



Rapport 2023-DIAF-12

24 juin 2024

Cumul des rôles de membre du Conseil d'Etat et de membre d'entités externes

Nous avons l'honneur de vous soumettre le rapport faisant suite au postulat 2022-GC-100 des députés Antoinette de Weck et Hubert Dafflon relatif au cumul des rôles de membre du Conseil d'Etat et de membre d'entités externes.

Table des matières

1	Résumé du postulat	2
2	Historique	2
3	Gouvernance d'entreprise publique	3
3.1	Lignes directrices de l'OCDE	3
3.2	Contrôle de l'Etat	4
3.2.1	L'objectif poursuivi et son impact sur la « politique du propriétaire »	4
3.2.2	Le choix de la forme juridique	4
3.2.3	La Directive gouvernance d'entreprise publique et les participations de l'Etat de Fribourg	5
4	Différentes participations de l'Etat de Fribourg	5
4.1	Généralités	5
4.2	Participations financières stratégiques	6
4.3	Participations financières non-stratégiques	7
4.4	Participations non-financières	8
4.5	Stratégie de propriétaire et lettre de mission	8
5	Opportunité de réviser la Directive	9
6	Résumé et conclusions	10

1 Résumé du postulat

Par postulat déposé et développé le 18 mai 2022, les député-e-s Antoinette de Weck et Hubert Dafflon demandent qu'une étude sur les participations de l'Etat et ses implications soit faite.

Les auteur-e-s du postulat relèvent en substance que la fonction de membre de l'exécutif cantonal entraîne *ipso iure* celle de représentant-e de l'exécutif dans un nombre incalculable d'institutions. Ils rappellent que la Direction des finances s'est attelée à l'inventaire de l'ensemble des participations de l'Etat, avant de les trier et de les catégoriser. Or, il y a lieu de réfléchir à ces différentes questions qui sont en lien avec la gouvernance d'entreprise publique. En particulier, il y a lieu de se demander si l'ensemble des participations sont justifiées et lesquelles entraînent un conflit d'intérêts. Ils estiment que la règle dite du « croisement » offre une plus grande liberté au conseiller ou à la conseillère d'Etat membre du conseil d'administration, tout en assurant un lien privilégié avec l'exécutif cantonal.

Les auteurs du postulat demandent qu'une étude soit faite sur les participations de l'Etat et sur leurs implications. Dit rapport devra :

- > établir des critères qui justifient la participation de l'Etat à une entité extérieure (p.ex. intérêt public, accomplissement d'une tâche, contrôle de l'entité) ;
- > examiner si les participations actuelles remplissent ces critères et sont toujours justifiées ;
- > établir par qui l'Etat doit y être représenté selon la nature de l'entité : par un ou plusieurs membres du gouvernement, par un ou plusieurs membres de l'administration, par des représentants du Grand Conseil ou par des personnes extérieures aux sphères politiques et administratives.

Il y a également lieu de définir quel membre du Conseil d'Etat est désigné en fonction de la nature des tâches : faut-il nommer celui ou celle dont la Direction est directement concernée par l'entité extérieure ou précisément un autre membre afin de prévenir les conflits d'intérêts ?

Dans sa réponse du 28 février 2023, le Conseil d'Etat a proposé au Grand Conseil d'accepter le postulat. Il explique avoir discuté de la thématique à de nombreuses reprises. En particulier, lors d'une journée de réflexion en 2020, le Conseil d'Etat a déterminé les critères permettant d'identifier les participations financières stratégiques. Lors de sa séance du 13 juin 2022, le Conseil d'Etat a constaté que la liste de ses participations comprenait 106 entités en 2020 et 2021. Il a également pu les classer en fonction de leur importance stratégique. Ces éléments seront traités plus en détail dans le cadre de ce rapport.

En date du 24 mars 2023, le Grand Conseil a voté à l'unanimité (98 voix) en faveur de la prise en considération du postulat.

2 Historique

Par postulat déposé et développé le 8 mai 2009, le député feu Moritz Boschung et le député Alex Glardon ont demandé au Conseil d'Etat d'établir un rapport sur l'opportunité d'établir des lignes directrices concernant les participations cantonales, singulièrement en vue de la défense des intérêts cantonaux au sein des établissements de droit public ainsi que des entreprises publiques ou mixtes. Dans sa réponse du 1^{er} septembre 2009, le Conseil d'Etat a proposé au Grand Conseil d'accepter ledit postulat. Lors de sa séance du 8 octobre 2009, le Parlement cantonal a accepté la prise en considération du postulat, lequel a été transmis au Conseil d'Etat pour suite.

