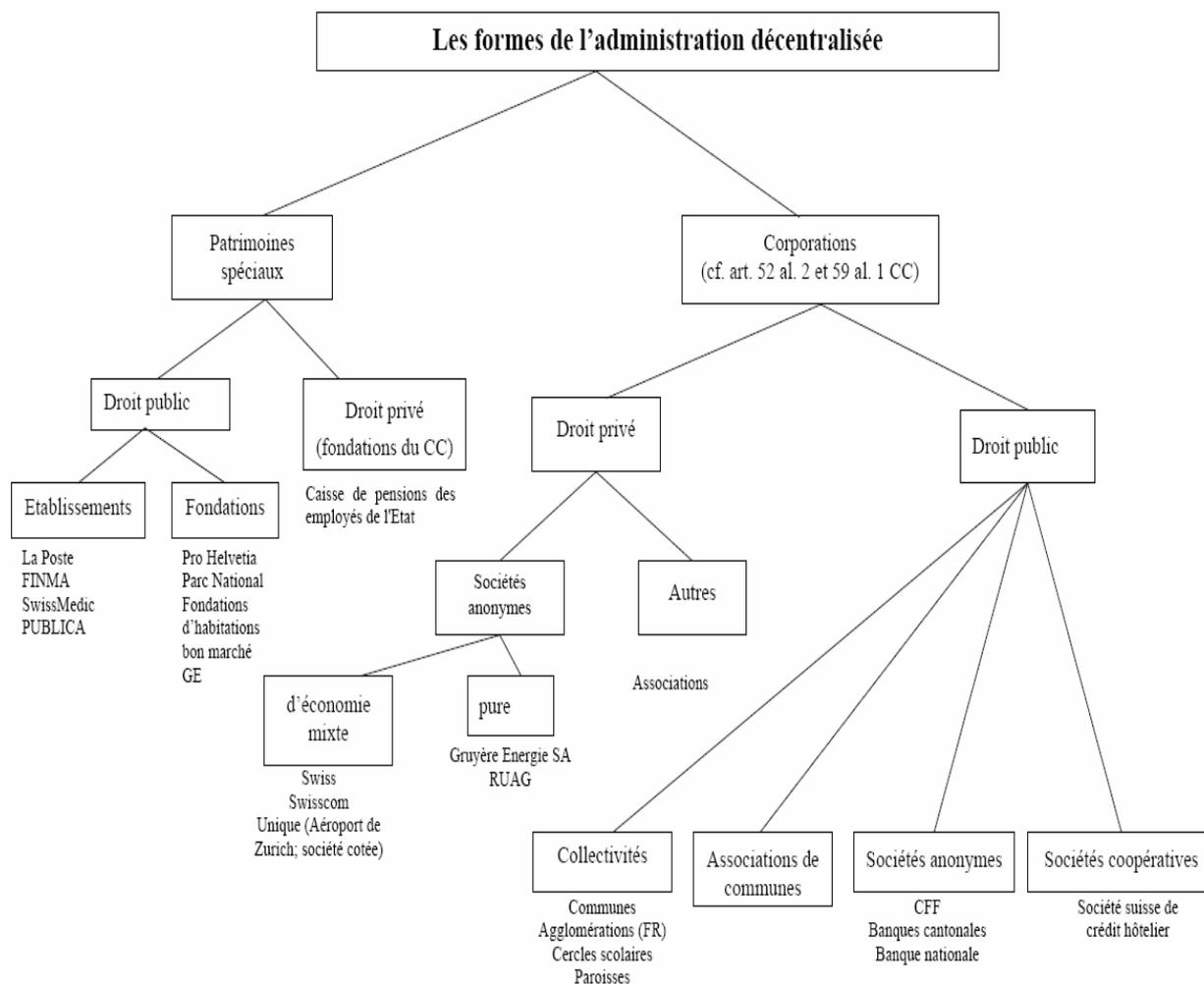
2. Un répertoire plus détaillé

Les entités de l'administration décentralisée du canton de Fribourg peuvent être classées en différentes catégories ; celles qui sont retenues ici correspondent au schéma ci-joint¹⁶. Les spécificités de chacune d'elles et leur régime de responsabilité seront développés dans les chapitres qui suivent (en particulier ch. VI et VII).

¹⁴ Cf. arrêt du TF 1C_22/2010, c. 3. Contrat : cf. POLTIER, p. 274 s. Pour plus de détails, cf. STÖCKLI, p. 252 ss et les autres références indiquées.

¹⁵ Cf. ég. l'article de BUSER D., PJA 2006, p. 387 ss au sujet du problème rencontré dans plusieurs cantons en lien avec leur prise de participation dans des centrales atomiques au travers d'entreprises électriques cantonales. Avec les événements de Fukushima au printemps 2011, cette question a pris encore plus d'importance.

¹⁶ Source : ZUFFEREY J.-B., Tableaux de droit administratif, documents de cours à l'Université de Fribourg, édition 2010-2011.



2.1. Les établissements de droit public

Ils peuvent être de niveau cantonal ou intercantonal, être constitués avec ou sans personnalité morale. La liste qui suit n'établit pas de distinction ; son objectif est uniquement d'illustrer quelle est l'importance des établissements qui composent le patrimoine administratif fribourgeois :

1. Archives de l'Etat, Bibliothèque cantonale et universitaire, Conservatoire, Musée d'archéologie, Musée d'art et d'histoire, Musée d'histoire naturelle en vertu de l'art. 3 de la loi du 2 octobre 1991 sur les institutions culturelles de l'Etat¹⁷. Dans ce contexte, on pourrait également mentionner chacun des collèges cantonaux ou encore l'Ecole de culture générale de Fribourg (ECGF), quand bien même ils ne font pas l'objet d'une législation spécifique.

¹⁷ RSF 481.0.1.

2. Banque cantonale de Fribourg (BCF) en vertu de l'art. 1 de la loi du 22 novembre 1988 sur la Banque cantonale de Fribourg¹⁸.
3. Caisse publique de chômage du canton de Fribourg en vertu de l'art. 19 de la loi du 13 novembre 1996 sur l'emploi et l'aide aux chômeurs¹⁹.
4. Centre de perfectionnement interprofessionnel (CPI) en vertu de l'art. 1 du règlement du 6 juillet 2004 du Centre de perfectionnement interprofessionnel²⁰.
5. Ecole du personnel soignant en vertu de l'art. 2 de la loi du 21 juin 1994 sur l'Ecole du personnel soignant²¹.
6. Etablissements de Bellechasse en vertu de l'art. 1 de la loi du 2 octobre 1996 sur les Etablissements de Bellechasse²².
7. Etablissement cantonal d'assurance des bâtiments (ECAB) en vertu de l'art. 10 de la loi du 6 mai 1965 sur l'assurance des bâtiments contre l'incendie et les autres dommages²³.
8. Etablissement cantonal des assurances sociales (qui regroupe les établissements que sont la Caisse cantonale de compensation AVS, la Caisse cantonale de compensation pour allocations familiales et l'Office cantonal de l'assurance-invalidité) en vertu de l'art. 1 de la loi du 9 février 1994 d'application de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants et de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité²⁴.
9. Gymnase intercantonal de la Broye en vertu de l'art. 2 Convention intercantonale du 9 décembre 2002 sur la création et l'exploitation du Gymnase intercantonal de la Broye²⁵.
10. Haute Ecole fribourgeoise de technique et de gestion (HEF-TG) en vertu de l'art. 1 de la loi du 2 octobre 2001 sur la Haute Ecole fribourgeoise de technique et de gestion²⁶.
11. Haute Ecole fribourgeoise de travail social (HEF-TS) en vertu de l'art. 2 de la loi du 9 septembre 2005 sur la Haute Ecole fribourgeoise de travail social²⁷.
12. Haute Ecole pédagogique (HEP) en vertu de l'art. 2 de la loi du 4 octobre 1999 sur la Haute Ecole pédagogique²⁸.
13. Haute Ecole spécialisée de Suisse occidentale (HES-SO) en vertu de l'art. 5 du Concordat intercantonal du 9 janvier 1997 créant une Haute Ecole spécialisée de Suisse occidentale²⁹.

¹⁸ RSF 961.1.

¹⁹ RSF 866.1.1.

²⁰ RSF 423.31.

²¹ RSF 821.12.4.

²² RSF 341.1.1.

²³ RSF 732.1.1.

²⁴ RSF 841.1.1.

²⁵ RSF 412.1.8.

²⁶ RSF 428.4.

²⁷ RSF 428.9.

²⁸ RSF 412.2.1.

14. Haute Ecole spécialisée santé-social de Suisse romande (HES-S2) en vertu de l'art. 5 de la Convention intercantonale du 6 juillet 2001 créant la Haute Ecole spécialisée santé-social de Suisse romande³⁰.
15. Haute Ecole suisse d'agronomie en vertu de l'art. 1 du Concordat du 30 juin 1964 concernant la Haute Ecole suisse d'agronomie³¹.
16. Institut agricole de l'Etat de Fribourg en vertu de l'art. 2 de la loi du 23 juin 2006 sur l'Institut agricole de l'Etat de Fribourg³².
17. Office cantonal du matériel scolaire en vertu de l'art. 1 de la loi du 13 septembre 2007 sur l'Office cantonal du matériel scolaire³³.
18. Office de la circulation et de la navigation (OCN) en vertu de l'art. 1 de la loi du 7 mai 1996 sur l'Office de la circulation et de la navigation³⁴.
19. Réseau fribourgeois de soins en santé mentale (RSFM) en vertu de l'art. 4 de la loi du 5 octobre 2006 sur l'organisation des soins en santé mentale³⁵.
20. Réseau hospitalier fribourgeois (RHF) en vertu de l'art. 4 de la loi du 27 juin 2006 concernant le Réseau hospitalier fribourgeois³⁶.
21. Sanima, Etablissement d'assurance des animaux de rente, en vertu de l'art. 11 de la loi du 13 février 2003 sur l'assurance des animaux de rente³⁷.
22. Services industriels de la Ville de Fribourg en vertu de l'art. 1 du règlement du 19 septembre 1988 sur l'organisation des Services industriels de la Ville de Fribourg.
23. Université en vertu de l'art. 3 de la loi du 19 novembre 1997 sur l'Université³⁸.

2.2. Les fondations de droit public

Elles aussi peuvent avoir une assise exclusivement cantonale ou intercantonale :

1. Château de Gruyères en vertu de l'art. 4 de la loi du 2 octobre 1991 sur les institutions culturelles de l'Etat³⁹.

²⁹ RSF 428.2.

³⁰ RSF 428.8.

³¹ RSF 911.2.1.

³² RSF 911.10.1.

³³ RSF 413.4.1.

³⁴ RSF 122.23.7.

³⁵ RSF 822.2.1.

³⁶ RSF 822.0.1.

³⁷ RSF 914.20.1.

³⁸ RSF 430.1.

³⁹ RSF 481.0.1.

2. Ecole intercantonale de gardes forestiers de Lyss en vertu de l'art. 1 al. 2 de la Convention du 21 mars 1968 relative à la création et à l'exploitation de l'Ecole intercantonale de gardes forestiers de Lyss⁴⁰.
3. Ecole supérieure de viticulture, d'oenologie et d'arboriculture et Ecole d'Ingénieurs ETS en viticulture, oenologie et arboriculture de Changins art. 1 des statuts du 20 novembre 1987 de la Fondation « Ecole supérieure de viticulture, d'oenologie et d'arboriculture et Ecole d'ingénieurs ETS en viticulture, oenologie et arboriculture de Changins »⁴¹.
4. Fondation Bellevue en vertu de l'art. 1 de l'arrêté du 1er mai 1990 concernant la constitution et l'organisation de la fondation de droit public cantonal « Bellevue » pour l'accueil de personnes handicapées psychiques et mentales⁴² ; la loi du 3 novembre 2006 abroge la loi concernant la constitution de la fondation de droit public cantonal « Bellevue » pour l'accueil de personnes handicapées psychiques et mentales et constitue un droit de superficie en faveur de la fondation HorizonSud⁴³.
5. Fondation d'Hauterive en vertu de l'art. 1 de l'arrêté du 27 décembre 1966 concernant l'érection de la Fondation d'Hauterive⁴⁴.
6. Fondation romande pour toxicomanes internés et condamnés en vertu de l'art. 1 du règlement du 10 décembre 1987 concernant la Fondation pour toxicomanes internés et condamnés⁴⁵.
7. Fonds d'entraide sociale en vertu de l'art. 1 de règlement du 13 décembre 1988 relatif au Fonds d'entraide sociale⁴⁶.

2.3. Les fondations de droit privé

L'Etat en « possède » aussi. En voici quelques exemples :

1. Caisse de pension de Groupe E en vertu de l'art. 4 de la loi du 19 octobre 2000 sur le statut des Entreprises électriques fribourgeoises et de leur Caisse de pensions⁴⁷.
2. Fondation ASECE - Georges Aegler.
3. Fondation franco-suisse pour la recherche et la technologie.
4. Fondation Seed Capital Fribourg.
5. Fondation suisse pour la recherche en microtechnique (FSRM).

⁴⁰ RSF 921.4.

⁴¹ RSF 911.2.31.

⁴² RSF 834.1.41.

⁴³ RSF 834.1.4.

⁴⁴ RSF 191.23.31.

⁴⁵ RSF 342.17.

⁴⁶ RSF 122.73.61.

⁴⁷ RSF 772.1.1.

6. Haute Ecole de théâtre de Suisse Romande (HETSR) en vertu de l'art. 6 de Convention intercantonale du 31 mai 2001 relative à la Haute Ecole de théâtre de Suisse Romande⁴⁸.
7. Parloca Fribourg, Fondation pour la location-participation.
8. Vitrocentre Romont, Centre suisse de recherche sur le vitrail et les arts du verre.
9. Vitromusée Romont, Musée Suisse du Vitrail et des Arts du Verre.

Il arrive aussi que l'Etat "participe" à d'importantes fondations de droit privé comme celle qui gère depuis 1965 l'excédent financier de l'Association du Centre professionnel cantonal (ACPC).

2.4. Les sociétés d'économie mixte

Il s'agit des entités dans lesquelles l'Etat possède une participation majoritaire ou renforcée (cf. ci-dessus ch. 1.3) :

1. Agy Expo SA.
2. Friholz SA.
3. Groupe E SA.
4. Remontées mécaniques fribourgeoises SA.
5. Rose de la Broye SA.
6. Société anonyme pour l'incinération des déchets du canton de Fribourg et de la Broye vaudoise (SAIDEF).
7. Transports publics fribourgeois SA.

2.5. Les sociétés anonymes et sociétés coopératives pures

Ce sont celles dans lesquelles l'Etat ne possède que des participations minoritaires et sans renforcement de sa position au travers d'une représentation accrue (cf. ci-dessus ch. 1.3). Le document officiel « Inventaire – Actions et parts sociales – Prêts et participations sociétés d'économie mixte » du 31 décembre 2009 mentionne les éléments suivants, qu'il est difficile de classer ; il apparaît en effet que l'Etat est « actif » dans des domaines très divers. Peut-être peut-on néanmoins distinguer en fonction du type de prestations que fournissent les sociétés, entre celles qui sont plus industrielles et celles qui ont une vocation plus financière ; ce mode de classification ne tient pas compte de l'importance financière de la participation de l'Etat, qui varie fortement d'une société à l'autre :

⁴⁸ RSF 428.5.

1. Bains de la Motta SA ; Centre de ramassage et d'identification des déchets spéciaux SA (CRIDEC SA) ; Chemin de Fer du Lötschberg SA ; Compagnie du Chemin de Fer Montreux-Oberland Bernois SA ; Coopérative fribourgeoise pour les fromages d'alpage ; Espace Gruyère SA ; Foire suisse d'échantillons (actuellement : MCH Group SA) ; Heliswiss Hélicoptère suisse SA ; Kompostieranlage Seeland AG ; Salines suisses du Rhin SA ; Société anonyme pour le chauffage à distance du Plateau de Pérolles PLACAD SA ; Société de navigation sur les lacs de Neuchâtel et Morat SA ; Société du Tunnel du Grand-St-Bernard SA ; Société immobilière Grenette SA ; Sucrerie Aarberg et Frauenfeld SA ; Télégruyère SA ; Transhelvetica SA ; Y-Parc SA.
2. Capital Risque Fribourg SA ; Coopérative de cautionnement des Arts et Métiers Fribourgeois (en liquidation depuis le 18 juin 2008) remplacée pour les PME par la Coopérative Romande de cautionnement immobilier ; Coopérative Romande de cautionnement pour les PME ; Société coopérative paysanne de cautionnement du canton de Fribourg.

2.6. Les sociétés anonymes et sociétés coopératives de droit public

Selon l'Inventaire précité, le canton de Fribourg n'a pas créé d'entité de ce type. Cependant, il détient des participations au sein de la Banque nationale suisse (BNS), qui est une société anonyme de droit public, ainsi que dans la Société suisse de crédit hôtelier, qui est une société coopérative de droit public.

V. LES REGLEMENTATIONS SUR LE STATUT DES ENTITES ET LEURS ENSEIGNEMENTS

Comme les moyens d'influence dont l'Etat dispose en tant que propriétaire ou détenteur de participations dans ces entités dépendent principalement du statut juridique de chacune d'elles, il est utile d'étudier dans chaque cas particulier la nature précise de la relation juridique qui les lie à l'Etat.

1. Le droit fédéral

1.1. Le droit commercial : le Code des obligations

Les sociétés anonymes sont régies en principe par les dispositions du vingt-sixième titre du Code d'obligations (art. 620 ss). S'il s'agit de sociétés coopératives, ce sont les art. 828 ss CO.

Cependant selon l'art. 763 CO, les dispositions concernant les sociétés anonymes ne s'appliquent pas aux sociétés ou établissements créés par une loi spéciale si le canton est subsidiairement responsable des obligations de l'entité en question et que la totalité ou une fraction du capital est divisée en actions et fournie par des particuliers ; l'article fait mention des banques, des caisses d'assurance et des entreprises électriques comme exemples de sociétés ou d'établissements qui

tombent typiquement sous le coup de cette exception. De telles sociétés sont alors régies par les dispositions de leur loi fondatrice ; le Code des obligations n'est applicable qu'à titre de droit public supplétif dans les cas où la loi fondatrice y renvoie. Pour les sociétés coopératives, l'art. 829 CO affirme que les communautés de droit public poursuivant un but coopératif sont régies par le droit public de la Confédération et des cantons.

Une autre dérogation aux règles ordinaires du Code des obligations pour les sociétés anonymes est prévue à l'art. 762 : il vise les cas où les parts que la collectivité détient dans une entreprise privée dont l'activité est d'intérêt public ne suffisent pas pour lui permettre d'exercer l'influence qu'elle souhaiterait avoir sur la gestion de la société concernée (cf. ci-après ch. VI.3.2). L'art. 926 CO instaure un régime très similaire pour les sociétés coopératives.

En tant qu'actionnaire ou coopérateur, l'Etat a le droit et, dans une optique d'intérêt public, aussi l'obligation d'utiliser tous les droits et de remplir toutes les obligations qui lui reviennent en vertu des art. 660 ss/828 ss CO (Einwirkungspflicht" en droit allemand).

1.2. La loi sur les fusions

Le huitième chapitre de la loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine (LFus ; art. 99-101) règle les fusions autorisées des institutions de droit public ; l'art. 2 lit. d les définit comme « les institutions de droit public de la Confédération, des cantons et des communes inscrites au registre du commerce et organisées de manière indépendante, qu'elles jouissent ou non de la personnalité juridique. » Ce chapitre de la loi fixe « les conditions de droit privé auxquelles les institutions de droit public peuvent fusionner avec des sujets de droit privé, se transformer en sujets de droit privé ou participer à des transferts de patrimoine » (art. 1 al. 4)⁴⁹. C'est donc cette loi qui régit la privatisation d'institutions de droit public. Dans les cas où, pour quelque raison que soit, les formes juridiques connues du droit privé ne semblent pas correspondre au but poursuivi, la corporation publique demeure « libre de prévoir de nouvelles formes de sociétés s'écartant du droit privé dans le cadre de la législation spéciale de droit public »⁵⁰.

L'art. 99 al. 1 lit. LFus a énuméré exhaustivement les formes juridiques que les institutions de droit public privatisées peuvent revêtir, à savoir des sociétés de capitaux, des sociétés coopératives, des associations et des fondations. Il s'ensuit a contrario que la fusion avec des sociétés de personnes est exclue. Par contre, l'al. 2 du même article autorise par « transfert de patrimoine » la cession de tout ou partie des actifs et passifs à d'autres sujets ainsi que la reprise des actifs et passifs d'autres sujets.

La transformation d'un sujet de droit public en sujet de droit privé ne concerne en principe que sa forme juridique et n'entraîne en soi aucune modification du contrôle ou de la responsabilité. Le risque que le transfert des valeurs patrimoniales de la collectivité publique à un sujet de droit privé puisse indûment soustraire la gestion de ce patrimoine au contrôle politique est largement réduit en vertu de l'obligation d'inscription au registre de commerce à laquelle les institutions publiques au sens de l'art. 2 lit. d LFus sont soumises, ainsi que par l'obligation qu'impose l'art. 100 al. 2 LFus d'établir « un inventaire qui désigne clairement et évalue les objets du patrimoine actif et

⁴⁹ Par contre, les art. 99 à 101 ne régissent pas la fusion et la transformation d'institutions du droit privé sans participation d'un sujet de droit privé ; AMSTUTZ/MABILLARD, Introduction à la Loi sur les fusions, CR CO-II, N 485.