En avril 2011, Jean-Baptiste Zufferey, Professeur à l'Université de Fribourg, a rendu son rapport répondant à la question suivante : par quels moyens l'Etat de Fribourg 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 ? Le 16 août 2011, le Conseil d'Etat a rendu son rapport, lequel se réfère largement à cette étude. Il parvient à la

conclusion qu'aucun acte constitutionnel ou législatif nouveau ne sera mis en œuvre en vue de régler de manière distincte les différents aspects se rapportant à la gouvernance d'entreprise publique mais que les dispositions en la matière pourraient faire l'objet de directives gouvernementales. Ces directives pourraient par ailleurs s'appliquer aux entités de droit public ou mixtes qui sont régies par une loi spéciale à titre subsidiaire. Elles porteraient principalement sur le choix des représentants et représentantes de l'Etat et l'information du Conseil d'Etat, mais également sur la définition du mandat des représentants et représentantes et des instructions y relatives, des relations entre l'Etat et ses représentants et représentantes, de la rémunération des représentants et représentantes étatiques et les modalités de publication y relatives, de la concrétisation de l'information du Conseil d'Etat par les représentants et représentantes de l'Etat, des modalités d'intervention, d'exécution des mandats et de *reporting* (élaboration de lettres de mission), de la représentation hommes-femmes et de la représentation politique.

En date du 21 juin 2016, le Conseil d'Etat a adopté la Directive concernant la représentation de l'Etat au sein des entreprises (gouvernance d'entreprise publique) (RSF 122.0.16), laquelle traite notamment des éléments susmentionnés. Le Conseil d'Etat a par la suite mené plusieurs discussions à ce sujet et a pris des mesures en vue de la mise en œuvre de cette Directive suite à son entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2017. Il a en particulier procédé à une distinction entre les participations stratégiques et non-stratégiques. Il a également défini des principes généraux dans la continuité de la Directive. Le Conseil d'Etat a consacré plusieurs journées de réflexion à cette thématique.

Enfin, avec l'aide de l'ensemble des Directions, la Chancellerie d'Etat a mis à jour le registre des intérêts des membres du Conseil d'Etat ainsi que des préfets et préfète, lequel mentionne les fonctions exercées au sein d'organes d'entreprises. L'article 54 al. 4 de la loi du 16 octobre 2001 sur l'organisation du Conseil d'Etat et de l'administration (LOCEA ; RSF 122.0.1) prévoit que la Chancellerie tient également à jour un registre des représentations, sur la base des informations communiquées par chaque Direction.

3 Gouvernance d'entreprise publique

3.1 Lignes directrices de l'OCDE

La Suisse est membre de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), laquelle a adopté des Lignes directrices sur la gouvernance des entreprises publiques (édition 2015). A titre liminaire, il y a lieu de préciser qu'*aux fins des Lignes directrices, toute entité juridique reconnue comme entreprise en vertu de la législation nationale et dans laquelle l'Etat exerce des droits d'actionnaire devrait être considérée comme une entreprise publique. Sont donc incluses dans cette catégorie les sociétés par actions, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés en commandite par actions. Par ailleurs, les sociétés de service public dotées de la personnalité juridique en vertu d'une législation spécifique devraient être considérées comme des entreprises publiques dès lors que leur objet et leurs activités, ou certains segments de leurs activités, présentent un caractère économique.* (p. 15) Selon les Lignes directrices de l'OCDE, *la bonne gouvernance des entreprises publiques est un paramètre essentiel pour l'efficacité et l'ouverture des marchés tant sur le plan national qu'international. Dans un grand nombre de pays, les entreprises publiques sont les principaux fournisseurs de services d'intérêt général essentiels, notamment de services publics. Il en résulte que leurs activités ont un impact sur la vie quotidienne des citoyens ainsi que sur la compétitivité des autres secteurs de l'économie. Les entreprises publiques sont des acteurs qui ne cessent de monter en puissance sur les marchés internationaux. Il est primordial de veiller à ce qu'elles exercent leurs activités dans un environnement concurrentiel et réglementaire sain afin de préserver l'ouverture des échanges et de l'investissement qui sous-tend la croissance économique.* (p. 7) *Les entreprises publiques ont des défis particuliers à relever sur le plan de la gouvernance. D'un côté, elles peuvent pâtir sur le terrain d'ingérences indues motivées par des considérations politiques, ingérences conduisant à une dilution des responsabilités, à un manque de transparence et à des pertes d'efficacité dans l'exploitation de l'entreprise. D'un autre côté, l'absence de surveillance due à la passivité totale de l'Etat actionnaire ou à la distance qui le sépare de l'entreprise peut affaiblir les incitations*