⁵⁰ Id., N. 487.

passif touchés par la fusion, la transformation ou le transfert de patrimoine ». L'art. 100 al. 3 semble prévoir la nécessité d'une base légale explicite en droit public pour toute décision de privatisation d'une institution publique⁵¹.

1.3. Le Code civil

Ce sont les art. 80 ss du Code civil (CC) qui régissent les fondations de droit privé ; il s'agit de personnes morales au sens des art. 52 ss CC.

La fondation a pour objet l'affectation de biens en faveur d'un but spécial ; elle se constitue par acte authentique ou par testament. Toutes les fondations sont soumises à une surveillance par la corporation publique dont elles relèvent en fonction de leur but (Confédération, canton ou commune ; art. 84 CC) ; c'est cette autorité de surveillance qui pourvoit à ce que les biens de la fondation concernée soient employés conformément à leur destination. Elle peut modifier l'organisation ou le but de la fondation, lorsque cette mesure s'avère nécessaire (art. 85 et 86 CC).

Le Code civil lui-même instaure un régime spécial pour les institutions de prévoyance en faveur du personnel constituées sous forme de fondations (art. 89bis CC).

1.4. Les législations spécifiques

Comme les tâches que la collectivité entend accomplir au travers de ses participations relèvent souvent du domaine des infrastructures et de l'approvisionnement, il est fréquent que les activités de ces entreprises soient également soumises à des lois et ordonnances fédérales spécifiques.

Quelques exemples pour le canton de Fribourg :

1. Les TPF (société anonyme) sont assujettis, entre autres, à la loi fédérale sur les chemins de fer (LCdF) ainsi qu'à toutes les ordonnances fédérales et aux autres actes normatifs fédéraux relatifs aux transports publics, y compris les nouvelles ordonnances concernant l'indemnisation du trafic régional des voyageurs (OITRV) ou les concessions et le financement de l'infrastructure ferroviaire (OCFIF) ; ces dernières dispositions contiennent en particulier des règles concernant les modalités à respecter dans la comptabilité des entreprises de transports publics⁵². A mentionner dans ce contexte également l'ordonnance du DETEC concernant la comptabilité des entreprises concessionnaires (ORCO). La conformité des comptes avec ces exigences légales est contrôlée normalement par un expert réviseur externe et indépendant, qui doit remplir les conditions légales d'agrément conformément à la loi sur la surveillance de la révision (LSR). Ce contrôle ne saurait pour autant dispenser l'autorité cantonale de son obligation de prêter attention au contenu des rapports annuels des TPF, afin de s'assurer que la gestion de l'entreprise est conforme aux buts que l'Etat poursuit en y participant⁵³.

⁵¹ Dans ce sens, AMSTUTZ/MABILLARD, CR CO-II, N 498 ss.

⁵² Ces deux ordonnances, entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2010, remplacent l'ancienne ordonnance sur les indemnités, les prêts et les aides financières selon la loi sur les chemins de fer (OIPAF).

⁵³ Cf. ég. la réforme ferroviaire 2 décidée par les Chambres fédérales : l'un des objectifs de ce paquet législatif est de renforcer l'indépendance des entreprises de transports publics face aux entités qui leur commandent des prestations. Il s'agit en particulier de l'art. 29 de la nouvelle loi fédérale sur le transport de voyageurs (RS 745.1 ; en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2010) : la Confédération accorde désormais des indemnités uniquement aux entreprises qui ont une personnalité morale indépendante de leur commanditaire ; au sein du conseil d'administration ou de tout autre organe similaire, aucune personne ne doit prendre place si elle a participé d'une

2. Les activités de Groupe E sont assujetties entre autres à la loi sur l’approvisionnement en électricité (LApEl) et son ordonnance d’exécution (OApEl). C’est ainsi l’art. 6 al. 1 LApEl qui impose à Groupe E, en tant que gestionnaire d’un réseau de distribution, de prendre les mesures requises pour pouvoir fournir en tout temps aux consommateurs la quantité d’électricité qu’ils désirent au niveau de qualité requis et à des tarifs équitables.
3. Tant les TPF que Groupe E sont également tenues de respecter les dispositions des lois et ordonnances de la Confédération qui protègent l’environnement. Grâce à elles, les organisations de protection de l’environnement peuvent influencer sur le comportement de ces entreprises ; ainsi dans le cas où les activités des entreprises demandent la construction ou la transformation d’un ouvrage, respectivement la réalisation d’une infrastructure de transport.

2. Le droit cantonal

2.1. La Constitution

L’art. 54 al. 1 de la Constitution fribourgeoise autorise la délégation des tâches à des tiers par l’Etat et par les communes à trois conditions : (1) la délégation est prévue dans une loi ou un règlement communal ; (2) elle se justifie par un intérêt public prépondérant et (3) la protection juridique est assurée. Les organismes et les personnes délégataires sont de par la Constitution soumis à la surveillance de la collectivité délégante (al. 2).

L’art. 54 al. 3 autorise l’Etat et les communes à « participer à des entreprises [privées] ou en créer ». Cette disposition ne fait aucune mention de la question de la surveillance ; il en sera question plus en détails dans les chapitres qui suivent, notamment sur la base de l’art. 54 al. 2 LOCEA (ci-après ch. IX).

A mentionner au surplus les art. 104 lit. c (le Conseil d’Etat exerce la haute surveillance sur les personnes et organisations chargées de tâches publiques), l’art. 110 (le Conseil d’Etat dirige l’administration) et l’art. 118 (le Conseil d’Etat fixe l’organisation de l’administration qui lui paraît adéquate).

L’art. 57 de la Constitution fribourgeoise prévoit que le canton doit promouvoir son économie. Dans ce but, il doit créer les conditions-cadre qui favorisent le plein emploi, la diversité des activités et l’équilibre des régions, dans le respect de la liberté économique ; il doit encourager l’innovation et la création d’entreprises. L’art. 88 quant à lui exige que les autorités informent le public de leur activité et que les membres du Grand Conseil, du Conseil d’Etat ainsi que les préfets rendent publics tous les liens particuliers qui les rattachent à des intérêts privés ou publics.

manière ou d’une autre au processus de commande de la prestation au sein de la collectivité commanditaire. Un délai transitoire de trois ans pour s’adapter à ces nouvelles exigences est accordé aux entreprises qui ont des représentants de l’Etat dans leurs organes. Lors de l’assainissement financier des TPF par la Confédération, celle-ci a soumis son intervention à la condition que les représentants du canton de Fribourg au sein du conseil d’administration ne puissent exercer aucune fonction de commanditaire (FF 1999, p. 9105 ss).

2.2. Les législations spécifiques

Elles existent pour certaines des entités répertoriées. Deux exemples :

1. La loi cantonale sur le statut des Entreprises électriques fribourgeoises et de leur caisse de pension du 19 octobre 2000 constitua Groupe E comme société anonyme de droit privé au sens des art. 620 ss CO, par transformation, sans liquidation, de l'ancien établissement de droit public (distinct de l'Etat). Selon cette loi, l'Etat exerce ses droits d'actionnaire par l'intermédiaire du Conseil d'Etat (art. 2 al. 1). La loi impose également que l'Etat reste actionnaire majoritaire (art. 2 al. 2). Une cession des actions de l'Etat impliquant la perte de la majorité du capital-actions ou des voix attachées aux actions que l'Etat conserve est soumise à l'approbation du Grand Conseil (art. 2 al. 3).

En exerçant ses droits d'actionnaire, l'Etat est tenu de respecter toutes les normes fédérales et cantonales qui peuvent être applicables aux décisions à prendre ; c'est le cas notamment de la loi fribourgeoise sur l'énergie du 9 juin 2000 dont le but est de contribuer à un approvisionnement énergétique suffisant, diversifié, sûr, économique et compatible avec les impératifs de la protection de l'environnement ainsi que de l'aménagement du territoire.

2. Les Transports publics fribourgeois furent constitués en société anonyme au sens des art. 620 ss CO par acte du 5 août 1942, sous le nom de la Compagnie des chemins de fer fribourgeois ; en absorbant la société Transports en commun de Fribourg SA, elle a pris son nom actuel de TPF (SA) ; cette fusion fut réalisée avec l'approbation du Conseil d'Etat.

En tant qu'actionnaire majoritaire, l'Etat est tenu de respecter les dispositions de la loi fédérale sur le transport de voyageurs du 20 mars 2009 (LTV)⁵⁴ et celles de la loi cantonale sur les transports du 20 septembre 1994 (LTr)⁵⁵.

2.3. Les législations du secteur public en général

Elles existent, mais ont une portée uniquement ponctuelle. Ainsi :

1. L'art. 54 LOCEA instaure la représentation de l'Etat au sein des organismes de droit public ou de droit privé externalisés, pour autant qu'une loi le prévoit ou que le Conseil d'Etat le décide. L'al. 2 de cet article dispose que les représentants en cause sont tenus d'informer de manière adéquate le Conseil d'Etat de l'exécution de leur mandat. D'autres dispositions encore de cette législation présentent un intérêt pour ce rapport : art. 4 al. 2 (surveillance du Conseil d'Etat sur les entités qui accomplissent des tâches publiques sans appartenir à l'administration) ; art. 12 (aucune incompatibilité entre la charge de conseiller d'Etat et la représentation du canton dans les organes d'une entité externalisée) ; art. 43 al. 3 ; art. 44.
2. L'art. 349quater de la loi d'application du Code civil suisse (LACC) établit la compétence du président du Tribunal d'arrondissement dans les litiges qui peuvent survenir au sein d'une société de droit privé avec ou sans participation étatique. Par ailleurs, l'art. 27

⁵⁴ RS 745.1.

⁵⁵ RSF 780.1.

LACC transpose l'art. 59 al. 1 CC en définissant quelles sont les personnes morales au sens du droit public cantonal. Cette disposition cantonale pourrait amener à penser que l'Etat peut exercer un certain contrôle sur la création d'entités communales décentralisées ; en fait, il n'en est rien sur la base d'une interprétation historique : l'art. 27 LACC ne fonde pas un régime général d'autorisation par l'Etat lors de la création d'un établissement de droit public, d'une société de droit public ou de droit privé. Tout au plus, le contrôle cantonal s'exerce-t-il selon le régime habituel sur les dépenses et les crédits de la commune en question⁵⁶.

3. La loi du 16 septembre 1986 sur la responsabilité civile des collectivités publiques et de leurs agents a également un effet de conduite et de surveillance (cf. ch. VII).

Il faut constater qu'il n'y a donc pas à Fribourg de législation générale sur l'exercice des participations de l'Etat, contrairement à ce qui est le cas par exemple dans le canton de Vaud (loi du 17 mai 2005 sur la participation et de l'Etat et des communes à des personnes morales ; cf. ci-après ch. VIII.2.8). Une telle approche serait en soi possible aussi pour Fribourg ; ou alors le législateur cantonal pourrait faire figurer des clauses ad hoc dans les lois spécifiques à chaque entité considérée (cf. ci-après ch. IX. 1.1).

3. Les sources internes aux entreprises

Il convient à chaque fois d'examiner d'une part les statuts de l'entité considérée et d'autre part d'éventuelles autres sources internes.

Ainsi :

1. Les statuts des TPF n'abordent pas la question de la relation entre l'Etat et cette société. Le canton de Fribourg, la Ville de Fribourg et la commune de Villars-sur-Glâne ont signé une convention d'actionnaires⁵⁷. Elle règle leur représentation au conseil d'administration (ch. 1) en fixant le nombre de représentant par actionnaires signataires et en garantissant l'élection des représentants proposés par les autres parties. Le conseil d'administration est ainsi composé de cinq représentants du canton et de trois représentants de la Ville. La convention donne également un droit préférentiel aux signataires d'acquérir les actions que l'un d'entre eux voudrait vendre (ch. 2). Un même droit existe aussi en cas d'augmentation du capital (ch. 3). Les nouveaux acquéreurs sont tenus d'adhérer à cette convention (ch. 4). Dans le cas des TPF, il s'avère donc que les statuts sont ordinaires pour une société anonyme et que c'est au travers d'une convention d'actionnaires que la relation particulière entre l'Etat et la société s'exprime.
2. Pour Groupe E, l'art. 1 des statuts précise que la société résulte de la transformation d'un établissement public en société anonyme, telle que décidée par une loi du Grand Conseil adoptée en votation. Ces statuts ont été adoptés par le Conseil d'Etat (art. 25), conformément à l'art. 1 al. 4 de la loi cantonale sur le statut des Entreprises électriques fribourgeoises et de leur caisse de pension du 19 octobre 2000. Aucune autre disposition

⁵⁶ Cf. ZUFFEREY J.-B., Memorandum relatif à la modification du statut juridique de services industriels, avril 2005, p. 3 ss.

⁵⁷ Cf. au sujet des conventions d'actionnaires dans des SA avec participation étatique, BUOB, Aktiengesellschaften, N 170 s.

statutaire ou règlementaire ne traite plus particulièrement de la relation entre l'Etat et Groupe E. On mentionnera tout de même l'art. 22 du règlement d'organisation de la société : il prévoit que le directeur général est responsable d'organiser la communication de Groupe E vers les autorités, les médias et les tiers.

VI. LE NIVEAU POSSIBLE DE CONTRÔLE SUR CHAQUE TYPE D'ENTITE

En fonction de chaque type d'entité répertorié précédemment (ci-dessus ch. IV) et des règles qui le gouvernent (ci-dessus ch. V), l'Etat peut décider d'exercer un contrôle plus ou moins étroit, notamment lorsqu'il décide de mener une politique du propriétaire. L'autonomie du canton de Fribourg est cependant limitée et ponctuelle.

1. En général

1.1. L'objectif poursuivi et son impact sur la "politique du propriétaire"

Le seul fait que l'Etat décide de « participer » dans une entité tierce – en particulier une société anonyme de droit privé – implique et indique que l'activité (notamment commerciale) de cette dernière correspond à un certain intérêt public. Dès lors, on peut admettre le principe selon lequel, pour ces entités, une obligation juridique de promouvoir l'intérêt public vient s'ajouter à leur but de maximisation des bénéfices ; et cela sans que cette dimension d'intérêt public ne soit forcément mentionnée dans leurs statuts⁵⁸.

L'étendue de ce devoir d'intérêt public n'est pourtant pas égale pour toutes les participations étatiques ; il est plus large ou plus restreint suivant le genre d'activité exercée et l'ampleur de l'implication que la collectivité entend avoir dans la stratégie et la gestion de l'entreprise en question. Dans ce contexte, on peut distinguer entre celles auxquelles la collectivité délègue l'accomplissement d'une tâche publique et celles dont l'activité ne consiste pas dans

⁵⁸ JAAG, Staat als Aktionär, p. 386; cf. ég. FORSTMOSER, p. 217 ss. A propos de l'importance de cet objectif public (öffentliche Zweckprogrammierung) : l'Etat et ses entités doivent dans leur action poursuivre des intérêts publics et non seulement financiers. Cela ressort de l'art. 5 al. 2 Cst. ainsi que des exigences de la constitution économique, en particulier du contenu de la liberté économique (cf. RHINOW/SCHMIED/BIAGGINI, Öffentliches Wirtschaftsrecht, p. 372 ss ; VOGEL S., Der Staat als Marktteilnehmer, thèse Zurich 2000, p. 93 ss, 143 ss ; ég. arrêt du TF 2P.67/2004 c.1.5 et ATF 124 I 11 en matière de monopole). Il y a donc une obligation de niveau constitutionnel pour la collectivité publique à contraindre les entités administratives externalisées (en particulier les organisations de droit privé) à poursuivre des objectifs publics. Les problèmes surviennent lorsqu'à côté de l'Etat, des partenaires privés participent à l'entreprise car ils ont comme objectif prioritaire de maximaliser leurs bénéfices. Il y a là un conflit structurel entre deux types d'acteurs. Dans les cas où l'objectif public ne résulte pas expressément des statuts, on ne peut dès lors pas toujours se contenter de se reposer sur les relations de confiance entre les partenaires et de reconnaître sans autre l'intérêt public comme l'intérêt propre de la société concernée. Fixer expressément l'intérêt public est ainsi non seulement une nécessité de droit public mais même un moyen de prévenir les conflits de droit commercial privé (Zweckverdeutlichungspflicht). Une fois cet intérêt public fixé, les organes de la société considérée doivent agir en conformité (statutaire) avec lui s'ils n'entendent pas risquer des prétentions en dommages-intérêts de la part des autres sociétaires ou de la société elle-même.

l'accomplissement d'une tâche déléguée, mais qui est de par sa nature telle que son exercice correspond à un intérêt public⁵⁹.

Fort de cette distinction :

1. Pour les entités chargées d'accomplir une tâche publique, elles ont par principe l'obligation de respecter dans leur activité les mêmes principes constitutionnels que ceux qui s'appliquent aux autorités administratives ; l'art. 35 al. 2 Cst. prévoit expressément que « quiconque assume une tâche de l'Etat est tenu de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation. » Dès lors et sans égard à l'importance de la participation de la collectivité, une telle entité ne saurait avoir comme seul but la maximisation de son bénéfice ; elle doit poursuivre en même temps l'intérêt public et c'est ce dernier qui prime dans les situations où les deux buts sont incompatibles⁶⁰. En d'autres termes, dans son fondement même l'entité en question à la politique du propriétaire que l'Etat a l'obligation de mettre en œuvre à son égard.
2. Pour les entités qui exercent une activité d'intérêt public (mais sans remplir une tâche publique au sens strict), l'obligation de respecter les droits fondamentaux ainsi que de contribuer à la réalisation de l'intérêt public en question dépendra du niveau d'engagement de la collectivité, et ceci sans référence à la forme juridique de l'entité concernée⁶¹. C'est ce niveau d'engagement qui déterminera s'il est ou non question pour l'Etat de mener une politique du propriétaire :
 - Dans les cas où la collectivité y détient une majorité qualifiée d'au moins deux tiers des droits de vote – dans le canton de Fribourg, c'est le cas pour Groupe E – on peut admettre que l'entité est liée aussi bien par les droits fondamentaux des administrés concernés que par l'intérêt public, puisque la collectivité est en mesure de déterminer seule le résultat de tout vote dans les organes dirigeants (en particulier l'assemblée générale). L'entreprise en question s'apparente dans ces cas à une entreprise étatique et l'Etat peut y développer une politique du propriétaire.
 - Si la collectivité n'y détient qu'une majorité simple des droits de vote – c'est le cas des TPF – on doit aussi présumer qu'il existe une obligation pour l'entité de respecter les droits fondamentaux des administrés ainsi que l'intérêt public ; en effet, aucune décision ne peut être prise sans l'accord de la collectivité participante, que cet accord soit explicite ou implicite. On peut parler dans ces cas

⁵⁹ Certaines lois cantonales sur les participations étatiques à des personnes morales reprennent expressément cette distinction (cf. p. ex. art. 4 de la loi vaudoise du 17 mai 2005 sur la participation et de l'Etat et des communes à des personnes morales).

⁶⁰ Cf. ATF 129 III 35 : le Tribunal fédéral refuse à la Poste suisse l'obligation de respecter les droits fondamentaux dans le domaine des services ouverts à la concurrence ; il construit par contre une obligation de contracter pour elle. Ce faisant, le Tribunal fédéral se focalise non pas sur la dominance publique au sein de l'entité mais sur le fait qu'elle accomplit ou non une tâche étatique au sens de l'art. 35 al. 2 Cst. Cet arrêt a été régulièrement critiqué par la doctrine (cf. HANGARTNER Y., PJA 2003, p. 690). Cf. ég. ATF 126 I 250 c. 2c où le Tribunal fédéral refuse à la société d'économie mixte Mustermesse SA l'obligation de respecter les droits constitutionnels lorsqu'elle gère la location des places d'exposition sur le domaine privé. Pour plus de détails, cf. SCHLATTER E., Grundrechtsgeltung beim Wirtschaftlichen Staatshandeln, thèse Zurich 2009.

⁶¹ Cette affirmation est exprimée plus clairement encore dans les termes qu'utilise la doctrine anglo-saxonne : elle distingue entre les entreprises qui sont « government-owned » et celles qui sont « privately owned ».

d'une entreprise étatique avec participation privée ; l'Etat peut ici aussi y mener une politique du propriétaire.

- Ce n'est que dans les cas où la collectivité est actionnaire minoritaire que l'on a à faire proprement dit à une société privée avec participation étatique ; là, la possibilité existe toujours que la collectivité ne parvienne pas à imposer ses vues dans les questions soumises au vote de l'organe suprême de l'entité (l'assemblée générale des sociétés anonymes). Dans ce cas, on ne voit pas que l'Etat puisse ambitionner de développer une politique du propriétaire.

Pour autant, l'importance de la participation de la collectivité n'a pas d'influence sur son obligation d'exercer ses droits d'actionnaire – ou tous autres droits qui lui reviennent en fonction de la forme juridique de l'entité concernée – d'une manière qui respecte au mieux et contribue autant que possible à la réalisation aussi bien des droits fondamentaux que des intérêts publics. Ce devoir s'étend à tous les représentants de la collectivité au sein des organes de l'entité et dans leurs relations avec elle, qu'ils agissent au nom de la collectivité (par exemple en votant comme actionnaire à l'assemblée générale d'une société anonyme) ou alors en tant que mandataire ou employé de la collectivité (par exemple comme membre d'un conseil d'administration)⁶². Afin d'éviter tout conflit potentiel entre les devoirs de ces représentants dans les situations où l'intérêt économique de la société ne se recouvre pas avec l'intérêt public, les statuts des entités (surtout commerciales) pour lesquelles une participation étatique est prévue ne devraient pas restreindre le but de l'entité à la maximisation de son bénéfice⁶³.

1.2. Le choix de la forme juridique

Lorsque la collectivité crée une entité, le fait de choisir alors la forme d'une personne morale de droit public lui permet une plus grande liberté que lorsqu'elle retient celle d'une personne morale de droit privé ; dans ce second cas en effet, ce seront les dispositions du droit privé exclusivement qui s'appliqueront. Au contraire, le choix d'une forme d'entité de droit public permet au législateur de la façonner avec une liberté relativement grande, dans son organisation comme dans ses mécanismes de gestion et de contrôle ; c'est au travers de la législation nécessaire à sa fondation que ce processus de configuration se déroule.

Différents instruments juridiques permettent à la collectivité de donner plus ou moins d'autonomie à une telle entité externalisée :

1. Son autonomie résulte de l'octroi de la personnalité morale⁶⁴. L'absence de personnalité engendre au contraire une limitation des compétences de l'entité, qui ne peut alors agir que dans le cadre strict fixé par la loi.
2. L'organisation de l'entité peut également influencer son niveau d'autonomie⁶⁵. Ainsi la loi peut très largement régir son organisation ou au contraire la laisser s'organiser seule.

⁶² En droit de la société anonyme, les actionnaires ne sont soumis à aucune obligation de fidélité (art. 680 al. 1 CO a contrario) ; les représentants d'une collectivité à l'assemblée générale peuvent ainsi promouvoir l'intérêt public. Il en va autrement des membres du conseil d'administration : ils doivent défendre les intérêts de la société (art. 717 CO). La poursuite d'intérêts publics n'est ainsi en principe possible que lorsqu'ils ont été intégrés dans l'objectif de la société ou si son conseil d'administration exerce à leur égard sa liberté d'appréciation. La primauté des intérêts de la collectivité publique vaut par contre dans le contexte de l'art. 762 CO (représentation privilégiée).

⁶³ JAAG, Staat als Aktionär, p. 395.

⁶⁴ MOOR, vol. III, p. 70 ss.

3. Le législateur peut également réserver un pouvoir de nomination à la collectivité ou encore fixer le statut des employés.
4. Le législateur pourra également donner à l'entité externalisée une autonomie financière plus ou moins étendue (simple patrimoine distinct ou libre utilisation des ressources)⁶⁶.
5. Finalement, les normes qui fixent la/les tâche(s) externalisée(s) de l'entité concernée peuvent être plus ou moins précises, ce qui fera varier son autonomie administrative, à savoir sa liberté dans l'exécution de ces tâches⁶⁷.

Une forme publique permet donc un plus large contrôle de l'entité grâce aux mécanismes que le législateur peut mettre en place.

1.3. L'autonomie du droit cantonal : l'exemple de la BCF

Si l'entité considérée est de droit public, le législateur fédéral n'empêche pratiquement pas les législateurs cantonaux d'exercer le contrôle qu'ils souhaitent et de mettre en place les mécanismes juridiques à cet effet. Tel n'est pas le cas pour les entités de droit privé, où là le droit fédéral ne laisse que très peu de place à l'autonomie des législateurs cantonaux.

Dans certains secteurs cependant, le droit fédéral instaure (ou maintient) un régime particulier. Pour Fribourg et dans la perspective du contrôle étatique examiné ici, le domaine bancaire présente un intérêt spécifique :

1. Selon l'art. 3a LB, est réputée banque cantonale toute banque créée en vertu d'un acte législatif cantonal et revêtant la forme d'un établissement ou d'une société anonyme. Le canton doit détenir dans cette banque une participation de plus d'un tiers du capital et des droits de vote. Il peut garantir l'intégralité ou une partie des engagements de la banque. Une loi au sens formelle, qui règle la création et l'organisation de la banque, est donc nécessaire ainsi qu'une participation qualifiée du canton ; la garantie de l'Etat n'est plus exigée⁶⁸. Le législateur cantonal est lié par les conditions de l'art. 3 LB qui doivent être remplies afin que la banque en question obtienne son autorisation fédérale⁶⁹. Le législateur cantonal est libre de choisir la forme d'une société anonyme ordinaire (art. 620 ss CO), d'une société anonyme au sens de l'art. 762 respectivement 763 CO ou encore d'un établissement de droit public⁷⁰.
2. Le canton de Fribourg a choisi de créer un établissement de droit public cantonal (le projet de « privatisation » de la banque n'a jamais été concrétisé). En soi, la participation qualifiée du canton telle qu'exigée par la loi fédérale sur les banques lui permet déjà d'avoir une certaine influence sur les décisions de la banque⁷¹. Pour la BCF, le législateur cantonal a mis en place le régime suivant :

⁶⁵ MOOR, vol. III, p. 72 s.

⁶⁶ Id., p. 73 ss.

⁶⁷ Id., p. 75 s.

⁶⁸ STRASSER, BaKomm. BankG, ad art. 3a, N 7 s. et 17 ; ZOBL, ad art. 3a, N 36 ss, in : BODMER/KLEINER/LUTZ.

⁶⁹ STRASSER, BaKomm. BankG, ad art. 3a, N 18 ss ; Message sur la révision de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 27 mai 1998 (ci-après : Message LB), FF 1998, p. 3349 ss, p. 3372 ss.

⁷⁰ STRASSER, BaKomm. BankG, ad art. 3a, N 9 ss ; ZOBL, op. cit., ad art. 3a, N 6 et 20 ss ; Message LB, p. 3367 ss.

⁷¹ STRASSER, BaKomm. BankG, ad art. 3a, N 17 ; Message LB, p. 3366.

- Selon l'art. 1 LBCF, la banque est une personne morale ; elle a donc une autonomie juridique.
- A l'art. 2 LBCF, le législateur a ensuite pu fixer lui-même les buts de la banque, à savoir la contribution au développement de l'économie du canton, le fait de pourvoir aux besoins financiers de la population et de lui fournir la possibilité de placements sûrs de son épargne et de ses capitaux et finalement de procurer des ressources financières au canton. En contrepartie de la garantie fournie par l'Etat, une indemnité à fixer d'entente entre le Conseil d'Etat et le conseil d'administration est prévue (art. 3). L'Etat est chargé de fournir le capital de dotation dont le montant est fixé par le Grand Conseil (art. 5 al. 1 et 2). L'émission de titres de participation est limitée et la garantie de l'Etat ne les couvre pas (art. 5 al. 3).
- Le législateur cantonal a également fixé le rayon d'activité de la banque (art. 8). L'autonomie de la banque est limitée par l'art. 9 qui n'autorise la participation à des entreprises que si elle sert l'intérêt direct de la banque ou de l'économie fribourgeoise ou encore si elle se révèle nécessaire à la consolidation passagère de crédits.
- Les comptes annuels, accompagnés des rapports du conseil d'administration et de l'organe de révision, sont soumis à l'approbation du Grand Conseil (art. 14).
- Les organes de la banque sont également déterminés par la loi (art. 15) ainsi que les incompatibilités pour y siéger (art. 16). Les art. 20 à 42 sont tous consacrés à leur description. A l'art. 20, la loi établit la composition du conseil d'administration : trois membres sont nommés par le Grand Conseil, trois par le Conseil d'Etat et un par le conseil d'administration lui-même. Les art. 21 ss traitent du fonctionnement et des compétences du conseil d'administration, les art. 32 ss ont trait à la direction générale, les art. 40 s. à l'audit externe et l'art. 41 à l'audit interne.
- Le président du conseil d'administration et celui de la direction générale sont tenus d'informer régulièrement la Direction des finances (art. 21 al. 1) et l'audit externe doit présenter un rapport au Grand Conseil (art. 41 al. 3), qui est joint à celui du conseil d'administration en vue de l'approbation exigée par l'art. 14.
- Les art. 46 s. traitent des comptes, du bilan et de la répartition des bénéfices.
- Finalement, l'art. 50 charge le Conseil d'Etat de l'exécution de cette loi.

On constate ainsi que le législateur cantonal a pu très largement organiser et régir la Banque cantonale selon sa volonté.

2. Les établissements et les fondations

2.1. En général

Les fondations fournissent généralement des prestations pécuniaires (subventions) tandis que les établissements assurent le plus souvent des prestations matérielles (La Poste, universités, hôpitaux)⁷². Dans le premier cas, le patrimoine est donc l'élément central de l'entité, alors que la seconde construction juridique fait également intervenir des personnes et des choses pour atteindre les objectifs visés⁷³. Les fondations de droit public et de droit privé se distinguent par leur constitution et leur soumission au droit public ou privé et non par la participation de la collectivité ; la création d'une fondation de droit privé est soumise aux règles de l'art. 81 CC alors que la fondation de droit public est créée par une loi⁷⁴. Si la collectivité et des tiers participent au financement et créent ensemble une fondation, elle sera soumise au Code civil, entre autre à la surveillance prévue à l'art. 84 CC, et elle sera donc de droit privé⁷⁵. Lorsque la collectivité constitue seule une fondation, elle aura le choix entre la forme privée et la forme publique⁷⁶. Par ailleurs, une fondation de droit privé acquiert la personnalité morale par son inscription au registre du commerce (art. 52 al. 1 CC) alors que c'est au travers de la loi qui la constitue qu'une fondation de droit public acquiert la personnalité morale, sans qu'une inscription au registre du commerce soit nécessaire (art. 52 al. 2 CC).

2.2. Les fondations de droit privé

L'organisation et le fonctionnement d'une fondation de droit privé sont très libres. A l'instar de toute personne morale, pour avoir l'exercice des droits civils, la fondation doit avoir les organes que la loi et les statuts exigent à cet effet (art. 54 CC). Les dispositions légales relatives à l'organisation des fondations sont sommaires. Selon l'art. 83 CC, l'acte de fondation doit indiquer les organes de celle-ci et son mode d'administration. En vertu du principe de la liberté du fondateur, ce dernier peut prévoir ce qu'il veut en matière de règles de fonctionnement. La loi exige uniquement que la fondation ait un organe suprême, souvent appelé « conseil de fondation » (art. 81 al. 2 in fine, 83a al. 1 et 83b al. 1 CC), et dans certains cas un organe de révision (art. 83b et 83c CC). Selon l'art. 84 CC, les fondations de droit privé sont en outre soumises à une autorité de surveillance. Le reste de l'organisation est laissé entièrement au choix du fondateur ; il peut décider de se nommer seul membre du conseil de fondation, d'y déléguer ses représentants ou encore de soumettre les décisions de la fondation à son approbation. En effet, la loi ne prévoit rien au sujet de la désignation des membres du conseil de fondation et de leur rôle (sauf la tenue des livres de comptes conformément à l'art. 83a al. 1 CC). Le conseil de fondation est un organe exécutif qui tend à réaliser la volonté du fondateur ; une fondation n'a pas d'organe « législatif » car elle ne peut pas disposer d'elle-même⁷⁷. Conformément à l'art. 55 al. 1 CC, le conseil de fondation représente la fondation et engage sa responsabilité (cf. ci-après ch. IX).

Pour connaître les attributions de l'organe supérieur, on se réfère à l'acte de fondation, aux statuts et au contrat qui lie l'organe supérieur à la fondation ainsi qu'à l'art. 84 al. 2 CC qui exige que les

⁷² MOOR, vol. III, p. 66 ss ; VEZ, Thèse, p. 12.

⁷³ GRISEL, p. 244.

⁷⁴ MOOR, vol. III, p. 69 s. et 152 s.

⁷⁵ Id., p. 69 s.

⁷⁶ GRISEL, p. 244.

⁷⁷ VEZ, Thèse, p. 171.

biens des fondations soient employés conformément à leur destination⁷⁸. En pratique, l'autorité de surveillance guide le choix du fondateur en proposant des modèles au travers de statuts-type⁷⁹. En outre, s'il y a une carence dans l'organisation, l'art. 83d al. 1 CC permet à l'autorité de surveillance de prendre les mesures nécessaires, notamment en fixant un délai à la fondation pour régulariser sa situation ou en nommant l'organe qui fait défaut ou un commissaire. Si une réorganisation est impossible, l'art. 83d al. 2 CC prévoit la remise des biens à une autre fondation dont le but est aussi proche que possible de celui qui avait été prévu. Si une simple modification de l'organisation est nécessaire, l'art. 85 CC est applicable. L'art. 86a CC qui est une nouveauté de la révision de 2004 permet au fondateur d'exiger la modification du but de la fondation aux conditions mentionnées⁸⁰. Cependant, le droit de changer de but est limité si la fondation poursuit un but de service public ou d'utilité publique (art. 86a al. 2 CC). Dans ce cas, le nouveau but doit demeurer un but de service public ou d'utilité publique pour des questions fiscales. Selon l'art. 95 al. 1 lit. i et m de l'ordonnance sur le registre du commerce, tous les membres du conseil de fondation doivent être inscrit au registre, ainsi que l'organe de révision s'il y en a un.

La Fondation Seed Capital Fribourg est un exemple récent d'application de ce régime⁸¹ : l'art. 2 fixe le but de la fondation. Le conseil de fondation est composé de trois membres désignés par le Conseil d'Etat (art. 3). Les moyens financiers de la fondation sont établis à l'art. 4. La manière de réaliser le but est définie à l'art. 5 (prêts ou prises de participation) et les critères à remplir pour bénéficier des prestations sont donnés à l'art. 6. L'art. 7 prévoit le contenu minimal des conventions faites avec les bénéficiaires. Un rapport de gestion doit être remis au Conseil d'Etat chaque année (art. 8). La dissolution de la fondation est réglée (art. 9).

Ce régime montre combien grande est la latitude de l'Etat de « contrôler » ses fondations de droit privé, à condition qu'il y songe au moment où il les crée et qu'il utilise pleinement les institutions juridiques que le Code civil lui octroie à cet effet.

2.3. Les fondations de droit public

L'organisation et le fonctionnement d'une fondation de droit public vont dépendre de la loi qui est à la base de sa constitution. En vertu de l'art. 59 CC, le droit privé ne s'y applique pas. Le législateur peut cependant s'inspirer du régime de droit privé qui, dès lors, déploiera ses effets à titre de droit public supplétif⁸². La fondation de droit public se distingue d'un simple fonds par le fait que le législateur lui octroie la personnalité morale⁸³. Le but, l'autonomie et les tâches de la fondation sont également fixés par la loi. La liberté donnée à cet égard au législateur par rapport au régime de droit privé est moins frappante que pour d'autres types d'entités (société anonyme ou société coopérative de droit public) au vu de la grande liberté dont dispose également le créateur d'une fondation de droit privé (ci-dessus ch. 2.2).

La Fondation d'Hauterive offre un exemple du pouvoir de contrôle que le législateur cantonal peut aménager pour l'Etat⁸⁴ : l'arrêté de création fixe à son art. 1 le but de cette fondation, puis il établit la composition du conseil de fondation avec son mode d'élection (art. 6 : trois représentants

⁷⁸ Id., p. 172.

⁷⁹ Id., p. 166.

⁸⁰ Cf. VEZ, Nouveau droit, p. 2 ss.

⁸¹ Règlement du 2 mars 2010 relatif à la structure Seed capital (RSF 900.65).

⁸² MOOR, vol. III, p. 70.

⁸³ Id., p. 69.

⁸⁴ Arrêté du 27 décembre 1966 concernant l'érection de la Fondation d'Hauterive (RSF 191.23.31).

de l'Etat et de l'Association des amis d'Hauterive désignés par le Conseil d'Etat plus deux représentants de la communauté bénéficiaire) ainsi que ses pouvoirs (art. 7). En outre, certains actes sont soumis à l'approbation du Conseil d'Etat (art. 7 al. 1 2^{ème} phr. et al. 2). Des règles relatives au contrôle des comptes sont également prévues (art. 8 al. 2, 9 et 10). Enfin, la législation cantonale fixe les cas de dissolution de la fondation (art. 12).

3. Les corporations

Les corporations sont des groupements d'individus qui par leurs participations déterminent la volonté de l'entité. Le régime décrit aux art. 52 al. 2 et 59 al. 1 CC leur est applicable. Une inscription au registre du commerce n'est donc pas constitutive ; les corporations de droit public acquièrent la personnalité indépendamment de toute inscription (art. 52 al. 2 CC). Quant à l'art. 59 al. 1 CC, il émet une réserve générale en faveur du droit public pour les entités qui lui sont soumises.

3.1 Les corporations de droit public

Les corporations de droit public peuvent être des collectivités, des associations de communes, des sociétés anonymes ou des sociétés coopératives. Ces corporations de droit public permettent toutes à l'Etat d'y maintenir un contrôle, en fonction des tâches qu'elles gèrent, toute en leur assurant une certaine autonomie. La création d'une corporation de droit public nécessite toujours une base légale.

Les collectivités sont des groupements de personnes (les « membres ») qui forment une personne morale soumise au droit public. Ce sont des sujets de droit qui peuvent acquérir des droits et des obligations. Les collectivités publiques décentralisées ont la particularité de dépendre d'une autre collectivité publique (centrale ou non) ; elles doivent donc être créées ou du moins reconnues et surveillées par leur entité supérieure⁸⁵. Les communes ou encore les paroisses sont un exemple de collectivité publique décentralisée ; elles ne sont pas l'objet de la présente expertise.

Les associations de communes (de droit public) visent les cas où des communes s'associent en vue de l'accomplissement de tâches communales (cf. art. 109 ss de la loi fribourgeoise du 25 septembre 1980 sur les communes⁸⁶). Une fois créée, l'association est une personne morale distincte des communes qui en font parties. Le droit cantonal règle les modalités de création de ce type d'entité ; le mécanisme de l'approbation assure un contrôle de la part de l'Etat. Ce n'est pas non plus l'objet de la présente expertise.

Le législateur (cantonal ou fédéral) a la faculté de créer une société de droit public sur le modèle de la société anonyme, par un acte de droit public. Il crée alors une personne morale avec un capital, divisé en actions mais à laquelle les règles de droit privé ne s'appliquent pas, sauf éventuellement à titre supplétif par un renvoi prévu dans la loi qui la constitue (ex. art. 1 al. 2 de la loi vaudoise organisant la Banque cantonale vaudoise du 20 juin 1995⁸⁷). L'art. 763 CO fixe certaines limites à la liberté du législateur cantonal d'instituer des personnes morales de ce type : il exige que la création se fasse sous forme de loi, qu'une responsabilité subsidiaire du canton soit

⁸⁵ MOOR, vol. III, p. 193 s. et 199 s. et pour un développement relatif aux statuts des communes cf. p. 248 ss.

⁸⁶ RSF 140.01.

⁸⁷ RSV 951.01.

prévue (sauf si la création a eu lieu avant 1883), que la société ait un but d'intérêt général et que le canton participe à son administration⁸⁸. La base légale en question doit régir entre autres le but, l'organisation et les moyens financiers de l'entité⁸⁹. Les lois spéciales qui créent des sociétés anonymes de droit public utilisent divers vecteurs pour mettre en œuvre l'intervention de l'Etat dans la formation de leur volonté, en particulier : approbation nécessaire, obligation de garantir une majorité à l'Etat, représentants au conseil d'administration ; l'indépendance de la société sera plus ou moins importante selon le système choisi⁹⁰.

Le législateur (cantonal ou fédéral) peut également créer une société en s'inspirant de la structure de la société coopérative⁹¹. L'art. 829 CO mentionne l'existence de telles sociétés mais ne pose aucune condition. Il est admis que sa création se fasse par un acte législatif et qu'un intérêt public existe⁹².

A ce jour, le canton de Fribourg ne connaît aucun cas de sociétés (anonyme ou coopérative) de droit public.

3.2. Les corporations de droit privé

Les corporations de droit privé regroupent les sociétés anonymes (pures ou d'économie mixte), les autres sociétés commerciales et les autres corporations de droit privé comme les associations. Ces corporations sont des sujets de droit privé ; ce sont les actionnaires ou les associés qui créent ces entités et non pas la collectivité. Les corporations de droit privé de type société anonyme pure sont des cas de participation simple à des sociétés anonymes ordinaires au sens des art. 620 ss CO. La collectivité intervient alors comme simple actionnaire minoritaire⁹³. Le droit privé s'applique pleinement dans ce cas et donne tout au plus la possibilité à la collectivité de demander une protection particulière au sens de l'art. 709 al. 2 CO en sa qualité d'actionnaire minoritaire.

La société d'économie mixte désigne les cas où la collectivité est majoritaire dans une société privée ainsi que les cas où elle a une participation en soi minoritaire mais renforcée au travers de l'art. 762 CO. Ces sociétés doivent avoir un intérêt public qui justifie une participation étatique. Groupe E et les TPF appartiennent à cette catégorie. La société peut premièrement être entièrement en main de la collectivité⁹⁴ ; dans ce cas, elle est soumise au droit privé, mais gérée par la collectivité. Cette dernière peut deuxièmement être l'actionnaire majoritaire⁹⁵ ; cette situation relève également du droit privé. Ces représentants au conseil d'administration sont alors élus par l'assemblée générale et non désignés directement ; ils ont le même rôle et la même position que les autres administrateurs. Dans un cas de représentation au sein du conseil d'administration d'une société anonyme ordinaire, la collectivité ne peut pas simplement révoquer

⁸⁸ MOOR, vol. III, p. 81 s. ; POLTIER, CR CO-II, ad art. 763, N 6 ss ; WERNLI, BaKomm. OR-II, ad art. 763, N 3 ss.