adressées aux entreprises publiques et à leur personnel et accroître la probabilité que des collaborateurs agissent pour leur compte propre. (p. 12)

3.2 Contrôle de l'Etat

En fonction du type d'entité concerné, l'Etat peut exercer un contrôle plus ou moins étroit, notamment lorsqu'il décide de mener une politique du propriétaire.

3.2.1 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 statuts, étant toutefois précisé que l'étendue du devoir d'agir conformément à l'intérêt public n'est pas égale pour toutes les participations étatiques. Il y a en effet lieu de distinguer entre les entreprises auxquelles la collectivité délègue l'accomplissement d'une tâche publique et celles dont l'activité ne consiste pas dans l'accomplissement d'une tâche déléguée, mais qui est, par sa nature, telle que son exercice correspond à un intérêt public. Les entités chargées d'accomplir une tâche publique ont, par principe, l'obligation de respecter dans leurs activités les mêmes principes constitutionnels que ceux qui s'appliquent aux autorités administratives. Cette règle découle de l'article 35 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse (RS 101 ; Cst.). En revanche, pour les entités exerçant une activité d'intérêt public 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, ceci sans égard à la forme juridique de l'entité concernée. C'est également ce niveau d'engagement qui déterminera s'il y a lieu ou non pour l'Etat de mener une politique du propriétaire.

3.2.2 Le choix de la forme juridique

Lorsque la collectivité crée une entité, le fait de choisir 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 :

- > Son autonomie résulte de l'octroi de la personnalité morale. 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.
- > L'organisation de l'entité peut également influencer son niveau d'autonomie. Ainsi la loi peut très largement régir son organisation ou au contraire la laisser s'organiser seule.
- > Le législateur peut également réserver un pouvoir de nomination à la collectivité ou encore fixer le statut des employé(e)s.
- > Le législateur pourra également donner à l'entité externalisée une autonomie financière plus ou moins étendue (simple patrimoine distinct ou libre utilisation des ressources).
- > 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 tâches.

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

3.2.3 La Directive gouvernance d'entreprise publique et les participations de l'Etat de Fribourg

La Directive gouvernance d'entreprise publique a été adoptée par le Conseil d'Etat le 21 juin 2016 et est composée de six chapitres.

Elle a pour but d'assurer l'exercice par l'Etat de ses droits de représentation au sein des entités de droit public ou de droit privé au capital desquelles il participe selon les principes de la bonne gouvernance. Elle s'applique à titre subsidiaire aux entités et aux unités rattachées administrativement à une Direction, dotées de la personnalité juridique, qui sont régies par une loi spéciale. En revanche, elle ne s'applique ni aux contributions au sens de la loi sur les subventions, ni aux unités rattachées administrativement à une Direction et auxquelles la personnalité juridique fait défaut.

Selon l'article 4 de la Directive gouvernance d'entreprise publique, le Conseil d'Etat est chargé de fixer pour chaque entité les objectifs stratégiques et financiers que l'Etat entend poursuivre par sa participation. Ces objectifs sont régulièrement réexaminés.

Le chapitre 3 est consacré aux représentants et représentantes de l'Etat au sein des conseils d'administration, lesquels sont désignés par le Conseil d'Etat. Ces personnes sont choisies sur la base de critères énumérés de manière non-exhaustive. On veillera en particulier à ce qu'elles disposent des compétences et de l'expérience professionnelle nécessaires, qu'elles soient complémentaires par rapport aux autres membres du conseil d'administration et à ce qu'elles soient suffisamment disponibles pour exécuter leur mandat. Autant que possible, il y a lieu de favoriser une participation équilibrée des femmes et des hommes ainsi que des différentes sensibilités politiques. L'article 8 de la Directive gouvernance d'entreprise publique prévoit que les relations entre l'Etat et ses représentants et représentantes sont définies dans une lettre de mission. Le point 4.5 du présent rapport traite plus en détail de cet élément. Il faut relever à ce stade que ces directives ne s'appliquent pas à l'ensemble des représentants et représentantes de l'Etat, le Conseil d'Etat n'entend en effet pas intervenir sur les représentants et représentantes nommé-e-s par le Grand Conseil, il appartient à celui-ci de fixer ses propres directives.

Le quatrième chapitre de la Directive gouvernance d'entreprise publique est consacré aux délégué-e-s de l'Etat au sein des assemblées générales. A cet égard, l'Etat se fait en principe représenter à toutes les assemblées générales des entités au capital desquelles il participe. Ces personnes sont également désignées par le Conseil d'Etat et elles doivent être indépendantes des représentants et représentantes siégeant au conseil d'administration de l'entité. Le Conseil d'Etat communique les instructions de vote aux délégué-e-s, lequel-le-s rédige ensuite un compte rendu sur les décisions prises à l'attention de la Direction responsable.

Le cinquième chapitre traite du suivi des participations. Il revient à la Direction responsable de veiller à la poursuite des objectifs stratégiques et financiers de l'entité au capital de laquelle l'Etat participe. La Direction des finances est quant à elle chargée du suivi financier des participations ainsi que de l'évaluation des risques y relatifs. La Direction des finances tient en outre à jour la liste des participations détenues par l'Etat ainsi que l'inventaire des lettres de mission. L'article 15 prévoit enfin les modalités de la responsabilité civile des représentants et représentantes et des délégué(e)s.

Comme cela est exposé ci-dessous, l'Etat de Fribourg détient des participations dans plusieurs sociétés, autant de droit privé que de droit public. L'ensemble de ces participations sont énumérées *infra* 4.2 et 4.3. L'Etat détient également des participations dans divers établissements, fondations et corporations (de droit privé ou de droit public).

4 Différentes participations de l'Etat de Fribourg

4.1 Généralités

Lors de sa séance du 13 juin 2022, le Conseil d'Etat a constaté que la liste des participations comprenait 106 entités en 2020 et 2021. En ôtant, les associations (18) et les fondations (19), la liste actualisée compte 69 participations financières. La Directive gouvernance publique s'applique en effet à l'exercice par l'Etat de ses droits de

représentation au sein des entités de droit public ou de droit privé au capital desquelles il participe. Elle s'applique également, à titre subsidiaire, aux entités et aux unités rattachées administrativement à une Direction, dotées de la personnalité juridique et qui sont régies par une loi spéciale.

Lors de la Journée au blanc 2020, le Conseil d'Etat a défini les critères permettant de distinguer les participations financières stratégiques des participations financières non-stratégiques. Ainsi, une participation financière est stratégique si elle remplit au moins l'un des trois critères suivants :

- > le montant investi est supérieur à CHF 250'000.- ;
- > l'Etat de Fribourg détient une part au capital majoritaire, soit supérieure à 50%, ou avec une minorité de blocage, soit supérieure à 33% ;
- > les statuts de l'entité ou la loi prévoient un siège au conseil d'administration de l'entité en faveur de l'Etat.

Le Conseil d'Etat a par ailleurs identifié d'autres critères qui pourraient distinguer une participation financière stratégique d'une participation financière non-stratégique : aspects économiques et/ou financiers, lien particulier avec le canton, lien avec le patrimoine, risques particuliers, etc.