⁸⁹ POLTIER, CR CO-II, ad art. 763, N 6.

⁹⁰ POLTIER, CR CO-II, ad art. 763, N 10. Sur cette base, on peut même affirmer que la société anonyme de droit public est la forme juridique la plus adéquate pour les entreprises publiques : elle permet à des tiers de détenir des participations dans la société ; le législateur peut prévoir des moyens d'influence et de contrôle adéquats qui garantissent à la collectivité publique une position renforcée par rapport au régime de la société anonyme de droit privé. Enfin, ces avantages paraissent "politiquement" déterminants lorsqu'il s'agit de réorganiser une entité en difficulté financière (exemple récent de la Banque cantonale de Glaris).

⁹¹ Cf. GRISEL, p. 276 ss pour des développements à ce sujet.

⁹² MOOR, vol. III, p. 82 ss.

⁹³ KNAPP, p. 136 s.

⁹⁴ KNAPP., p. 131 ss.

⁹⁵ Id., p. 133 ss.

son représentant (sauf à être l'actionnaire majoritaire), contrairement au cas dans lequel ce représentant est délégué sur la base de l'art. 762 CO.

La société d'économie mixte au sens de l'art. 762 CO permet troisièmement à la collectivité de déléguer des représentants au sein du conseil d'administration ou de l'organe de révision, ce qui lui confère une position privilégiée. Elle n'a pas besoin de l'accord de l'assemblée générale. Un tel privilège peut lui être octroyé indépendamment de sa qualité d'actionnaire. En contrepartie, la responsabilité de ses représentants est canalisée sur la tête de la collectivité (art. 762 al. 4 CO ; ci-après ch. VII)⁹⁶. Le recours à la société d'économie mixte renforcée au sens de l'art. 762 CO n'a d'intérêt que si l'Etat n'est pas déjà majoritaire, car alors il bénéficie d'un pouvoir de décision suffisant pour conduire la société. Deux conditions sont nécessaires à l'existence de ce type de société : (1) les statuts doivent prévoir la représentation de l'Etat et un intérêt public doit justifier cette intervention étatique⁹⁷. (2) La transformation d'une société anonyme en société d'économie mixte nécessite une majorité absolue (art. 703 CO) ou le respect du quorum de l'art. 704 CO voire l'unanimité, si le but social est modifié (art. 704 al. 1 ch. 1 CO) respectivement si tout but lucratif est supprimé (art. 706 al. 2 ch. 4 CO)⁹⁸.

Dans l'optique de la présente expertise, la société de droit privé en général pose trois types de questions à la collectivité qui veut y avoir recours ou qui hérite d'une telle entité :

1. Les objectifs poursuivis (en particulier sur le plan économique) sont-ils compatibles avec les caractéristiques d'une société commerciale ? (1) Celle-ci est par essence sensée dégager un profit (« Gewinnstrebigkeit »)⁹⁹ ; elle n'a donc a priori pas d'exigences morales à satisfaire et n'est pas destinée à satisfaire des besoins qui ne sont pas les siens¹⁰⁰. (2) Le profit que cette société dégage doit en principe revenir aux actionnaires comme rendement sur leur investissement et rémunération pour les risques qu'ils assument ; en cela, le capital social se distingue du capital de dotation que la collectivité met à disposition de ses entités externalisées. (3) La société est construite sur une séparation de principe entre la propriété et le contrôle : les actionnaires délèguent la gestion de leur investissement aux organes de la société. De nombreux mécanismes économiques ont été imaginés et mis en place au cours du temps pour éviter que ces organes privilégient leurs intérêts personnels au détriment de celui de la société ; c'est le but en particulier de toutes les formes de rémunération par participation au résultat de l'entreprise.
2. Comment les représentants de la collectivité au sein des organes de la société doivent-ils gérer le risque de conflit d'intérêts ? Ce risque existe, même s'il est limité par le fait que la société devrait indirectement poursuivre un intérêt public et qu'il devrait donc y avoir

⁹⁶ POLTIER, CR CO-II, ad art. 762, N 22 ss; WERNLI, BaKomm. OR-II, ad art. 762, N 20 s.

⁹⁷ POLTIER, CR CO-II, ad art. 762, N 10 ss; WERNLI, BaKomm. OR-II, ad art. 762, N 7 ss.

⁹⁸ POLTIER, CR CO-II, ad art. 762, N 13. Cf. cependant: MOOR, vol. III, p. 139 qui juge l'unanimité nécessaire dans tous les cas au vu de l'atteinte portée aux droits des actionnaires et qui mentionne que les opinions divergent.

⁹⁹ L'art. 620 al. 3 CO permet à la société anonyme de poursuivre un but autre qu'économique. Le Tribunal fédéral rappelle cependant que la société anonyme, telle que la voulait le législateur, est une grande société de caractère capitaliste et collectiviste qui exerce une activité commerciale ou industrielle (arrêt 1E.5/2002 du 5 septembre 2002, cons. 2.4).

¹⁰⁰ Cf. LOMBARDINI, CR CO-II, ad art. 620, N 42 s. et les références citées. En droit suisse de la société anonyme, l'incorporation de la société dans un groupe (Konzern) permet à certaines conditions de l'assujettir à des intérêts supérieurs ; ceux-ci ne doivent cependant pas empêcher ladite société de garantir sa solvabilité propre et un rendement minimal de son capital.

convergence entre intérêt public et intérêt sociétal¹⁰¹ ; c'est en particulier le cas lorsque l'intérêt public a trouvé place dans les statuts qui gouvernent la société. Si ce problème survient néanmoins, les auteurs envisagent la solution suivante¹⁰² : (1) entre intérêt sociétal et intérêt public, l'intérêt sociétal doit primer, mais sans pour autant que l'intérêt public soit oublié. (2) En cas de conflits insolubles : si les instructions de la collectivité doivent être suivies par ses représentants, elle encourt le risque que sa responsabilité soit engagée en cas de décision contraire à l'intérêt sociétal ; si elle admet qu'ils ne suivent pas les instructions reçues, on risque d'imputer à la collectivité des choix qu'elle n'a pas faits. Dans les deux cas, la position de la collectivité n'est donc pas sans risque dès l'instant où il y a divergence entre intérêt public et intérêt sociétal. C'est sur cette divergence que la collectivité doit travailler et en tirer les conclusions qui s'imposent, au besoin renoncer à sa participation. Si elle la maintient, elle devra prendre soin de faire inscrire dans les statuts de la société l'intérêt public à poursuivre (champ d'activité et mode d'activité) et sa priorité par rapport à l'objectif de dégager des bénéficiaires ; les représentants de la collectivité au sein du conseil d'administration pourront agir en conformité avec leur "mission" sans s'exposer eux-mêmes ou la collectivité à responsabilité. Il serait par contre illusoire de vouloir régler la question en insérant dans les statuts de la société un droit pour les représentants de la collectivité de privilégier l'intérêt public et de n'en subir aucune conséquence en terme de responsabilité¹⁰³.

Si les représentants de la collectivité ne respectent pas ses instructions, elle a le pouvoir de les révoquer (art. 762 al. 2 CO), mais elle ne peut pas annuler les décisions prises¹⁰⁴. L'assemblée générale ne peut évidemment pas révoquer les représentants de la collectivité ; par contre, elle peut demander à la collectivité de le faire si de justes motifs existent, si nécessaire par voie d'action¹⁰⁵. Les représentants de la collectivité au sein de l'assemblée générale d'une société ne rencontrent pas ces problèmes. En effet, le régime général de l'art. 689b CO leur permet de respecter des instructions et, en outre, les actionnaires n'encourent aucune responsabilité¹⁰⁶.

Les représentants de la collectivité au sens de l'art. 707 al. 3 CO peuvent par contre être révoqués par l'assemblée générale sur la base de l'art. 705 CO.

3. Quelles sont les informations que la collectivité peut/doit recevoir de ses représentants au sein de la société ? Elle doit nécessairement être informée – au moins dans une certaine

¹⁰¹ Rapport du Conseil fédéral du 25 mars 2009 complétant le rapport sur le gouvernement d'entreprise – Mise en œuvre des résultats des délibérations au sein du Conseil national, FF 2009, p. 2320 s ; KNAPP, p. 126 et la référence citée ; POLTIER, CR CO-II, ad art. 762, N 26.

¹⁰² Cf. en particulier FORSTMOSER/JAAG, p. 37 ss, retranscrit par KNAPP, 126 s.

¹⁰³ En droit commercial, les administrateurs à titre fiduciaire sont assujettis à la théorie dite du "double nexus d'obligations" (art. 707 al. 3 CO) : en toute circonstance, les obligations des administrateurs envers la société ont la priorité. Cependant, un administrateur peut défendre les intérêts de "son" actionnaire et suivre les instructions de ce dernier aussi longtemps qu'il respecte le périmètre de son pouvoir d'appréciation. Dès lors, il viole ses obligations uniquement lorsqu'en cas de conflit d'intérêts, il ne donne pas la priorité à ceux de la société (FORSTMOSER/JAAG, ch. 71). Le Tribunal fédéral a également adopté cette théorie lorsqu'il affirme : "[...] die Bindung durch Drittinteressen deshalb nur im Rahmen der Ermessensausübung und hier nur insoweit [rechtlich wirksam ist], als Dritt- und Gesellschaftsinteresse gleich gerichtet sind und denselben Entscheid erfordern, niemals aber im Sinne einer eigentlichen Instruktionsbefolgungspflicht." (arrêt H 217/02 du 23 juin 2003 c. 5.2.1).

¹⁰⁴ Sous réserve des cas de l'art. 714 CO (les motifs de nullité des décisions de l'assemblée générale s'appliquent aux décisions du conseil d'administration).

¹⁰⁵ POLTIER, CR CO-II, ad art. 762, N 19.

¹⁰⁶ KNAPP, p. 129.

mesure – afin qu'elle puisse donner ses directives¹⁰⁷. Cependant, ce devoir d'information ne doit pas dépasser le cadre de l'intérêt public que la société a pour but de réaliser¹⁰⁸ ; il est en outre assujéti au respect du droit impératif, en particulier lorsqu'il s'agit d'une société cotée en bourse¹⁰⁹.

VII. LA RESPONSABILITE

Les paragraphes qui suivent passent en revue les sources possibles de responsabilité pour une collectivité comme le canton de Fribourg. Plus elle entend être active dans la conduite de « ses » entreprises en mettant en œuvre l'un des niveaux de contrôle décrits au chapitre qui précède, plus cette question de la responsabilité devient pertinente.

1. La responsabilité de l'actionnaire

Par principe, les actionnaires n'encourent aucune responsabilité pour les décisions qu'ils prennent au travers d'organes tels que l'assemblée générale. La collectivité ne sera donc pas mise en danger du simple fait de sa participation à une entité telle qu'une société anonyme (pure ou d'économie mixte) en qualité d'actionnaire. Même lorsque par la suite un administrateur exécute la décision prise, il n'encourt aucune responsabilité car le vote de l'assemblée générale lui garantit une protection¹¹⁰. Il est d'autant plus important que la collectivité exerce tous ses droits d'actionnaire afin de garantir un suivi adéquat de ses participations et qu'il communique par quelle procédure il entend assurer cet exercice. A réserver toutefois le cas où la collectivité actionnaire serait considérée comme un organe de fait de la société (forte implication dans le processus de décision du conseil d'administration)¹¹¹.

En lien avec sa qualité d'actionnaire, la collectivité peut donner des garanties légales en engageant sa responsabilité subsidiaire ; c'est l'exemple des banques cantonales dans les cantons où une telle garantie existe. Une garantie de simple fait est également possible (concept du « lender of last resort ») : l'entité bénéficiaire est si importante pour la collectivité en question que de facto elle ne pourra pas ne pas intervenir en cas de problème ; le cas récent du sauvetage de l'UBS offre un exemple patent de ces cas d'entités dites « too big to fail » et le législateur fédéral examine actuellement comment gérer la situation, si elle devait se reproduire à l'avenir¹¹². Ces deux types de garantie (légale et de fait) ne sont toutefois pas indissociablement liés à la qualité d'actionnaire de la collectivité.

¹⁰⁷ MOOR, vol. III, p. 146.

¹⁰⁸ KNAPP, p. 128 s.

¹⁰⁹ Pour plus de détails sur ce problème, cf. STÖCKLI, p. 226 ss et les réf. indiquées. L'auteur parvient à la conclusion que la collectivité actionnaire peut avoir accès à l'information dont elle a besoin pour vérifier que la société respecte ses buts statutaires, à la condition qu'elle prenne ensuite les mesures pour garantir le secret de fonction.

¹¹⁰ Arrêt du TF 4A_317/2009 du 1^{er} octobre 2009, cons. 2.3, in : SJ 2010 I 347.

¹¹¹ Cette hypothèse a été admise par le Département fédéral des finances dans sa décision du 26 août 2010 où il rejette la qualité du canton de Vaud à agir en responsabilité contre la Confédération pour défaut de surveillance de la Banque cantonale vaudoise.

¹¹² Cf. Rapport final de la commission d'experts chargée d'examiner la limitation des risques que les grandes entreprises font courir à l'économie nationale, du 30 septembre 2010.

2. La responsabilité « sociale » de la collectivité

L'art. 35 Cst. traite de la réalisation des droits fondamentaux. Il génère deux niveaux différents de responsabilité « sociale » pour la collectivité en lien avec l'activité de « ses » entités externalisées :

1. Si la question du respect des droits fondamentaux par les autorités ou par une entité publique en cas d'activités privées reste controversée, il est admis que l'accomplissement par la collectivité d'une de ses tâches aux moyens d'instruments du droit privé entre dans le champ d'application de l'art. 35 al. 2 Cst.¹¹³ : « Quiconque assume une tâche de l'Etat est tenu de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation. » En cas de privatisation, la collectivité doit s'assurer que l'entreprise qui assume une tâche étatique respecte les droits fondamentaux, qu'elle y conserve ou non un certain pouvoir¹¹⁴. Pour les entreprises qui accomplissent une tâche étatique, les droits fondamentaux s'appliquent dans les relations avec les fournisseurs, les créanciers et les employés, si l'entreprise de droit privé est intégralement (ou presque) détenue par la collectivité ou si elle n'a aucune autonomie. Par contre, si l'entreprise privatisée qui accomplit une tâche publique n'est que partiellement détenue par la collectivité, il n'y a pas d'application directe des droits fondamentaux dans ce type de relations ; seules les bénéficiaires de la tâche publique en question en sont titulaires¹¹⁵.
2. Pour les relations entre privés en dehors de toute tâche étatique, l'art. 35 al. 3 Cst. impose aux autorités de veiller à ce que dans la mesure où ils s'y prêtent les droits fondamentaux soient aussi réalisés. Concrètement, les représentants de la collectivité au sein du conseil d'administration, d'institut ou de fondation doivent entre autre éviter toute discrimination envers les employés, les clients et les autres acteurs (cf. art. 8 al. 2 Cst. relatif à l'égalité de traitement). Si les représentants de la collectivité tolèrent une violation des droits fondamentaux par l'entreprise, une action en responsabilité contre la collectivité est envisageable¹¹⁶.

La politique sociale choisie par l'entreprise ne saurait par contre être imputée juridiquement à la collectivité si elle ne viole ni les droits fondamentaux ni le droit commun, qui plus est si la collectivité n'a pas le pouvoir d'influencer de manière contraignante le choix de cette politique (ainsi en cas de simple participation au conseil d'administration d'une société d'économie mixte). Seule l'opinion publique pourra générer une certaine pression dans ce contexte. Enfin dans certains cas, l'Etat intervient pour des motifs de pure politique sociale et sans y être obligé (exemple : le dédommagement par la Confédération des producteurs agricoles suisses après la catastrophe de Tchernobyl).

¹¹³ MARTENET, p. 127.

¹¹⁴ Id., p. 132 s. et 136 ss.

¹¹⁵ Id., p. 143 s.

¹¹⁶ Id., p. 145 ss.

3. La responsabilité de l'autorité de surveillance

3.1. La surveillance directe

La surveillance est un instrument de régulation. Elle est mise en place, souvent au niveau fédéral, afin de réguler une activité spécifique (banques, assurances, transports, etc.). Les sociétés privées même y sont soumises même en cas de participation étatique. D'autres moyens de contrôle sont également à disposition de la collectivité (édiction de règles de procédure, incitations financières positives ou négatives, avis, recommandations, etc.)¹¹⁷.

Lorsqu'une autorité est chargée de surveiller un établissement, elle engage sa responsabilité en cas de négligence (en général par omission). Si c'est une surveillance fédérale, le régime à appliquer sera celui de la loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires du 14 mars 1958 (LRFC)¹¹⁸. La Confédération répond du dommage causé sans droit à un tiers par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions, sans égard à la faute du fonctionnaire (art. 3 al. 1 LRFC). Les cantons connaissent un régime de responsabilité très similaires ; ainsi à Fribourg au travers de la loi cantonale sur la responsabilité civile des collectivités publiques et de leurs agents du 16 septembre 1986¹¹⁹. L'autorité de surveillance des fondations est un exemple d'autorité de surveillance à laquelle s'applique ce régime de responsabilité des collectivités publiques¹²⁰ ; il s'agira du régime cantonal ou fédéral selon l'appartenance de l'autorité concernée dans chaque cas concret.

Le canton de Fribourg exerce un certain nombre de surveillances directes¹²¹ y compris à travers l'Inspectorat des finances, sur la base de la loi sur les finances de l'Etat (art. 48 ss, 50). Par contre, aucune surveillance directe n'est exercée par les autorités cantonales sur les grandes entités commerciales en question dans la présente expertise (pour l'essentiel : Groupe E, BCF, TPF). La BCF en particulier est sous la surveillance de la FINMA et fort peu du canton (art. 13 LBCF) ; ce dernier n'a qu'une compétence structurelle qui lui permet de créer une banque cantonale, mais il ne peut pas guider son activité (art. 3a LB). La surveillance cantonale se limite donc à contrôler que la banque respecte son but statutaire et ne prend pas de risques qui pourraient générer la responsabilité de l'Etat (cf. art. 4 al. 2 LOCEA et 13 al. 2 LBCF). Une responsabilité du canton pour l'activité de la BCF n'est donc envisageable que dans cette mesure très limitée. La situation pour les caisses d'épargne communales (dans la mesure très limitée où elles existent encore dans le canton) est plus particulière : l'abrogation du droit cantonal à leur égard a eu pour conséquence qu'elles ne sont plus assujetties à surveillance cantonale, que ce soit dans les aspects institutionnels ou prudentiels ; l'Etat doit cependant encore approuver toute modification de leurs statuts qui aurait trait à leur but ainsi que les garanties communales qui leur sont accordées¹²².

Certains cantons ont instauré un suivi de leurs participations. Ainsi le canton de Vaud prévoit à l'art. 17 de sa loi du 17 mai 2005 sur les participations de l'Etat et des communes à des personnes morales que le Conseil d'Etat suit l'activité des personnes morales auxquels ils participent au

¹¹⁷ MAYHALL, p. 152 s.

¹¹⁸ RS 170.32. Cf. ZUFFEREY, Surveillance, en particulier p. 91.

¹¹⁹ RSF 16.1.

¹²⁰ VEZ, Thèse, p. 264 ss.

¹²¹ Cf. p. ex. : règlement du 1er décembre 1944 sur la surveillance des fondations de droit privé (RSF 211.5.11) ou encore arrêté du 3 octobre 1983 concernant la mise en vigueur et l'introduction de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP) (RSF 841.4.12).

¹²² Pour plus de détails, cf. ZUFFEREY J.-B., Avis de droit relatif au régime juridique de la surveillance cantonale sur les caisses d'épargne publiques fribourgeoises, du 1^{er} octobre 2005.

travers du département en charge des finances ; la même obligation est faite aux communes¹²³. Cette disposition est un cas d'application de l'art. 162 de la Constitution vaudoise qui prévoit que des mécanismes de contrôle des participations doivent être mis en place (pour plus de détails, cf. ci-après ch. VIII.2.8). Ce type de surveillance vise cependant les participations et non les sociétés elles-mêmes ; elle ne peut dès lors constituer à elle seule une base pour une responsabilité de la collectivité en raison de leurs activités : cette responsabilité ne sera envisageable que si par ailleurs la collectivité est assujettie à une obligation d'influence et de contrôle.

3.2. La surveillance indirecte et ponctuelle

Le canton (ou les communes) peuvent également être responsables non pas d'un établissement en tant que tel (par exemple Groupe E), mais seulement de certaines activités de cet établissement et de manière indirecte : les autorités peuvent engager leur responsabilité sur la base d'un acte administratif, par exemple une autorisation de construire une installation électrique ou un ouvrage d'accumulation. Il est admis en effet qu'une autorisation de police a pour but de constater l'absence de risque pour la santé et la sécurité publiques¹²⁴. S'il s'avère que des risques existaient et n'ont pas été détectés, l'autorité compétente a commis un acte de fonction illicite qui, s'il est en lien de causalité avec un dommage, peut engager la responsabilité de la collectivité¹²⁵.

3.3. La haute surveillance

La haute surveillance se distingue de la surveillance directe par son intensité plus faible. Elle vise à éviter les erreurs et à les faire réparer si elles se produisent¹²⁶. La Confédération peut exercer une haute surveillance sur les cantons dans les domaines où ces derniers ont une obligation fédérale à accomplir. C'est principalement le Conseil fédéral qui est chargé de cette haute surveillance au travers de l'art. 186 Cst.. L'Assemblée fédérale, quant à elle, exerce la haute surveillance 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 (art. 169 Cst.)¹²⁷. Dans la même logique, un certain nombre de lois (fédérales ou cantonales) instaurent un système de haute surveillance d'une autorité sur une autre, ou encore sur une entité privée.

Le canton de Fribourg a prévu à l'art. 4 lit. c de la loi fribourgeoise du 20 septembre 1994 sur les transports que le Conseil d'Etat exerce la haute surveillance dans les domaines régis par cette loi¹²⁸. L'art. 32 lit. c envisage expressément la participation du canton dans des entreprises de transport ; il y a donc haute surveillance à leur égard. Le Conseil d'Etat exerce la haute surveillance sur l'application dans le canton et dans les communes de la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce¹²⁹. Le Grand Conseil exerce la haute surveillance sur les délégués de tâches publiques (art. 104 lit. c de la Constitution fribourgeoise).

Ces différents cas de haute surveillance peuvent ponctuellement toucher des entités telles que Groupe E, la BCF ou les TPF. Cependant, ce type de surveillance ne devrait pas engendrer de

¹²³ Cf. exposé des motifs et projets de lois sur les participations de l'Etat et des communes aux personnes morales [...] de décembre 2004.

¹²⁴ ZUFFEREY, Sécurité parasismique, p. 39.

¹²⁵ Id., p. 36 ss.

¹²⁶ AUER/MALIVERNI/HOTTELIER, p. 385 ss et les références citées.

¹²⁷ ZIMMERLI, p. 1041 s.

¹²⁸ RSF 780.1.

¹²⁹ Art. 1 al. 2 de la loi fribourgeoise du 8 février 1966 d'application de la loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (RSF 864.1.1).

responsabilité pour le canton, car le degré de surveillance qu'impose la loi n'est pas assez intense et coercitif pour pouvoir construire un rapport de causalité juridique entre le dommage qu'un tiers alléguerait et un prétendu acte illicite de la collectivité.

4. La responsabilité civile des sociétés commerciales et de leurs administrateurs

4.1. En général

De manière générale, c'est le Code des obligations qui régit cette responsabilité (cf. art. 7 CC). Lorsqu'il s'agit d'une société anonyme, ce sont les art. 752 à 760 CO qui en fixent les conditions (cumulatives) : (1) un dommage ; (2) la violation d'un devoir ; (3) un lien de causalité adéquat entre cet acte illicite et le dommage ; (4) une faute¹³⁰. En cas de faillite d'une société, l'administration de la faillite inscrit systématiquement à l'inventaire (art. 197 et 221 LP) une responsabilité potentielle des administrateurs. La deuxième assemblée des créanciers se détermine généralement ensuite sur l'ouverture ou non d'une action en responsabilité par la masse (253 al. 2 LP). En cas de réponse négative, une cession de droits aux créanciers qui la demandent est encore possible en vertu de l'art. 260 LP (cf. ég. 757 al. 2 CO).

De manière plus spécifique aux sociétés dans lesquelles le canton a des participations :

1. En matière de banques¹³¹, l'art. 39 LB renvoie aux dispositions sur la responsabilité du Code des obligations (art. 752 à 760) pour ce qui est de la responsabilité des fondateurs d'une banque, celle des organes chargés de la gestion, de la direction générale, de la surveillance et du contrôle de la banque et celle des liquidateurs et des sociétés d'audit nommés par la banque. Les conditions susmentionnées doivent donc également être remplies pour que leur responsabilité soit engagée¹³². L'art. 19 de la loi fribourgeoise du 22 novembre 1988 sur la Banque cantonale de Fribourg prévoit que la responsabilité de la Banque, de ses organes et de son personnel est régie par le droit fédéral ; c'est donc bel et bien l'art. 39 LB qui s'applique et à travers lui les art. 752 à 760 CO, soit les conditions ordinaires de responsabilité susmentionnées. Le législateur a prévu un régime de responsabilité car la BCF est un établissement public auquel le droit privé ne s'applique pas directement (cf. ci-dessus ch. VI.1.2).
2. En ce qui concerne Groupe E, la loi fribourgeoise du 19 octobre 2000 sur le statut des Entreprises électriques fribourgeoises et leur caisse de pension prévoit une garantie du canton pour les engagements financiers contractés avant la publication (art. 3). Elle ne contient pas de disposition au sujet de la responsabilité de la société et de ses organes ; les statuts et les règlements d'organisation non plus. Le système ordinaire du droit commercial commun est applicable car le Groupe E est une société anonyme ordinaire de droit privé avec une simple participation de l'Etat ; cela vaut en particulier pour la responsabilité des administrateurs (ci-après ch. 5).

¹³⁰ CORBOZ, CR CO-II, ad art. 754, N 17 ss; VENTURI/BAUEN, p. 215 ss.

¹³¹ Sur la question de la responsabilité des banques cantonales, cf. ZOBL D., Das Haftungskonzept der Kantonalbanken, in: Festschrift für Niklaus Schmid, Zürich 2001, p. 517-536. Cf. ég. JAAG/RÜSSLI, Der Staat als Bankier – Die Vertretung des Kantons in den Organen der Kantonalbank, in: Festschrift Dieter Zobl, Zürich 2004, p. 87 ss, p. 97 ss.

¹³² VENTURI/BAUEN, p. 257 s. ; ZUFFEREY, CR CO-II, ad art. 1156, N 78 ss.

3. Les TPF sont également une société ordinaire de droit privé avec participation de l'Etat. Leurs statuts (et la convention signée par ses actionnaires) ne prévoient rien de particulier quant à la responsabilité ; la responsabilité ordinaire des art. 752 ss CO s'applique, notamment pour les administrateurs (ci-après ch. 5).

On peut mentionner ici que dans son rapport de 2006 sur la gouvernance d'entreprise (ci-après ch. IX.1), la Confédération prévoit d'inscrire l'application des règles du droit privé en matière de responsabilité dans les lois d'organisation des entités qui exercent des activités essentiellement sur le marché et dans le cadre du droit privé¹³³. L'idée est d'exclure ainsi clairement toute responsabilité étatique. Le régime de la responsabilité étatique (LRFC) continuera à s'appliquer lorsqu'un dommage survient lors de l'exécution d'une tâche publique par une entité devenue autonome. Cette responsabilité étatique a la particularité d'être causale (une faute n'est pas nécessaire) ; elle offre en outre au lésé la garantie d'être payé car la Confédération répond subsidiairement du dommage, à savoir si l'entreprise concernée n'est pas en mesure de le réparer intégralement (art. 19 LRFC).

4.2. Les représentants de la collectivité

Deux hypothèses sont relativement claires :

1. La première est celle de l'art. 762 CO : lorsqu'un intérêt public le justifie, les statuts de la société peuvent octroyer à la collectivité le droit de déléguer des représentants au sein de son conseil d'administration (cf. ci-dessus ch. VI.3.2). En contrepartie, dite collectivité doit alors assumer la responsabilité des actes de ses représentants¹³⁴ (ce régime exclut l'art. 707 al. 3 CO sur la responsabilité personnelle des administrateurs) ; il s'agit de la responsabilité ordinaire des art. 754 ss CO (ci-dessus ch. 4) et non pas celle qui se fonde sur le régime du droit public¹³⁵.
2. Quant à l'art. 763 CO, il prévoit que le Code des obligations ne s'applique pas aux sociétés anonymes de droit public (ainsi que les établissements qui sont organisés de manière analogue ; cf. ci-dessus ch. V.1.1). Dans ce cas, il paraît logique d'appliquer l'art. 762 al. 4 CO par analogie en cas de représentation au conseil d'administration : la responsabilité de ces membres à l'égard de la société, des actionnaires et des créanciers est assumée par la collectivité ; cependant, le droit cantonal peut aussi prévoir une autre solution (cf. art. 21 al. 2 de la loi vaudoise du 20 juin 1995 organisant la Banque Cantonale Vaudoise¹³⁶)¹³⁷. Dans le canton de Fribourg, les corporations de droit public sont soumises à la loi du 16 septembre 1986 sur la responsabilité civile des collectivités publiques et de leurs agents art. 2 al. 1) ; la responsabilité est donc canalisée sur la collectivité, y compris pour celle des membres des organes des entités décentralisées (art. 3 lit. a).

Il existe encore d'autres cas où des représentants de collectivités publiques siègent dans un conseil d'administration ; ainsi lorsque la collectivité est actionnaire majoritaire et qu'elle désigne les

¹³³ Rapport 2006, p. 7838 ss.

¹³⁴ BUOB, Interessenkonflikte und Haftungsrisiken, p. 151 s. ; POLTIER, CR CO-II, ad. art. 762, N 22 ss; VENTURI/BAUEN, p. 22.

¹³⁵ MOOR, vol. III, p. 146.

¹³⁶ RSV 951.01.

¹³⁷ POLTIER, CR CO-II, ad art. 763, N 14, et les références citées.

administrateurs à travers une décision de l'assemblée générale (c'est le cas dans le canton de Fribourg pour Groupe E ou les TPF). Dans cette situation, la doctrine majoritaire estime que les règles usuelles doivent s'appliquer, et non pas l'art. 762 al. 4 par analogie¹³⁸. Les représentants de la collectivité sont donc soumis directement aux règles du droit commercial relatives à la responsabilité (art. 707 al. 3 CO) ; ils ne peuvent s'y opposer en alléguant qu'ils n'ont fait que suivre des instructions. Dans un tel cas et parce qu'il paraît normal que la collectivité assume ses choix, il peut se justifier de prévoir une convention en vertu de laquelle elle supportera les conséquences d'actes illicites en droit commercial mais licites sous l'angle du droit administratif¹³⁹ ; une disposition législative cantonale serait également possible¹⁴⁰.

Une autre voie qui peut être suivie face à ce problème est celle de la responsabilité de la collectivité en tant qu'organe de fait¹⁴¹. La collectivité pourrait être considérée comme telle si elle joue un rôle central dans le fonctionnement de la société, au travers d'informations et de directives très précises. Une action en responsabilité aux conditions ordinaires des art. 752 ss CO pourrait alors être intentée directement contre elle¹⁴².

Il est également envisageable d'appliquer à la collectivité et à ses représentants le régime de la responsabilité de droit public¹⁴³, si le domaine d'activité en cause est de droit public et non pas exclusivement privé¹⁴⁴. Cette responsabilité exige un dommage, un acte de fonction illicite commis par un agent public et un lien de causalité adéquate entre le dommage et l'acte en question ; une faute n'est pas nécessaire¹⁴⁵. Occupe une fonction publique toute personne ou organisation qui est chargée d'exercer une certaine activité pour le compte de la collectivité et selon ses directives¹⁴⁶. Les rapports juridiques qui lient la collectivité et son agent importent peu ; ils peuvent même être de nature privée du moment où la collectivité a un pouvoir d'instruction et de surveillance¹⁴⁷. Si le rapport de subordination est jugé suffisant, alors le représentant au conseil d'administration peut être considéré comme un agent public. S'il commet un acte de fonction illicite, la collectivité qu'il représente peut être tenue pour responsable (aux conditions précitées). Pour être qualifié comme tel, un acte de fonction doit avoir un rapport fonctionnel avec l'activité exercée¹⁴⁸ ; il doit donc avoir eu lieu dans l'exercice des fonctions du représentant. Quant à l'illicéité, elle exige qu'il y ait atteinte à un bien juridique absolu ou violation d'une norme de protection¹⁴⁹ ; en pratique, cette condition restreint largement la portée de la responsabilité pour la collectivité. Si toutes ces conditions sont remplies, il y a alors canalisation de la responsabilité sur la collectivité et aucune possibilité pour les personnes prétendument lésées d'agir directement contre les représentants. Une action récursoire contre l'agent, bien que toujours prévue dans la loi, est en principe assujettie à l'existence d'une faute grave de sa part et elle est très rarement mise en oeuvre.

¹³⁸ Id., CR CO-II, ad art. 762, N 24, et les références citées.

¹³⁹ KNAPP, p. 134 ss.

¹⁴⁰ Cf. FORSTMOSER/JAAG, ch. 180 s.

¹⁴¹ KNAPP, p. 135 s.; POLTIER, CR CO-II, ad art. 762, N 24, et les références citées.

¹⁴² Cf. à ce sujet, BÖCKLI/BÜHLER, p. 17 ss. Une telle responsabilité de l'Etat reste cependant très improbable.

¹⁴³ KNAPP, p. 135 s. Cette question est cependant controversée ; elle tient à l'interprétation de l'art. 61 al. 2 CO et à la qualification de l'acte de représentation étatique (activité officielle ou non). Pour plus de détails, cf. FORSTMOSER/MÜLLER, p. 39 ss.

¹⁴⁴ MOOR, vol. II, p. 705 ss.

¹⁴⁵ MAYALL, p. 267 ss.

¹⁴⁶ MOOR, vol. II, p. 703.

¹⁴⁷ Id., p. 703 ss.

¹⁴⁸ Id., p. 704 s.

¹⁴⁹ Id., p. 717 ss.

A rappeler enfin qu'il existe des assurances responsabilité civile dites « D&O » (Directors and Officers Liability Insurance) qui assurent les membres des organes des sociétés. Il faut ici recommander à l'Etat de vérifier si ce risque est couvert par sa propre assurance et, dans le cas contraire, de prendre les dispositions nécessaires. Il faut savoir cependant qu'en présence de risques trop importants, les assurances refusent de fournir ce type de couverture ; c'est le cas par exemple pour les organes des banques¹⁵⁰.

4.3. Les administrateurs à titre individuel

Lorsque la responsabilité n'est pas canalisée sur la tête de la collectivité représentée ou si elle se retourne contre ses représentants, leur responsabilité individuelle entre en ligne de compte. Sur la base de l'art. 754 CO, tout administrateur peut être recherché en responsabilité, aux conditions générales déjà mentionnées (ci-dessus ch. 4).

Il existe des assurances responsabilité civile pour ce type de risque. Les administrateurs peuvent à titre individuel conclure une telle assurance ou la société peut conclure une assurance collective pour ses administrateurs. L'assurance collective offre une couverture plus large. L'assurance « D&O » (mentionnée sous ch. 4.2) est une assurance collective¹⁵¹.

5. La responsabilité fondée sur la confiance ?

Outre la responsabilité délictuelle et contractuelle, un nouveau type de responsabilité a vu le jour ces dernières années : la responsabilité pour la confiance. Elle permet à celui dont la confiance légitime a été trompée de demander la réparation de son dommage à l'auteur de cette confiance, malgré l'absence de relation contractuelle entre eux. Le Tribunal fédéral a cependant assujéti cette responsabilité à des conditions très restrictives : il faut qu'un rapport particulier de confiance ait existé en plus de la réalisation des conditions ordinaires de responsabilité¹⁵².

Si la collectivité crée chez les tiers la conviction qu'elle assume subsidiairement les obligations financières de la société à laquelle elle participe, elle pourrait en cas de dommage subi par ces tiers – notamment en cas de faillite – devoir assumer cet état de confiance qu'elle aura créé et réparer le dommage¹⁵³. Jusqu'ici, les tribunaux n'ont jamais eu à traiter d'un tel cas ; en outre ces dernières années, le Tribunal fédéral a eu tendance à renforcer les conditions d'application d'une telle responsabilité pour la confiance, ce qui en a restreint la portée pratique : il faut en particulier démontrer que la conclusion d'un contrat n'aurait pas été possible¹⁵⁴. Cependant, une telle responsabilité ne peut pas être exclue ; dans cette optique, il est donc important de ne pas laisser une apparence de trop grande proximité s'installer entre la collectivité et les entités auxquelles elle participe. Cette recommandation vaut aussi pour le canton de Fribourg : les tiers doivent être mis en situation de percevoir consciemment la scission juridique qui existe entre l'Etat et « ses » entreprises.

¹⁵⁰ Cf. à ce sujet, STUDER/WANNER, Organhaftpflichtversicherung, in: SCHAFFHAUSER/BERTSCHINGER/ POLEDNA, Haftung im Umfeld des wirtschaftenden Staates, St.-Gall 2003, p. 135 ss.

¹⁵¹ VENTURI/BAUEN, p. 276 ss.

¹⁵² Pour plus de détails, cf. parmi d'autres WERRO, p. 80 ss.

¹⁵³ Cf. l'arrêt de principe « Swissair » (ATF 120 II 331, JdT 1995 I 359) dans lequel la responsabilité de la société-mère a été admise pour les engagements pris par sa filiale, en raison de la confiance que diverses publicités avaient suscitée.

¹⁵⁴ Pour un panorama très récent et critique de toute la jurisprudence, cf. BURG/VON DER CRONE, Vertrauenshaftung im Konzern, RSDA 2010, p. 417 ss.

6. La responsabilité au sein des fondations

6.1. Les fondations de droit privé

Trois questions se posent : (1) la responsabilité de la fondation à l'égard des tiers ; (2) la responsabilité personnelle des organes à l'égard des tiers ; (3) la responsabilité des organes à l'égard de la fondation. Les règles relatives aux fondations (art. 80 ss CC) ne règlent pas spécifiquement ces questions ; il faut donc se reporter à la disposition générale sur la responsabilité des organes des personnes morales, l'art. 55 al. 2 et 3 CC¹⁵⁵. Concrètement :

1. Pour que la responsabilité de la fondation soit engagée à l'égard des tiers (art. 55 al. 2 CC), les conditions de la responsabilité en cause doivent être réunies (pour l'essentiel art. 41 ss CO en matière délictuelle et art. 97 CO en matière contractuelle) ; en outre, l'organe de la fondation doit avoir agi dans l'exercice de ses fonctions, même s'il a outrepassé ses compétences¹⁵⁶. Si ces conditions sont remplies, la fondation doit répondre du dommage causé aux tiers. Par contre, la responsabilité du fondateur ne peut pas être engagée, sauf (très) éventuellement en vertu du principe de transparence s'il a commis un abus de droit en utilisant cette construction juridique comme véhicule intermédiaire ; une fois la fondation constituée en effet, le patrimoine du fondateur et celui de la fondation sont distincts et cette dernière a une personnalité morale pleine et entière¹⁵⁷. La collectivité ne répond donc pas du dommage causé par une fondation de droit privé qu'elle aura créée, sous réserve d'une possible responsabilité fondée sur la confiance (mais avec les réserves mentionnées au ch. 5 ci-dessus).
2. Une responsabilité de la fondation envers un tiers lésé n'exclut pas celle des organes de la fondation (art. 55 al. 3 CC)¹⁵⁸. Ils ne répondent cependant que de leurs actes illicites et pas en cas de responsabilité contractuelle de la fondation ; il y a alors solidarité entre la fondation et l'organe concerné, à titre personnel (art. 50 al. 1 CO). Les conditions d'une responsabilité délictuelle doivent être remplies ; en particulier, il faut que le tiers puisse démontrer la violation d'un droit absolu ou d'une norme destinée à protéger ses intérêts (illicéité) et que son dommage soit direct¹⁵⁹. Bien que l'art. 55 al. 3 CC parle de « fautes commises », la responsabilité de l'organe peut également être engagée dans des cas de responsabilité objective¹⁶⁰. Le droit des fondations ne connaît pas le système de la décharge, qui permet de libérer les organes de leur responsabilité pour les faits connus¹⁶¹.

Lorsqu'une collectivité crée une fondation de droit privé, elle prévoit en général une organisation qui lui permet de nommer ses représentants au conseil de fondation ; c'est le cas également dans le canton de Fribourg¹⁶². Dès lors s'impose une situation analogue à

¹⁵⁵ VEZ, Thèse, p. 181.

¹⁵⁶ Id., p. 182.

¹⁵⁷ Id., p. 93 et 299.

¹⁵⁸ Id., p. 183 ; BAUMANN LORANT, p. 365 ss.

¹⁵⁹ VEZ, Thèse, p. 183.

¹⁶⁰ Ibid.

¹⁶¹ Ibid.

¹⁶² Cf. p. ex. art. 6 al. 2 de la convention intercantonale du 31 mai 2001 relative à la Haute Ecole de théâtre de Suisse Romande (RSF 428.5) ; art. 7 des statuts de la fondation Vitrocentre Romont, Centre suisse de recherche sur le vitrail et les arts du verre ou encore art. 3 du règlement du 2 mars 2010 relatif à la structure Seed capital (RSF 900.65).

celle qui vaut pour les sociétés anonymes de droit privé (non soumise à l'art. 762 al. 4 CO ; cf. ci-dessus ch. 4.1) : (1) les membres des organes de la fondation encourent une responsabilité ordinaire (art. 55 al. 3 CC), même s'ils ne sont que des représentants de la collectivité et n'ont fait que suivre ses instructions ; (2) la théorie de la responsabilité de la collectivité comme organe de fait pourrait, dans certaines circonstances, entrer en ligne de compte avec alors la possibilité d'une action directe contre la collectivité ; (3) le régime de responsabilité de droit public pourrait s'appliquer, si et dans la mesure où les représentants de la collectivité au conseil de fondation sont à considérer comme des agents publics. Fort de ces différentes voies, une responsabilité de l'Etat pour « ses » fondations ne peut pas être complètement exclue.