4.2 Participations financières stratégiques

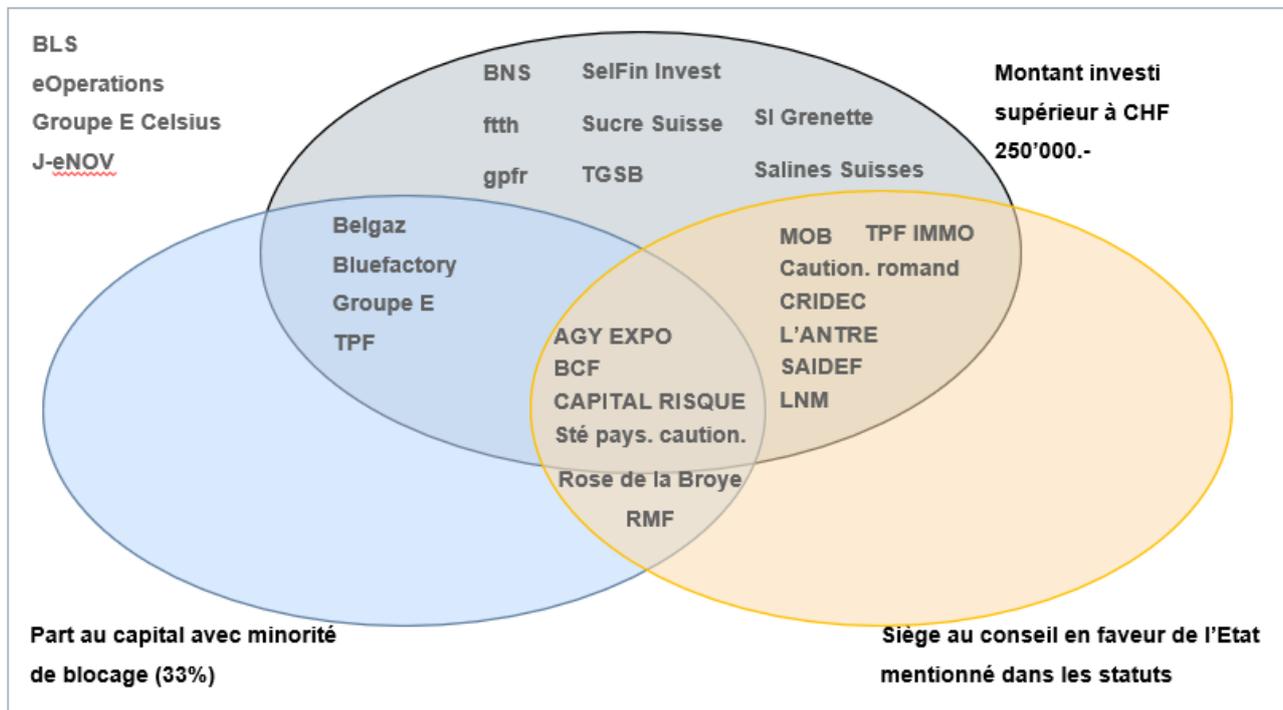
Actuellement, 25 participations financières répondent à au moins un des trois critères précités. Il s'agit premièrement des 23 sociétés anonymes suivantes :

- | | |
|--|--|
| > AGY EXPO SA ; | > LNM NAVIGATION SA ; |
| > Banque Cantonale de Fribourg ; | > Remontées mécaniques fribourgeoises SA ; |
| > Banque nationale suisse ; | > Rose de la Broye SA ; |
| > Belgaz SA ; | > SAIDEF SA ; |
| > Bluefactory Fribourg-Freiburg SA ; | > Salines Suisses SA ; |
| > CAPITAL RISQUE FRIBOURG SA ; | > SelFin Invest AG ; |
| > Compagnie du Chemin de fer Montreux Oberland bernois SA ; | > SOCIETE IMMOBILIERE DE LA GRENETTE SA ; |
| > CRIDEC, Centre de ramassage et d'identification des déchets spéciaux, S.A. ; | > Sucre Suisse SA ; |
| > fith fr SA ; | > Transports publics fribourgeois Holding (TPF) SA ; |
| > gpfr SA ; | > Transports publics fribourgeois Immobilier (TPF IMMO) SA ; |
| > Groupe E SA ; | > TUNNEL DU GRAND-SAINT-BERNARD S.A. |
| > L'ANTRE SA ; | |

En outre, les participations financières dans les sociétés coopératives Cautionnement romand et Société coopérative paysanne de cautionnement du canton de Fribourg sont également stratégiques selon au moins un des trois critères.

Enfin, quatre participations peuvent être considérées comme stratégiques selon les critères complémentaires. Il s'agit de BLS SA (stratégie de mobilité), d'eOperations Suisse SA et de J-eNOV SA (stratégie digitale) ainsi que de Groupe E Celsius SA (stratégie énergétique).

La situation peut être résumée par le graphique ci-dessous :



4.3 Participations financières non-stratégiques

Le Conseil d'Etat a également discuté du sort de ses 41 participations financières non-stratégiques. A cet égard, deux options se profilent :

- > le maintien de l'entité dans la liste des participations, avec un régime de suivi restreint par rapport aux participations dites stratégiques (sorte de « zone grise ») ;
- > la cession de la participation.