3. Dans certains cas, la fondation peut se retourner contre un membre de ses organes et dès lors, la question se pose de la responsabilité de la collectivité du fait des organes de la fondation. Cette responsabilité de l'organe envers la fondation dépend du lien juridique qui existe entre eux¹⁶³. La doctrine dominante estime qu'un contrat de travail ou de mandat les lie¹⁶⁴ ; pour que la responsabilité de l'organe puisse être engagée, il faut qu'il y ait violation de ce contrat, que la fondation ait subi un dommage, que l'organe incriminé ait commis une faute (présumée selon l'art. 97 CO) et un lien de causalité adéquat soit établi entre la violation du contrat et le dommage¹⁶⁵. Dans les fondations au sein desquelles les organes agissent bénévolement, la question controversée de l'application de l'art. 99 al 2 CO se pose en plus ; si c'est le cas, responsabilité s'apprécierait dès lors « avec moins de rigueur »¹⁶⁶. La possibilité d'exclure la responsabilité des organes de la fondation en cas de faute légère au sens de l'art. 100 al. 2 CO est également controversée. La fondation a la qualité pour agir mais pas ses bénéficiaires ni ses créanciers, ce qui pose un problème car les organes décident rarement d'attaquer l'un de leurs membre. Le Tribunal fédéral estime que l'autorité de surveillance peut agir pour le compte de la fondation¹⁶⁷ ; une partie de la doctrine nie cette possibilité et estime que l'autorité de surveillance ne peut que contraindre la fondation à agir ou demander la nomination d'un curateur afin qu'il ouvre action¹⁶⁸.

6.2. Les fondations de droit public

Le régime de responsabilité au sein de chaque fondation de droit public va dépendre de ce qu'a prévu le législateur lorsqu'il l'a créée. Aucun des actes législatifs mentionnés dans le répertoire des fondations de droit public qui existent dans le canton de Fribourg (ci-dessus ch. IV.2.2) ne prévoit un quelconque régime de responsabilité.

A défaut, la question se pose du système à appliquer. L'art. 55 CC n'a pas de portée sans que le législateur y ait expressément renvoyé (cf. art. 59 CC). Quant à la loi cantonale sur la responsabilité civile des collectivités publiques et de leurs agents, elle s'applique tant aux corporations de droit public (art. 2 al. 1) qu'aux établissements de droit public, mais elle ne mentionne par contre pas les fondations de droit public. Cependant, la terminologie relative aux formes de l'administration décentralisée n'est pas vraiment stabilisée : le terme « établissement »

¹⁶³ VEZ, Thèse, p. 184 ; BAUMANN LORANT, p. 351 ss.

¹⁶⁴ VEZ, Thèse, p. 184 et références citées.

¹⁶⁵ Id., p. 184.

¹⁶⁶ Id. p. 185 s.

¹⁶⁷ ATF 103 III 79, cons. 4 ; JdT 1979 II 69.

¹⁶⁸ VEZ, Thèse, p. 186 et références citées.

peut englober à la fois les fondations et les établissements de droit public au sens strict ; elle est dans ce sens l'équivalent de la notion large de « patrimoines spéciaux ». Si le législateur fribourgeois a retenu cette notion-là, alors le régime de responsabilité de droit public s'applique également aux fondations de droit public en vertu de l'art. 2 al. 2 de la loi sur la responsabilité civile des collectivités publiques et de leurs agents.

7. La responsabilité au sein des établissements de droit public

Le législateur cantonal fribourgeois peut instaurer un système de responsabilité spécifique à l'établissement de droit public lorsqu'il le crée ; c'est le cas par exemple pour la BCF¹⁶⁹ où une responsabilité de l'Etat pour les actes de la banque n'est pas envisageable (cf. ci-dessus ch. VI.1.2). En l'absence d'une telle règle particulière, c'est le système de la loi sur la responsabilité civile des collectivités publiques et de leurs agents qui va s'appliquer aux établissements de droit public dotés de la personnalité morale (art. 2 al. 2 et 5). Pour les établissements sans personnalité, leur responsabilité est également à la charge de l'Etat car une telle entité n'a aucune indépendance juridique.

La responsabilité est donc canalisée sur l'Etat, y compris pour les actes des organes des entités concernées (art. 3). Au niveau fédéral, l'art. 19 la loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires prévoit que les établissements supportent le préjudice en premier lieu et que subsidiairement la Confédération intervienne si l'établissement n'est pas en mesure de réparer le préjudice¹⁷⁰. La loi fribourgeoise ne prévoit pas clairement un tel système. Néanmoins, l'art. 6 utilise la formulation : « les collectivités publiques répondent » ; le recours à la forme plurielle laisse penser que c'est bien l'entité externalisée qui répondra en premier lieu.

VIII. LE BENCHMARKING

Les références présentées dans les développements qui suivent permettent d'établir un standard en droit suisse ; c'est par rapport à ce standard que le canton de Fribourg peut évaluer sa position actuelle et configurer la solution qu'il entend adopter.

1. La Confédération

Le 13 septembre 2006, le Conseil fédéral a adopté un rapport sur le gouvernement d'entreprise¹⁷¹. Suite à ce rapport, quatre postulats ont été déposés, qui ont généré en 2009 un rapport complémentaire sur le même sujet¹⁷².

¹⁶⁹ Cf. art. 19 LBCF.

¹⁷⁰ Pour plus de précisions, cf. KNAPP, p. 243 et 802 s.

¹⁷¹ Rapport du Conseil fédéral du 13 septembre 2006 sur l'externalisation et la gestion des tâches de la Confédération, FF 2006, p. 7799 ss (ci-après : Rapport 2006).

¹⁷² Rapport du Conseil fédéral du 25 mars 2009 concernant le rapport sur le gouvernement d'entreprise – Mise en œuvre des résultats des délibérations au sein du Conseil national, FF 2009, p. 2299 ss (ci-après : Rapport 2009).

Le rapport de 2006 répartit les tâches de la Confédération en quatre groupes : les tâches ministérielles, les prestations à caractère monopolistique, les tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité, les prestations fournies sur le marché ; l'idée est de vérifier si une tâche donnée se prête à une externalisation (ch. 3). Viennent ensuite vingt-huit principes directeurs relatifs à huit aspects de la gestion des entités devenues autonomes : la forme juridique, les organes, les représentants de la Confédération, les responsabilités, les compétences particulières, les objectifs stratégiques, le contrôle et la haute surveillance, les finances et les impôts (ch. 4). Ces principes directeurs sont appliqués aux tâches qui se prêtent à une externalisation, puis organisés en un modèle de gestion spécifique à chaque type de tâches (ch. 5). Finalement, le rapport fixe la répartition des rôles au sein de la Confédération (ch. 6).

Le rapport de 2009 complète le rapport de 2006 sur les points suivants : les représentants de la Confédération qui siègent dans des conseils d'administration et reçoivent des instructions (ch. 3), la politique du personnel et la réglementation des caisses de pension (ch. 4), une représentation équilibrée des sexes et des régions linguistiques (ch. 5), le contrôle exercé par le Conseil fédéral (ch. 6).

La forme d'organisation choisie pour chaque entité considérée doit « assurer à la Confédération en tant que propriétaire une emprise et un contrôle conformes au but d'intérêt public de sa propriété ou de sa participation »¹⁷³. Cependant, elle ne doit limiter l'autonomie de la société que dans la mesure de ce qui est nécessaire¹⁷⁴. En ce qui concerne la représentation au sein des conseils d'administration et compte tenu des conflits qui peuvent surgir entre les intérêts de la Confédération et ceux de l'entité autonome concernée, « la Confédération ne devrait plus être représentée par des personnes recevant des instructions que dans les conseils d'administration ou d'institut où cela s'impose »¹⁷⁵. Une telle représentation est jugée nécessaire si la participation de la Confédération s'impose en raison de ses connaissances spécifiques ou si elle n'a pas d'autre moyen de défendre ses intérêts¹⁷⁶. De ces réflexions découle le principe N. 9 : « La Confédération ne doit être représentée dans les conseils d'administration ou d'institut d'entités devenues autonomes par des personnes recevant des instructions que si ses intérêts ne peuvent pas être défendus adéquatement en l'absence de ces représentants ou si le profil d'exigences du conseil d'administration ou du conseil d'institut le requiert ». La Confédération est en outre chargée de fixer les objectifs¹⁷⁷.

Suite à un postulat de l'une des commissions de gestion du Parlement¹⁷⁸, le rapport 2009 a développé la problématique de la représentation de la Confédération au sein des conseils d'administration¹⁷⁹. Deux aspects en particulier sont traités : (1) l'accès privilégié aux informations que génère la représentation¹⁸⁰ ; (2) les conflits entre les intérêts de la Confédération et ceux de la société en question¹⁸¹. Pour ce qui est de la transmission d'informations, il convient de tenir compte des limites que fixent le droit de la société anonyme (art. 717 al. 2 CO) et le droit des marchés financiers (art. 1 LBVM). En ce qui concerne les conflits d'intérêts, la Confédération

¹⁷³ Rapport 2006, p. 7832.

¹⁷⁴ Ibid.

¹⁷⁵ Id., p. 7837 s.

¹⁷⁶ Rapport 2006, p. 7838.

¹⁷⁷ Id., p. 7842 ss.

¹⁷⁸ Postulat de la Commission de gestion du Conseil national du 23 novembre 2007, n° 07.3772.

¹⁷⁹ Rapport 2009, p. 2307 ss.

¹⁸⁰ Id., p. 2310 ss.

¹⁸¹ Id., p. 2320 s.

prévoit la primauté de l'intérêt sociétal. En outre, elle estime que le risque de conflit est minime car la présence de la Confédération s'explique par un intérêt public qui doit se refléter dans les statuts de la société ; l'intérêt public et celui de la société devraient donc converger.

En mars 2010, une initiative parlementaire a été déposée qui demande à la Confédération d'approfondir la façon dont le Parlement doit assurer sa tâche de haute surveillance. Le Conseil fédéral devra dans ce cadre établir des objectifs stratégiques qui seront le point de rattachement de cette surveillance. Le Parlement pourra participer à l'élaboration de ces objectifs. Enfin, l'initiative propose d'uniformiser les rapports du Conseil fédéral¹⁸².

2. Les cantons

Ceux qui suivent sont ceux qui se sont particulièrement préoccupés de leur possibilité d'exercer un contrôle sur les entités qu'ils détiennent ou auxquelles ils participent. Ils sont présentés dans un ordre alphabétique.

2.1. Argovie

Afin d'assurer une gestion uniforme de ses participations, le canton d'Argovie a édicté en 2007 des « lignes directrices »¹⁸³. Elles règlent les rapports entre le canton et ses participations, fixent les conditions de participation et décrivent quelle structure institutionnelle est nécessaire. En particulier, elles exigent un « rapport de participations » annuel (R 12). En outre, les buts et les stratégies doivent être arrêtés, en tenant compte des intérêts du canton ; ils doivent ensuite être régulièrement évalués (R 16). La transparence est assurée grâce à un droit d'accès aux documents importants (R 20). Par contre, ces lignes directrices ne prévoient aucun droit de donner des instructions aux représentants du canton.

Il est prévu de réviser ces lignes directrices sur la base des expériences acquises. Cette révision pourrait amener de nouveaux éléments, par exemple un traitement différencié des participations majoritaires et minoritaires, une simplification du rôle du département cantonal des finances, l'établissement de critères de sélection des membres des conseils d'administration et la fixation de leur rémunération¹⁸⁴.

2.2. Bâle-Campagne

Le canton de Bâle-Campagne a édicté une « ordonnance » qui est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2009¹⁸⁵. Cette ordonnance établit le rôle des autorités (§ 4-7), règle la gestion des participations cantonales (§ 8-22) et la représentation du canton (§ 23-28).

¹⁸² Initiative parlementaire. Instrument parlementaire concernant les buts stratégiques des unités indépendantes. Rapport explicatif de la Commission des finances du conseil national du 29 mars 2010, FF 2010, p. 3057 ss.

¹⁸³ Richtlinien zur Public Corporate Governance (PCG-Richtlinien) du 7 mars 2007.

¹⁸⁴ Cf. Rapport REIMANN, Jahrestagung der Schweizerischen Gesellschaft für Verwaltungswissenschaften du 26 novembre 2009; MAHAIM, N 39.

¹⁸⁵ Verordnung über das Controlling der Beteiligungen vom 2. Juni 2009 (RSBL 314.51).

Les buts et les stratégies à suivre doivent être clairement définis (§ 8 ss). Une représentation du canton n'est exigée que lorsqu'elle est stratégiquement nécessaire (§ 23). En ce qui concerne les rapports entre les autorités cantonales et leurs représentants, la loi ne dit pas si ces derniers sont liés par les buts et les stratégies que le canton adopte, ni si des instructions peuvent leur être données.

2.3. Berne

Le canton de Berne a adopté en 1995 des « principes régissant les relations entre le canton et ses entreprises publiques et semi-publiques » ; un réexamen de ce texte a eu lieu en 2007, qui a donné lieu à un rapport du gouvernement¹⁸⁶. Suite à cela, le Conseil exécutif a approuvé le 3 mars 2010 une directive intitulée « stratégie générale de surveillance et de controlling des participations, entreprises et institutions cantonales ». Cette directive définit les instruments et les procédures de contrôle ; elle permet également d'assurer une certaine transparence.

Concrètement, elle établit les rôles et les compétences des différentes autorités (ch. 3) puis fixe et développe les éléments clés de la surveillance et du controlling, à savoir les stratégies du propriétaire, les stratégies de surveillance, les profils d'exigences pour les membres des conseils d'administration et de fondation, un système standardisé de reporting annuel, les comptes rendus spéciaux, les entretiens de controlling avec les directions des organisations et les autres instruments et activités (ch. 4-11).

La stratégie financière doit contenir le but et l'intérêt de l'engagement du canton ainsi que les objectifs, rôles et tâches d'une représentation du canton au sein d'un conseil d'administration ou de fondation (ch. 6.2) ; la directive ne développe toutefois pas chacun de ces divers éléments. La question d'éventuelles instructions à donner aux représentants du canton n'est pas non plus abordée.

2.4. Genève

En s'inspirant des lignes directrices définies par la Confédération (ci-dessus ch. 1) et les organisations internationales comme l'OCDE, le canton de Genève a élaboré un projet de « loi » qui vise la réforme de la gouvernance et du contrôle des établissements de droit public. Il s'agit d'un projet qui vise les principaux établissements et fondations de droit public juridiquement autonomes, qui exécutent une tâche relevant du droit cantonal et qui sont soumis à la surveillance du Conseil d'Etat. Le but visé est un contrôle et une surveillance cohérente de ces entités. Ce projet a été mis en consultation jusqu'à fin octobre 2009 ; au moment de la rédaction finale du présent rapport, ce projet est en discussion devant le Grand Conseil.

La question des participations du canton dans les sociétés n'est quant à elle pas réglée.

2.5. Jura

En date du 24 mars 2009, le canton du Jura a émis des « directives » concernant la représentation du canton au sein des entités partenaires. Ces directives établissent la manière de fixer la stratégie à suivre (art. 3), elles règlent la représentation du canton (art. 4-10 et 12-13) et elles exigent un suivi des participations (art. 11).

¹⁸⁶ Rapport du Conseil exécutif du 24 octobre 2007 sur le controlling des participations.

Les représentants du canton au sein des organes de haute direction des personnes morales reçoivent une « lettre de mission » qui fixe les objectifs visés (art. 8). Un suivi de l'activité de ces représentants s'opère au travers de rencontres qui doivent être au minimum annuelles (art. 10).

Les représentants de l'Etat aux assemblées générales des entités reçoivent des instructions de vote (art. 12 al. 3).

Malgré la possibilité donnée au canton de guider ses représentants, il n'a pas la garantie que sa volonté soit respectée ; en effet, les décisions au sein des assemblées générales comme des conseils d'administration, d'institut ou de fondation sont prises à la majorité.

2.6. Lucerne

En 2007, le canton de Lucerne a adopté des « directives » de corporate governance (arrêté n° 1630). Ce texte n'est pas accessible au public. Il est par ailleurs dépassé : sur ce thème de discussion permanent dans le canton, un projet de législation est en cours au moment de la rédaction du présent rapport.

2.7. Valais

La Constitution du canton du Valais prévoit à son art. 40 que la haute surveillance qu'exerce le Grand Conseil sur les activités étatiques s'étend aux représentants du canton dans les sociétés où il détient une participation prépondérante.

Le canton du Valais a aussi élaboré en 2009 un avant-projet de « loi » sur ses participations dans des personnes morales. Cet avant-projet détermine les conditions d'acquisition et d'aliénation des participations (art. 3-5), il règle la représentation du canton au sein des organes des personnes morales (art. 6-19) et il prévoit un suivi financier de ces participations (art. 20-25). Cet avant-projet a été mis en consultation jusqu'au 31 mai 2010 ; le Conseil d'Etat a adopté son message et la première lecture au Grand Conseil est agendée pour décembre 2010.

En cas de représentation au sein des organes de haute direction, l'art. 12 al. 1 de l'avant-projet prévoit que les représentants défendent l'intérêt public et veillent au respect des objectifs fixés par l'autorité. Ils reçoivent d'office ou sur demande des instructions (art. 12 al. 2). Lors des rencontres obligatoires entre les représentants et l'autorité, les objectifs sont mis à jour et les représentants font un rapport sur la situation (mise en œuvre des objectifs, conflit d'intérêts) (art. 20). En cas de représentation au sein d'une assemblée générale, l'autorité donne des instructions de vote aux représentants (art. 21).

Tout comme pour le canton du Jura, la possibilité de donner des instructions n'est pas une garantie d'obtenir le résultat, en raison des règles de majorité.

2.8. Vaud

La Constitution du canton de Vaud prévoit à son art. 108 que le Grand Conseil décide de la participation du canton aux personnes morales. Les art. 161 ss de la Constitution règlent le régime des finances du canton ; dans ce contexte, l'art. 162 al. 1 prévoit que le canton et les communes

peuvent participer à des personnes morales ou en créer, en ajoutant dans une deuxième phrase que les modalités de contrôle de ces personnes morales sont fixées par la loi.

Afin d'exécuter le mandat que formule cet art. 162, le canton de Vaud a adopté le 17 mai 2005 une véritable « loi » sur les participations de l'Etat et des communes à des personnes morales (LPECPM)¹⁸⁷ ; elle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006.

Cette loi détermine les conditions d'acquisition et d'aliénation des participations (art. 3-4), elle règlemente la représentation de la collectivité au sein des organes des personnes morales (art. 5-14), elle prévoit un suivi financier des participations (art. 15-19) et elle fixe des exigences pour la révision des personnes morales en cause (art. 20-21).

En ce qui concerne la représentation au sein de la haute direction des personnes morales, le Conseil d'Etat est chargé de fixer les objectifs stratégiques et financiers à atteindre et de les communiquer à ses représentants, voire à la personne morale elle-même (art. 6, 11 et 15 lit. a). Les représentants doivent périodiquement établir un rapport de leur activité et faire état des éventuels conflits d'intérêts (art. 15).

En ce qui concerne la représentation au sein des assemblées générales, le Conseil d'Etat donne des instructions de vote aux représentants du canton (art. 16).

La même remarque que pour le canton du Jura et du Valais vaut ici aussi : malgré la possibilité de donner des instructions, le canton n'a aucune garantie qu'elles seront suivies d'effet car les décisions se prennent à la majorité.

Le 1^{er} novembre 2010, la Cour des comptes du canton de Vaud a publié son "Audit sur la gestion des participations financières dans dix communes vaudoises". Elle analyse l'application de la loi cantonale, constate des manquements (en particulier dans le flux des informations) et propose des améliorations. La Cour constate également que la loi est encore méconnue dans certaines communes, qu'elles se plaignent de la charge administrative qu'elle génère, qu'elles n'ont pas de suivi systématique de leur participation et que les représentations dans les organes des entités communales sont assurées essentiellement par les municipaux, "ce qui a des avantages mais aussi implique certains risques".

2.9. Grisons

En septembre 2010, le Conseil d'Etat a publié un rapport concernant la mise en œuvre de la "public corporate governance" accompagnée d'un projet d'ordonnance¹⁸⁸.

Le rapport énonce vingt-deux principes. Il se distingue particulièrement par le souci qu'il a d'établir une approche différenciée en fonction des situations, en particulier pour ce qui a trait aux formes juridiques et à la séparation claire entre les moyens de conduite et les moyens de contrôle.

Les explications relatives à la représentation du canton sont très percutantes : ce n'est qu'exceptionnellement que des représentants du canton pourront encore siéger dans les conseils

¹⁸⁷ RSV 610.20.

¹⁸⁸ Message au Grand Conseil, cahier n° 6/2010-2011 (également disponible sur le site Internet du canton des Grisons).

d'administration des entités concernées, en raison du risque de conflit d'intérêts et de confusion des rôles, lié à toute situation d'auto-contrôle¹⁸⁹.

3. Les enseignements

Il faut d'abord constater que tant la Confédération que bon nombre de cantons ont effectivement élaboré ou élaborent actuellement des textes sur l'objet du présent rapport. Ces textes ont en commun qu'ils sont récents, traitent plus ou moins des mêmes questions concrètes et utilisent pour y répondre des institutions juridiques globalement semblables. De ce point de vue déjà, la situation dans le canton de Fribourg ne correspond pas à ce qui est devenu progressivement un standard juridique suisse, puisqu'il n'a jusqu'ici élaboré aucun texte spécifique à la question de ses participations ou établissements et fondations¹⁹⁰. Il est vrai que le nombre de participations que le canton de Fribourg détient dans des sociétés ou le nombre de fondations et établissements qu'il a créés n'est pas aussi important que dans d'autres cantons.

Du point de vue formel ensuite, les instruments juridiques mis en place sont contenus soit dans un acte de type administratif (directives) soit dans un acte législatif (loi formelle et/ou matérielle) ; au-delà de ce constat, il n'est guère possible d'établir dans quel cas et pour quelle raison c'est une solution plutôt que l'autre qui est utilisée. Enfin, certains cantons disposent même d'une base constitutionnelle spécifique ; ce n'est cependant pas un standard de sorte que sur ce point, on ne saurait dire que l'ordre juridique fribourgeois est atypique.

Du point de vue matériel, l'examen des textes répertoriés permet trois constats. Si le canton de Fribourg devait lui aussi élaborer un texte administratif ou législatif, il serait sans doute confronté aux mêmes conditions :

1. Deux approches sont possibles dans le contrôle des entités décentralisées : (1) l'une repose sur la transparence (reporting vers le canton et accès de ce dernier à l'information) ; c'est le cas en particulier dans le canton d'Argovie, voire également Bâle-Campagne et Berne. (2) L'autre approche est plus incisive : elle entend à gérer les intérêts du canton non seulement au moyen d'une étroite communication entre les autorités et les représentants mais également par l'obligation faite à ces derniers de respecter les buts et les instructions que le canton fixe (ainsi Jura, Valais, Vaud).
2. Les systèmes mis en place ne permettent pas de garantir une gestion de la société dans le sens voulu par la collectivité. En effet, la transparence ne contraint nullement la société à agir d'une certaine manière, si ce n'est très indirectement au travers d'une certaine pression publique (qui reste aléatoire). Quant aux instructions données aux représentants, elles ne permettent pas de garantir un résultat car les décisions au sein des sociétés, des instituts et des fondations se prennent en général à la majorité¹⁹¹.

¹⁸⁹ Id., p. 445 ss.

¹⁹⁰ C'est dans ce sens que le rapport AVENIR SUISSE (p. 20) mentionne le canton de Fribourg parmi ceux « où la question des participations n'est guère développée » (aux côtés d'Appenzell, Neuchâtel, Soleure, Glaris et le Valais, qui depuis lors a entrepris une réglementation).

¹⁹¹ Le Conseil fédéral a cependant eu du succès dans son intervention sur le conseil d'administration de Swisscom lorsqu'il lui a demandé de ne pas prendre de participation à l'étranger. Cet exemple montre que la collectivité publique peut être en mesure de faire passer sa volonté au travers d'instructions données à ses représentants, même dans le cas où ces derniers n'ont pas la majorité au sein de l'organe concerné. La possibilité pour l'actionnaire de ne pas réélire les membres du conseil d'administration (art. 705 CO) confère à la collectivité actionnaire majoritaire un pouvoir "disciplinaire" sur le comportement des membres du conseil d'administration. Au surplus,

3. Le problème des conflits d'intérêts potentiels souvent n'est pas traité. Les textes élaborés dans les cantons romands en particulier (Jura, Valais, Vaud) établissent un système de communication qui permet de déceler ces éventuels conflits, mais ils ne disent pas comment ils doivent être réglés. Peut-être ces cantons considèrent-ils que l'intérêt public doit l'emporter sur la base du droit public cantonal et de l'objectif qu'il définit pour chaque entité. La Confédération a elle esquissé une certaine solution : elle fait primer l'intérêt sociétal ; il s'ensuit cependant une réduction correspondante de ses possibilités d'influencer dans le sens de l'intérêt public les décisions de l'entité concernée.

IX. LES INSTRUMENTS JURIDIQUES DE CONTRÔLE A DISPOSITION

Ces instruments de contrôle sont divers, de même que leurs fondements légaux ou statutaires ; la décision pour la collectivité de les mettre ou non en œuvre dépend éminemment de l'objectif qu'elle poursuit (cf. ci-dessus ch. VI).

1. Les bases légales (y compris de *lege ferenda*)

Ils sont énumérés sans ordre de priorité et le canton de Fribourg pourrait les combiner entre eux. Certains instruments existent d'ores et déjà en droit fribourgeois (de *lege lata*) ; d'autres pourraient être introduits (de *lege ferenda*).

1.1. La Constitution cantonale

Il faut constater que la Constitution fribourgeoise – révisée en 2004 – ne contient pas de disposition qui traite des questions que pose les participations de l'Etat (ou des communes) dans des entités décentralisées (que ce soit des sociétés ou des établissements). La Constitution contient certes des dispositions qui traitent très indirectement de certains aspects de ce thème ; exemple : l'art. 88 al. 2 enjoint les membres du Grand Conseil et du Conseil d'Etat ainsi que les préfets de rendre publics tous les liens particuliers qui les rattachent à des intérêts privés ou publics. A l'évidence, ce type de normes constitutionnelles n'a pas été pensé dans l'optique des participations de l'Etat et ne saurait servir de base suffisante pour une politique et une législation globale en la matière.

L'art. 54 règle l'accomplissement de tâches étatiques par des tiers ; il en consacre la possibilité et les conditions (légalité et intérêt public). Les al. 2 et 3 sont par contre très sommaires : la surveillance de la collectivité existe pour les tâches étatiques déléguées, mais sans que la Constitution n'en définisse l'ampleur, l'objectif et les modalités ; aucune surveillance n'est prévue pour les participations dans des entités privées. Il serait sans doute possible d'introduire une disposition à cet effet, si le canton voulait renforcer l'obligation de l'Etat de surveiller plus

l'intervention du Conseil fédéral fut critiquée par la commission de gestion du Conseil national (FF 2006, p. 5173 ss).

directement la gestion de ses participations dans des sociétés et de ses établissements. Plusieurs cantons ont procédé dans ce sens, avec des formulations diverses. En voici quelques exemples, dont le contenu est assez disparate et qui parfois ne va pas beaucoup plus loin que l'art. 54 précité :

1. Constitution du canton de Zurich du 27 février 2005 :

B. Übertragung öffentlicher Aufgaben

Art. 98

¹ Der Kanton und im Rahmen der Gesetzgebung die Gemeinden können die Erfüllung öffentlicher Aufgaben Dritten übertragen. Sie können hierzu Organisationen des öffentlichen oder privaten Rechts schaffen oder sich an solchen beteiligen.

² Die Übertragung einer kantonalen Aufgabe erfolgt durch Gesetz.

³ Die Übertragung einer kommunalen Aufgabe, zu deren Erfüllung hoheitliche Befugnisse erforderlich sind, muss in der Gemeindeordnung geregelt werden.

⁴ In den betreffenden Erlassen sind zu regeln:

- a. Art, Umfang und Finanzierung der zu übertragenden öffentlichen Aufgaben;
- b. die Struktur der Organisationen nach Absatz 1 und ihre Aufgaben;
- c. Umfang von Rechtsetzungsbefugnissen innerhalb gesetzlich vorgegebener Ziele;
- d. Art und Umfang von bedeutenden Beteiligungen;
- e. Aufsicht und Rechtsschutz.

Art. 99

¹ Organisationen des öffentlichen oder des privaten Rechts, die im Rahmen eines Leistungsauftrages öffentliche Aufgaben erfüllen, müssen ein fachlich ausgewiesenes, von der operativen Führung unabhängiges Aufsichtsorgan haben.

² Dieses prüft regelmässig die Qualität und die Wirtschaftlichkeit der Auftrags Erfüllung.

2. Constitution du canton de Lucerne du 17 juin 2007 :

§ 14 Übertragung von Aufgaben

¹ Kanton und Gemeinden können die Erfüllung von Aufgaben im Rahmen der Gesetzgebung Personen und Organisationen des öffentlichen oder des privaten Rechts übertragen.

² Sie können Organisationen des öffentlichen und des privaten Rechts schaffen oder sich daran beteiligen.

³ Das Gesetz stellt den Rechtsschutz und die Aufsicht sicher.

§ 15 Überprüfung der Aufgaben

Die Aufgaben sind regelmässig daraufhin zu überprüfen, ob sie notwendig und finanziell tragbar sind und ob sie wirksam, wirtschaftlich und vom geeigneten Leistungserbringer erfüllt werden.

3. La constitution du canton de Jura prévoit des mécanismes de contrôle des participations à plusieurs niveaux, sans pour autant que l'on puisse parler de véritable surveillance :

Art. 108 Participations

¹ Le Grand Conseil décide de la participation de l'Etat aux personnes morales.

² La loi prévoit des exceptions.

Art. 162 Participations

¹ Pour atteindre leurs buts, l'Etat et les communes peuvent participer à des personnes morales ou en créer. La loi fixe les modalités de contrôle de ces personnes morales.

² Les établissements d'assurance créés par l'Etat sont gérés de manière autonome ; leurs capitaux demeurent la propriété des assurés.

4. La Constitution vaudoise a été révisée pratiquement en même temps que celle de Fribourg (2003). Elle contient deux dispositions topiques ; la seconde instaure une obligation expresse pour le législateur de régir le contrôle des participations cantonales :

Art. 78 Référendum facultatif

Sont soumis au vote populaire si deux mille électeurs ou huit communes le demandent :

...

- d. les transactions immobilières, les cautionnements et la participation à une entreprise économique, si les montants en jeu sont supérieurs à cinq millièmes du montant des recettes portées au dernier budget;

Art. 84 Autres compétences

Sous réserve des droits du peuple, le Parlement :

...

- h. statue sur la conclusion de transactions immobilières, l'octroi de cautionnements et la participation à des entreprises économiques si les montants en jeu sont supérieurs à cinq dix-millièmes du montant des recettes portées au dernier budget;

Art. 92 Autres compétences

¹ Le Gouvernement, sous réserve des compétences du peuple et du Parlement :

...

- c. décide la conclusion de transactions immobilières, l'octroi de cautionnements et la participation à des entreprises économiques.

Art. 128 Autres établissements

L'Etat, les communes et les syndicats de communes peuvent participer à des entreprises économiques ou en créer.

Si une modification de la Constitution fribourgeoise serait ainsi possible, elle n'en est pas pour autant indispensable :

1. Le problème auquel le canton est confronté n'est pas de créer de nouvelles entités ou de prendre de nouvelles participations dans des sociétés existantes, mais uniquement de s'assurer que les participations et établissements qu'il possède déjà sont gérés de manière adéquate. Le Conseil d'Etat est compétent à cet effet, en tant que gestionnaire du

patrimoine administratif cantonal (cf. art. 110 de la Constitution). Une base légale supplémentaire et spécifique n'est donc pas une condition préalable à cette intervention.

2. Le Constituant de 2004 n'a pas voulu donner au législateur la tâche impérative de légiférer de manière globale sur les participations de l'Etat et les modalités de leur contrôle. Si, dans l'optique de cette volonté exprimée il n'y a que peu d'années, le gouvernement n'entend pas lancer une procédure de législation globale sur les participations et les établissements cantonaux, il n'y a guère de motif juridique pour réviser la Constitution.
3. Comme déjà exposé (ci-dessus ch. V.2.3) et en comparaison d'autres cantons (en particulier Vaud), le canton de Fribourg ne possède que peu de participations importantes, de sorte qu'une approche pragmatique et ponctuelle des questions liées à leur contrôle peut suffire à les solutionner (ci-après ch. 2.2). A cet effet, une base constitutionnelle spécifique n'est pas indispensable.

1.2. Une loi cantonale sur les participations ?

Comme déjà constaté (ci-dessus ch. VIII : le benchmarking), plusieurs cantons ont ces dernières années adopté des législations qui ont pour objet d'instaurer une réglementation abstraite et générale des problèmes que peuvent générer les rapports entre le canton et « ses » entités décentralisées. Ces législations se focalisent tantôt sur les participations du canton à des personnes morales (c'est le cas de la loi vaudoise du 17 mai 2005 sur la participation et de l'Etat et des communes à des personnes morales), tantôt sur les institutions cantonales de droit public (c'est le cas du projet de loi genevoise) :

1. S'il s'agit de contrôler les participations, ces lois instaurent des instruments tels que ceux décrits au chapitre des mesures administratives (ci-après ch. 4).
2. Lorsque le but de la loi est la gouvernance des institutions de droit public (établissements et fondations), elle prévoit en règle générale (1) des contrôles de qualité de la gestion, notamment en conférant au Conseil d'Etat des pouvoirs similaires à ceux de l'assemblée générale d'une société anonyme (approbation des états financiers et des rapports d'activité ; nomination de l'audit externe ; fixation des objectifs stratégiques et conclusion des contrats de prestations) ; (2) des mécanismes administratifs de contrôle de l'atteinte des objectifs de ces institutions (comme ils se pratiquent dans d'autres domaines de l'activité étatique, par exemple celui des subventions) ; (3) des principes de gouvernance (composition des organes ; mode de désignation par le canton ; professionnalisation et absence de représentation politique) ; (4) des règles relatives à la rémunération des organes et à la politique du personnel.

Le canton de Fribourg ne possède pas une telle législation générale et abstraite. Il serait juridiquement possible de la mettre en place, à l'instar de ce qui vaut pour une disposition constitutionnelle (ci-dessus ch. 2.1). On ne saurait par contre en conclure pour autant qu'une telle législation serait nécessaire :

1. Comme déjà dit (ci-dessus ch. 1), le nombre d'entités décentralisées à gérer dans le canton de Fribourg est limité et il n'existe aucune volonté générale de la part de l'Etat d'en

accroître le nombre dans les années à venir. On peut dès lors douter de l'utilité (coûts-bénéfices) de se lancer dans une entreprise législative de grande ampleur.

2. Une loi générale est une solution attractive d'un point de vue juridique (régime matériel unifié et support formel unique) et peut-être aussi politique (signal clair donné et volonté affirmée). Par contre, le gain effectif d'une telle loi n'est pas évident : (1) sur la base des premières expériences accumulées dans les cantons qui en ont adopté une, il semble que sa mise en œuvre ne soit pas simple : le travail administratif qui en résulterait serait conséquent (avec les coûts correspondants), en particulier pour la Direction désignée ; de nombreuses questions se posent dans chaque cas concret d'application (documentation, compétences, délimitations par rapport à d'autres lois ; rapport avec le droit privé impératif) ; le suivi et la mise à jour des stratégies pour toutes les entités sont difficiles à réaliser¹⁹². (2) Une telle loi est avant tout de nature organique et procédurale ; elle ne résout pas pour autant les problèmes « politiques » qui peuvent apparaître dans chaque cas où l'entité considérée entend prendre une décision controversée ; d'aucuns considèrent même qu'il n'est guère possible de régler ce problème par une loi. De même, celle-ci ne permet pas à l'Etat d'apprécier les avantages et inconvénients des participations qu'il détient, afin de déterminer l'évolution future de sa politique de participations ; en particulier, la complexité du système de surveillance qui résulte de la privatisation peut en fin de compte générer des coûts supérieurs aux économies réelles ou attendues de la délégation des tâches publiques à des entités tierces.
3. Etant donné le nombre très restreint de problèmes fondamentaux que ces participations dans des entités privées (sociétés ou fondations) ont soulevés jusqu'ici dans le canton de Fribourg, il y a lieu de penser qu'en utilisant toutes les mesures juridiques et politiques déjà existantes, des solutions ad hoc aux problèmes qui pourraient survenir seront encore disponibles pour assurer que l'intérêt public soit bien respecté. Ces mesures sont de nature administrative et leur mise en œuvre ne requiert pas de base légale ; il suffit que le gouvernement édicte des lignes directrices, circulaires, principes, plans stratégiques ou autres textes de même nature.
4. Dans les sociétés de droit privé, le législateur cantonal est contraint par les dispositions de ce droit ; dès lors, le législateur cantonal ne pourrait adopter de règle de droit public que dans une mesure très limitée (par exemple : choix des représentants, exercice des droits de l'actionnaire). En particulier, il ne pourrait édicter de disposition établissant la primauté des intérêts publics sur les intérêts privés ; il en irait de même du flux des informations où là aussi le droit public cantonal serait de portée très réduite.
5. Pour ce qui est des institutions de droit public (établissements ou fondations), chacun d'eux repose sur une loi spécifique (cf. ci-dessus ch. V.2.2) ; si l'Etat constate qu'il pose un problème particulier de gouvernance, il a toujours la possibilité d'entreprendre une modification de la loi en question (cf. les exemples mentionnés au ch. 2.4 ci-après).
6. Le droit public fribourgeois relatif au fonctionnement de l'Etat en général contient d'ores et déjà des dispositions ponctuelles qui – si nécessaire – pourront servir de base légale à la stratégie du propriétaire que le gouvernement voudrait mettre en place (ci-après ch. 1.3).

¹⁹² Dans ce sens expressément, cf. l'Audit de la Cour des comptes du 1^{er} novembre 2010 sur la gestion des participations financières dans dix communes vaudoises.

7. Enfin et même si les moyens légaux à disposition de l'Etat pour influencer sur une décision d'une entité privée dont les activités relèvent de l'intérêt public sont limités, rien ne l'empêche de communiquer publiquement son avis, ni de faire jouer à cet égard son influence sur l'opinion publique.

1.3. Le droit public général du fonctionnement de l'Etat

Seul le droit cantonal est en main du législateur fribourgeois et donc susceptible d'être utilisé comme vecteur pour une politique des participations de l'Etat ainsi que de ses établissements. Il s'agit premièrement du droit public général (traité ici), puis du droit public spécial (ci-après ch. 2.4).

A consulter la législation cantonale (outre l'art. 54 de la Constitution), on peut relever plusieurs domaines où Fribourg possède d'ores et déjà des bases légales correspondant (plus ou moins) à celles que la Confédération et les autres cantons utilisent lorsqu'ils mettent en place leur politique de contrôle des entités décentralisées (publiques ou privées). Concrètement :

1. L'art. 54 LOCEA (loi sur l'organisation du Conseil d'Etat et de l'administration) offre une base légale qui, à elle seule, permet déjà de régler bien des questions liées aux participations et établissements du canton :

¹ L'Etat est représenté au sein d'organismes extérieurs de droit public ou de droit privé si la législation spéciale le prévoit ou si le Conseil d'Etat le décide dans un cas déterminé.

² Les représentants et représentantes de l'Etat informent de manière adéquate le Conseil d'Etat de l'exécution de leur mandat.

Trois constats : (1) cette disposition vise peut-être « à limiter les représentations, en exigeant une base légale dans chaque cas »¹⁹³, mais son al. 1 autorise aussi le Conseil d'Etat à en décider seul de cas en cas. (2) L'al. 2 permet au Conseil d'Etat de mettre en place un régime d'information ; c'est l'une des mesures administratives de contrôle à envisager (ci-après ch. 4). (3) En l'état, l'art. 54 LOCEA n'est pas une base légale générale pour une politique du propriétaire ; il faudrait pour cela y rajouter certains éléments : d'une part les mesures administratives qui sont nécessaires au contrôle des participations et des établissements (en particulier le mécanisme de la lettre de mission; ci-après ch. 4) ; d'autre part (éventuellement), le régime de responsabilité applicable à l'Etat et ses représentants¹⁹⁴.

2. La nouvelle loi du 9 septembre 2009 sur l'information et l'accès aux documents (LInf ; entrée en vigueur fixée au 1^{er} janvier 2011) permet, si nécessaire, d'accroître encore le contrôle sur les entités décentralisées, non seulement par le Conseil d'Etat mais aussi par le politique et le public : (1) à l'instar de ce qui vaut dans la législation fédérale sur la transparence, l'art. 2 lit. b LInf englobe dans son champ d'application les « entreprises privées en main de l'Etat »¹⁹⁵.

¹⁹³ Extrait du procès-verbal de la 6^{ème} séance de la Commission parlementaire chargée de l'examen du projet de loi n° 281 sur l'organisation du Conseil d'Etat et de l'administration, 21 mai 2001.

¹⁹⁴ Dans les discussions qui précédaient l'adoption de l'art. 54 LOCEA, la proposition était faite d'inclure un alinéa sur la responsabilité civile des représentants de l'Etat (cf. ég. le règlement valaisan sur le Conseil d'Etat du 15 janvier 1997).

¹⁹⁵ Ce champ d'application fut contesté par Impressum Fribourg, qui demandait entre autres de soumettre expressément à la loi les organismes de droit privé dans lesquels les collectivités publiques détiennent une participation majoritaire comme Groupe E, TPF, SAIDEF (cf. Synthèse des résultats de la consultation sur

(2) Les art. 8 à 10 traitent de l'étendue du devoir d'informer. (3) L'Art. 13 régit le registre des intérêts des membres du Grand Conseil, du Conseil d'Etat, des préfets et des conseillers communaux (cf. ci-dessus ch. 2.1).