En juin 2022, le Conseil d'Etat a décidé de céder ses participations dans dix entités. Il s'agit de l'AREF Aéroport Régional Fribourg-Ecuvillens SA, des Bains de la Motta S.A., de la Coopérative fribourgeoise pour les fromages d'alpage, de l'Installation de compostage Seeland SA, de MCH Group SA, des Remontées mécaniques du Kaiseregg-Schwarzsee SA, de la Société coopérative du Château de Vaulruz, de la Société coopérative du Port des Pêcheurs en Redon, de la Société suisse de crédit hôtelier SCH et de Swiss Helicopter AG.

Pour le reste, le Conseil d'Etat a décidé de maintenir ses participations financières dans quinze entités non-stratégiques avec un régime de suivi restreint. Il s'agit des participations suivantes :

- > Agribulle S.A. ;
- > Anicom AG ;
- > Coopérative fribourgeoise des producteurs de fromages d'alpage ;
- > Cremo S.A. ;
- > Espace Gruyère SA ;
- > Frogusa S.A. ;
- > La Forestière, société coopérative de propriétaires et exploitants forestiers ;
- > Landi Seeland AG ;
- > Moulin-Neuf Société coopérative agricole ;
- > Saatzucht Genossenschaft Düringen (SGD) ;
- > Schweizerische bäuerliche Bürgschaftsgenossenschaft ;
- > SFR société Fribourgeoise de Recyclage SA ;
- > Société coopérative fribourgeoise pour l'amélioration de la fabrication du fromage de Gruyère ;
- > Suisag, Aktiengesellschaft für Dienstleistungen in der Schweineproduktion ;
- > Trocknungsgenossenschaft des Sensebezirks ;

4.4 Participations non-financières

Des participations de l'Etat dans dix-huit associations et dix-neuf fondations ont également été annoncées. Dans ce cas, la participation ne peut pas être qualifiée de financière au regard de la Directive puisque l'Etat de Fribourg ne détient pas de part de capital. Pour autant, cela ne signifie pas que ces entités sont sans importance pour l'Etat de Fribourg. En effet, des associations et fondations à l'instar d'Apartis accomplissent des tâches importantes.

Quinze entités ont été annoncées par les Directions, alors même que l'Etat ne détient aucune part au capital-actions. Cela étant, elles ont été retirées des listes de participations puisqu'elles ne constituent pas des participations financières au sens de la Directive gouvernance d'entreprise publique.

Enfin, il faut évoquer les entités de droit public auxquelles l'Etat participe. Chacune d'entre elles fait l'objet d'une loi spéciale qui détermine son statut juridique, son but, son domaine d'activité et ses modalités d'administration. Il s'agit de l'Etablissement cantonal d'assurance des bâtiments, de l'Office de la circulation et de la navigation, de l'Université de Fribourg, du HFR, de l'Office cantonal du matériel scolaire, du Réseau fribourgeois de santé mentale (RFSM), de l'Hôpital intercantonal de la Broye et du Gymnase intercantonal de la Broye.

4.5 Stratégie de propriétaire et lettre de mission

La stratégie de propriétaire énonce les buts que poursuit le canton avec sa participation. Elle sert d'une part à définir les objectifs visés avec la participation et d'autre part à les faire connaître aux organes de direction de l'entité concernée. Elle mentionne notamment les potentiels conflits d'intérêts et expose ouvertement les différents objectifs de la participation.

Le Conseil d'Etat a identifié douze entités pour lesquelles une stratégie de propriétaire se justifie : Banque Cantonale de Fribourg, Bluefactory Fribourg-Freiburg SA, Groupe E SA, Transports publics fribourgeois Holding (TPF) SA, Transports publics fribourgeois Immobilier (TPF IMMO) SA, Service intercantonal d'entretien du réseau autoroutier, Office de la circulation et de la navigation, Etablissement cantonal d'assurance des bâtiments, Office cantonal du matériel scolaire, Etablissement cantonal de promotion foncière, HFR et Réseau fribourgeois de santé mentale. Toutes ces entités ne constituent toutefois pas des participations telles que définies plus haut puisque des établissements figurent également dans cette liste mais sont d'une importance capitale pour l'Etat de Fribourg et les tâches publiques qui lui incombent.