3. En son état, la loi cantonale sur les finances – même avec sa révision au 1^{er} janvier 2011 pour l'adapter au nouveau modèle comptable harmonisé – ne contient pas de véritable instrument de controlling (fixation des buts, planification des mesures pour y parvenir, conduite et contrôle de l'activité étatique) au-delà du seul contrôle financier fondé sur les art. 48 ss de la loi cantonale sur les finances de l'Etat. Or, un tel controlling pourrait aussi englober les participations de l'Etat et ses établissements. Ce faisant, le canton de Fribourg adapterait sa législation financière aux normes comptables internationales (IPSA)¹⁹⁶.

C'est le régime que le canton de Zurich est en train de mettre en place ; en vertu de sa nouvelle « Gesetz über Controlling und Rechnungslegung (CRG) » :

§ 6. Die staatlichen Tätigkeiten werden durch ein zweckmässiges Controlling gesteuert. Dieses umfasst Zielfestlegung, Planung der Massnahmen, Steuerung und Überprüfung staatlichen Handelns.

§ 7. Das Controlling des Regierungsrates für die kantonale Verwaltung erstreckt sich insbesondere auf folgende Bereiche:

...

d. Beteiligungen des Kantons an Institutionen des öffentlichen oder privaten Rechts.

Pour Fribourg, un tel régime irait sans doute au-delà de ce que permet l'art. 54 LOCEA, car il engloberait l'ensemble des activités de l'Etat – et non pas seulement ses entités externalisées – et il impacterait sur la mise en œuvre de la politique générale de l'Etat.

1.4. Les lois cantonales spéciales

Chaque établissement ou société de droit public repose sur une législation spécifique. C'est là que le législateur cantonal y fixe son but, son type d'activité, et son organisation. On retrouve très fréquemment des dispositions correspondantes dans les statuts de l'entité créée. Le législateur cantonal aurait la compétence de faire figurer dans ces lois des dispositions qui instaурeraient un contrôle plus étroit de chaque entité considérée.

Exemples dans la loi cantonale sur la banque cantonale de Fribourg : l'art. 2 définit le but que poursuit l'entreprise ; l'art. 8 son champ d'activité ; l'art. 9 dans quelle mesure la banque peut détenir des participations ; l'art. 20 la désignation des membres du Conseil de banque et l'art. 21 son président. C'est à travers ces dispositions que la collectivité a fixé les grandes lignes de sa politique du propriétaire ; tous les législateurs cantonaux ont fait de même avec leur banque cantonale, en particulier en restreignant son rayon d'action (géographique et/ou économique), en lui imposant un but de service public (contribuer au développement de l'économie cantonale) voire en y ajoutant des buts tout à fait exogènes (comme le soutien à un corps de musique ou à

l'avant-projet de loi sur l'information et l'accès aux documents du 30 octobre 2007). Pour plus de détails, cf. STÖCKLI, p. 257 ss.

¹⁹⁶ Cf. le rapport AVENIR SUISSE, p. 20.

une entreprise de transport), en fixant la part de son bénéficiaire que la banque doit verser au canton et le prix qu'elle doit lui payer pour la garantie étatique dont elle bénéficie¹⁹⁷.

C'est sur la base de ces législations spéciales que le canton pourra très librement fixer spécifiquement à chaque entité concernée des objectifs stratégiques, un périmètre d'activité, un régime d'approbation de certaines décisions, des droits d'instruction et d'information, un mandat de prestation, un budget et des conditions financières, tous instruments de mise en œuvre d'une politique du propriétaire. Ce faisant, le canton installera un régime de conduite et de contrôle ad hoc, qui ira au-delà du statut minimal fondé actuellement sur l'art. 4 al. 2 LOCEA.

2. Les statuts des sociétés du droit privé

Les statuts des sociétés (et non pas simplement leur règlement interne d'organisation¹⁹⁸) sont le seul espace de compétence du canton de Fribourg dans le domaine du droit privé qui les régit. Ce dernier aménage une certaine autonomie au propriétaire qui entend se garantir les moyens d'imposer sa politique :

1. En vertu de l'art. 620 al. 3 CO, il peut poursuivre avec une société anonyme de droit privé des buts qui ne sont pas ou pas exclusivement de nature économique. On en trouve des exemples dans les sociétés concessionnaires de biens du domaine public (forces hydrauliques) ou les sociétés en charge touristique et culturel (ainsi Greater Zurich SA). Les sociétés fribourgeoises ont toutes utilisé cette marge de manœuvre lorsqu'elles ont défini leur but (ainsi les TPF ou Groupe E à l'art. 2 de leurs statuts).
2. Les art. 654 ss CO permettent de constituer à travers les statuts (en faveur de la collectivité publique) des actions privilégiées ; les privilèges peuvent porter sur les droits de vote ou sur les droits patrimoniaux. En Suisse (et donc aussi dans le canton de Fribourg), l'ordre juridique ne fait pas obstacle à ces modalités, contrairement au droit de l'Union européenne qui interdit désormais les « Golden Shares » que les Etats membres s'aménagent lors des grandes privatisations ; il considère qu'il s'agit d'un obstacle à la libre circulation des capitaux car les investisseurs privés sont de facto découragés d'investir dans ces sociétés¹⁹⁹.
3. L'article 698 al. 1 CO désigne l'assemblée générale comme pouvoir suprême de la société. Même si l'art. 716a al. 1 ch. 1 CO fixe des « attributions intransmissibles et inaliénables » au conseil d'administration, les pouvoirs attribués à l'assemblée générale par la loi sont suffisants pour assurer le contrôle des actionnaires sur la société. Plus encore en vertu de l'art. 698 al. 2 ch. 6 CO, les statuts de la société anonyme peuvent

¹⁹⁷ Pour un panorama critique, cf. ZUFFEREY J.-B., Les banques cantonales : un équilibre permanent entre responsabilité et compétitivité, Conférence à l'assemblée annuelle de l'Association suisse des banques cantonales à Fribourg, le 18 mai 2006 (www.vskb.ch); é.g. les contributions publiées à Bâle par l'Union des banques cantonales suisses à l'occasion de son 100^{ème} anniversaire (1907-2007).

¹⁹⁸ Ce dernier peut suffire pour un établissement de droit public ; cf. p. ex. le règlement d'organisation de l'OCN.

¹⁹⁹ Cf. l'arrêt du 8 juillet 2010 de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire Portugal Telecom (C-171/08, www.curia.europa.eu).

réserver les compétences de l'assemblée générale pour des décisions autres que celles que la loi énumère ; c'est ce que fait l'art. 8 des statuts de Groupe E (décisions réservées)²⁰⁰.

4. Les art. 703 ss CO permettent aux statuts d'instaurer des majorités qualifiées pour la prise de décisions autres que celles que le Code des obligations énumèrent (cf. par exemple l'art. 14 des statuts de Groupe E). C'est un moyen pour la collectivité non majoritaire (mais minoritaire importante) de protéger ses intérêts. Ces règles de majorité plus forte ne peuvent cependant être adoptées qu'à la majorité prévue.
5. C'est à travers les statuts que la collectivité publique actionnaire d'une société de droit privé exprime sa volonté de bénéficier d'une représentation privilégiée au sens de l'art. 762 al. 1 CO (cf. ci-dessus ch. IV.2.4).

Ces vecteurs de contrôle à disposition de la collectivité publique sont importants et en principe suffisants pour assurer la mise en œuvre de sa politique de propriétaire, respectivement pour minimiser les risques que les représentants de l'Etat se trouvent en situation de conflit d'intérêts (ainsi par exemple dans le cas de Groupe E lors des récentes décisions d'investissement à l'étranger)²⁰¹. Il faut cependant que la collectivité veuille bien être un propriétaire actif et en faire usage ; c'est ce qu'impose expressément au Conseil d'Etat vaudois l'art. 2 de la loi sur les participations à des personnes morales.

A mentionner dans ce contexte encore les conventions d'actionnaires, qui permettent à plusieurs collectivités (chacune minoritaire) de renforcer leurs droits et leur position ; exemple : la convention des actionnaires des TPF, en particulier son art. 1 relatif aux représentations. Ces conventions se pratiquent fréquemment dans le cas où les collectivités intéressées s'engagent financièrement pour sauver une entreprise ou une branche économique en les recapitalisant.

Ces instruments de contrôle ont cependant aussi leurs limites : si la collectivité choisit une forme juridique du droit privé pour l'entité considérée, c'est qu'elle décide a priori de se contenter de son rôle de propriétaire – à l'instar d'un propriétaire privé – et des droits que la loi reconnaît à ce dernier, en particulier les droits sociaux. Qui plus est, une fois le pas de la privatisation franchi, un retour en arrière n'est guère envisageable, sauf en cas de sauvetage financier (recapitalisation) ou d'expropriation. Si la collectivité souhaite pouvoir gérer elle-même l'entité en question (par exemple en ayant sur elle un droit de lui donner des instructions [Weisungsrecht]), c'est à une forme de droit public qu'elle devrait avoir recours (cf. ci-dessus ch. IX.1.4).

3. Les mesures administratives

Le qualificatif « administratif » convient pour les désigner : à l'instar de ce qui est le cas dans d'autres cantons (cf. ci-dessus ch. VIII.2), le canton de Fribourg pourrait les mettre en œuvre sur la base d'une ordonnance administrative du Conseil d'Etat (directives, lignes directrices) ou

²⁰⁰ La révision du droit de la société anonyme prévoit que certaines décisions du conseil d'administration pourraient être soumises à l'assemblée générale pour approbation (art. 716b). Ce régime permettrait aux sociétés en main de la collectivité de renforcer l'influence de cette dernière.

²⁰¹ Les administrateurs d'une société anonymes n'encourent aucune responsabilité s'ils exécutent une décision de l'assemblée générale prise et non attaquée (arrêt du TF in : SJ 2010 I, p. 347, cons. 2.3 et les autres références citées).

même tout simplement au travers de solutions pragmatiques dans chaque cas concret (le cas échéant sur la base de Gentlemen Agreements avec les entreprises concernées).

Fort de l'analyse menée dans les chapitres précédents et compte tenu de la situation dans le canton, ce sont les mesures administratives liées aux représentants et à l'information qui paraissent les plus adéquates. Elles seront des mesures générales applicables à toutes les entités ; les mesures spécifiques supplémentaires pourront figurer dans les lois cantonales spéciales (cf. ci-dessus ch. IX.1.4).

3.1. Les représentants de l'Etat

C'est aussi par ses représentants dans les organes des entités externes que la collectivité peut défendre ses intérêts, que ce soit dans les affaires stratégiques ou opérationnelles. Là aussi cependant, l'ordre juridique impose ses contraintes à la collectivité, dès l'instant où il décide de participer à une personne morale de droit privé.

Il s'agit d'abord des représentants de l'Etat dans les assemblées générales des sociétés anonymes (de droit public ou de droit privé). A l'instar de ce que prévoient les art. 14 et 16 de la loi vaudoise sur les participations à des personnes morales, trois principes devraient prévaloir : (1) la collectivité est représentée par des collaborateurs de la direction concernée (et désignée par le Conseil d'Etat) et non pas par des mandataires externes. (2) Ces représentants sont indépendants des représentants de l'Etat au sein des organes opérationnels de l'entité concernée (conseil d'administration, d'institut ou d'établissement). (3) Le Conseil d'Etat ou la direction désignée donnent les instructions de vote à ses représentants.

Pour ce qui est des représentants du canton dans les organes opérationnels (conseil d'administration, d'établissement ou de fondation)²⁰², les mesures de contrôle peuvent porter sur les éléments suivants :

1. Le choix des représentants. Ce thème recouvre trois aspects :

- Les critères et profils de choix : d'un point de vue personnel, le Conseil d'Etat doit déterminer à l'avance pour chaque entité concernée les compétences nécessaires (connaissances et expérience)²⁰³; il est de plus en plus courant de confier une évaluation des candidats à un spécialiste externe. Il doit vérifier que les candidats pressentis ne se trouvent pas en situation de conflit d'intérêts. Dans les circonstances fribourgeoises, il paraît disproportionné de vouloir établir une liste générale et abstraite de ces exigences.

D'un point de vue institutionnel, le canton a le choix entre des représentants de quatre types de provenance :

²⁰² Autre chose est la question de savoir si la collectivité doit pouvoir choisir les membres de la direction de l'entreprise, en particulier le directeur général. Un directeur ne saurait dans ce cas agir comme un représentant de la collectivité ; en tant qu'employé, il a une relation de subordination complète envers son employeur respectivement l'organe supérieur de ce dernier.

²⁰³ Pour la Confédération, cf. art. 8j de l'ordonnance fédérale sur l'organisation du gouvernement et de l'administration ; RS 172.010.1.

- i) Les membres du gouvernement. Cette solution présente des avantages et des inconvénients. Au chapitre des avantages : prise en compte directe des aspects politiques et de la responsabilité qui les accompagne; poids prépondérant du représentant au sein de l'organe suprême de l'entreprise. Pour ce qui est des inconvénients : risque de responsabilité pour le canton; charge de travail; le gouvernement est très exposé aux opinions politiques (exemple-type cité jusqu'à il y a peu du membre du gouvernement opposé aux centrales nucléaires qui siège au conseil d'administration d'une entreprise électrique propriétaire de centrale ou désireuse d'en construire une). Ce risque de politisation est particulièrement gênant lorsque l'entité a été externalisée justement dans le but de la soustraire aux influences politiques; c'est ce qui a motivé certains cantons à exclure toute représentation par les membres du gouvernement, voire de l'administration et du parlement (exemples : Argovie, principe R13; projet des Grisons).
 - ii) Les employés de l'administration. Ils ne sont guère soumis aux pressions de l'opinion publique et aux constellations politiques; ils apportent en général des compétences techniques. Par contre, leur position hiérarchique sera moins haute au sein d'un conseil d'administration, le risque de responsabilité demeure pour le canton et ils peuvent aussi être pris dans des conflits de fonction (qu'une organisation administrative adéquate permet cependant de minimiser).
 - iii) Les mandataires tiers externes. C'est un moyen pour l'Etat de "s'acheter" des compétences; ils ne génèrent a priori aucun conflit de fonctions ni aucun risque de responsabilité pour le canton s'ils agissent dans les limites de la représentation de l'art. 707 al. 3 CO et si le canton n'a pas convenu avec eux d'une couverture de responsabilité. Ces mandataires présentent cependant aussi des inconvénients : risque accru (surtout pour des managers issus du secteur privé) qu'ils négligent l'intérêt public au profit d'objectifs de rentabilité; nécessité de fixer contractuellement leurs obligations de reporting et les instructions qu'ils doivent suivre.
 - iv) Les parlementaires (qui sont alors en principe aussi des mandataires tiers externes). Le risque est ici qu'il y ait une violation du principe de la séparation des pouvoirs. Pour cette raison, la Confédération y voit un cas d'incompatibilité ad personam (cf. art. 14 de la loi sur le parlement)²⁰⁴. D'autres cantons comme Genève pratiquent couramment et officiellement cette représentation politique²⁰⁵. Le canton de Fribourg est confronté au fait que le Grand Conseil est compétent pour nommer les représentants de l'Etat, en vertu de certaines lois spéciales; dans ces cas, on ne voit guère sur quelle base le gouvernement pourrait ensuite leur imposer une lettre de mission.
- L'acte de désignation : il sera en principe de la compétence du Conseil d'Etat (ou de la direction à laquelle il décide de déléguer cette tâche). Si la loi spéciale applicable à l'entité considérée réserve cette compétence au Grand Conseil, c'est avant tout pour des motifs politiques et non pas juridiques ou de controlling.

²⁰⁴ RS 171.10.

²⁰⁵ Pour un arrêt récent à ce sujet, cf. TF in SJ 2011 I, p. 116 ss (à propos des SIG).

- La durée de la représentation : (1) une durée maximale devrait être fixée (par exemple 3 ou 5 ans) ; (2) le Conseil d'Etat conserve le pouvoir de relever en tout temps un représentant de sa mission ; (3) s'il s'agit d'un agent de l'Etat, il est relevé de sa mission dès l'instant où il quitte sa fonction ; (4) ces principes n'ont qu'une portée « interne » à l'Etat : la durée statutaire ou légale d'une désignation au sein d'un conseil d'administration, d'institut ou d'établissement reste applicable. Selon la tendance actuelle, cette durée est d'une année (reconductible).

2. Les instructions données aux représentants :

- Comme déjà exposé, ce moyen de contrôle fonctionne très bien pour le niveau stratégique ; par contre, il n'est pas conçu pour le niveau opérationnel : (1) les organes dirigeants d'une entité doivent veiller fidèlement aux intérêts de cette dernière (et non pas à ceux de la collectivité propriétaire) ; c'est particulièrement le cas pour les administrateurs d'une société anonyme de droit privé qui sont au service de cette dernière et non pas des actionnaires ou de certains d'entre eux (art. 717 CO)²⁰⁶. (2) La collectivité ne peut donc pas leur donner des instructions pour leurs décisions dans chaque cas concret ; elles les placeraient en situation de conflit entre deux intérêts voire généreraient pour la collectivité un risque d'être responsable en tant qu'organe de fait de l'entité (ci-dessus ch. VII.1). (3) Ce n'est ainsi que dans les cas où la décision à prendre laisse aux organes opérationnels un large pouvoir d'appréciation que les représentants de la collectivité pourront l'exercer dans le sens des objectifs de cette dernière et donc de l'intérêt public (sur le concept du double nexus d'obligations, cf. ci-dessus ch. texte ad note 103).
- Dans les limites ainsi tracées, le Conseil d'Etat peut préciser sa relation avec ses représentants au travers d'une « lettre de mission » écrite lorsque ce sont des mandataires et d'une adjonction au cahier des charges des membres de l'administration cantonale. L'un et l'autre fixeront essentiellement les objectifs stratégiques et financiers que l'Etat entend atteindre au moyen de sa participation ; ils devront être mis à jour régulièrement (tous les quatre ans pour la Confédération; cf. ég. art. 6 de la loi vaudoise sur les participations à des personnes morales). Ils s'abstiendront par contre de contenir des instructions opérationnelles au sujet de dossiers spécifiques.
- Le canton de Vaud envisage de mettre sur pied une formation spécifique de ses représentants, en particulier sur les questions de droit commercial applicables aux entités concernées.

3. Les rémunérations des représentants, pour lesquelles les standards minimaux sont les suivants : (1) s'il s'agit de représentants mandataires, les rémunérations versées par les entités où ils sont actifs leur sont acquises. Le niveau de ces rémunérations – actuellement l'objet de controverses – est une décision de la compétence de chaque entité, tout au moins lorsqu'il s'agit de personnes morales de droit privé. Si l'entité bénéficie de subventions, la question doit être examinée de savoir si les rémunérations versées respectent la législation sur les subventions. (2) Pour les représentants qui sont membres du Conseil d'Etat ou de l'administration cantonale, les rémunérations doivent être

²⁰⁶ Cf. récemment JACCARD/PREMAND, p. 372 ss (en particulier ch. II.1 et les nombreuses références citées).

rétrocédées à l'Etat. (3) Dans les deux cas, les montants versés en remboursement des frais sont réservés.

3.2. L'information

Comme déjà exposé, l'art. 54 al. 2 LOCEA impose aux représentants de l'Etat d'informer le Conseil d'Etat de manière adéquate de l'exécution de leur mandat. Cette obligation vaut tant pour les mandataires externes que pour les membres du Conseil d'Etat ou de l'administration cantonale.

Les directives du Conseil d'Etat respectivement la lettre de mission ou le cahier des charges des représentants devraient concrétiser cette obligation d'information sur les points suivants au moins :

1. L'organisation de rencontres régulières (l'art. 15 de la loi vaudoise sur les participations à des personnes morales impose un rythme minimum d'au moins une fois l'an).
2. Une information ad hoc chaque fois que des circonstances particulières le justifient.
3. Le contenu de ces informations devrait au moins être le suivant : mise en œuvre des objectifs stratégiques et financiers de l'Etat ; mise en évidence des situations où les intérêts de l'Etat divergent de ceux des entités externes considérées ; rapport général des représentants sur la situation de chaque entité et sur leurs activités en son sein (avec en particulier une analyse des risques en présence et des mesures prises par l'entité pour y faire face) ; communication de toute éventuelle situation de conflit d'intérêts.
4. Les règles du droit privé impératif qui obligent les représentants en tant qu'organes d'une personne morale à un devoir de confidentialité des informations qu'ils détiennent (le canton ne possède aucune société cotée, ce qui compliquerait les choses). Dans la même perspective, le canton devra établir les règles de dissémination internes de ces informations afin d'éviter leur propagation dans le public et une violation du secret de fonction.

Il est par contre moins évident de garantir que le Conseil d'Etat puisse avoir un rapport d'information directement avec les entités elles-mêmes (en principe leur organe opérationnel : direction générale d'une société anonyme, conseil d'institut ou d'établissement). S'il s'agit d'une entité de droit public, la loi qui la fonde permet d'organiser ce flux obligatoire d'information (exemple : art. 21 al. 2 LBCF); en l'absence d'une telle disposition spécifique, l'Etat peut encore s'appuyer sur son droit général de surveiller les entités de droit public du canton (art. 54 dans la Constitution et art. 4 al. 2 LOCEA). S'il s'agit d'une entité de droit privé, cette information ne peut guère reposer que sur une base spontanée ; toutes les sociétés bien gérées mettent cependant en place des programmes d'information de leurs actionnaires importants.