L'article 8 de la Directive gouvernance d'entreprise publique dispose que *les relations entre l'Etat et ses représentants et représentantes sont définies dans une lettre de mission*. Cette disposition énumère également de manière non-exhaustive les éléments devant y figurer, à savoir :

- > les objectifs stratégiques et financiers que l'Etat entend atteindre ;
- > la forme et les modalités des comptes rendus que le représentant ou la représentante est tenu-e de faire à la Direction responsable ;
- > l'étendue du pouvoir de représentation, avec l'indication notamment des circonstances dans lesquelles le représentant ou la représentante est tenu-e de requérir une instruction de la Direction responsable avant de prendre position ;
- > la désignation précise et exhaustive de l'entité ou des entités concernées par la mission de représentation ;
- > l'obligation du représentant ou de la représentante de remettre à la Direction responsable et à la Direction des finances tous les documents en relation avec l'entité ou les entités, notamment le rapport d'activité et de gestion ;
- > les conditions dans lesquelles le représentant ou la représentant-e peut être révoqué-e ;
- > les questions de rémunération et de remboursement des frais.

Le Conseil d'Etat a établi des lettres de mission à l'attention de ses représentant et représentantes pour ses participations financières stratégiques, comme relevé plus haut, elles ne concernant pas les représentants et représentantes du Grand Conseil. Celles-ci ont été adoptées ou adaptées sur la base d'un modèle reprenant l'ensemble des éléments énumérés à l'article 8 de la Directive gouvernance d'entreprise publique.

5 Opportunité de réviser la Directive

Les instruments juridiques de contrôle sont divers, de même que leurs fondements légaux ou statutaires. La décision pour la collectivité de les mettre en œuvre ou non dépend éminemment de l'objectif qu'elle poursuit.

Dans son rapport du 16 août 2011 – lequel reprend largement les conclusions du Prof. Jean-Baptiste Zufferey –, le Conseil d'Etat a envisagé différentes formes. Il est parvenu à la conclusion qu'en l'état, aucun acte constitutionnel ou législatif nouveau ne serait mis en œuvre en vue de réglementer de manière distincte les différents aspects se rapportant à la gouvernance d'entreprise, singulièrement sous l'angle de la représentation de l'Etat, de la gestion de ses participations, du management et du *controlling*. En revanche, les dispositions en la matière pourraient faire l'objet de directives gouvernementales. Celles-ci s'appliqueraient en priorité aux entités de droit privé à propos desquelles les participations étatiques ne font pas l'objet d'un acte législatif propre. A titre subsidiaire, elles pourraient s'appliquer aux entités de droit public ou mixtes régies par une loi spéciale. Elles pourront être prises en compte lors de l'application de dite législation. La Directive gouvernance d'entreprise publique a été adoptée par le Conseil d'Etat le 21 juin 2016 et est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2017.

Dans son rapport, le Prof. Jean-Baptiste Zufferey a présenté les solutions de différents cantons suisses. Certains ont choisi de prévoir des règles en matière de gouvernance d'entreprise publique directement dans leur constitution. Il ne semblait toutefois pas nécessaire d'adopter une base légale constitutionnelle dans le canton de Fribourg. Le Prof. Jean-Baptiste Zufferey relève notamment que le canton doit uniquement s'assurer que les participations et établissements qu'il possède déjà sont gérés de manière adéquate et que le Conseil d'Etat est compétent à cet effet, en tant que gestionnaire du patrimoine administratif cantonal (cf. art. 110 Cst./FR). Une base légale supplémentaire et spécifique n'est donc pas une condition préalable à cette intervention. En outre, 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.

Plusieurs cantons ont 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. Le canton de Fribourg ne dispose pas d'une telle législation mais le Prof. Jean-Baptiste Zufferey relève notamment que le nombre d'entités décentralisées à gérer est limité et que le gain effectif d'une telle loi n'est pas évident. En effet, sa mise en œuvre pourrait s'avérer compliquée et elle ne serait pas en mesure de résoudre les problèmes politiques qui pourraient apparaître à chaque fois que l'entité entend prendre une décision controversée. En outre, dans les sociétés de droit privé, le législateur cantonal serait contraint par les dispositions de ce droit. S'agissant des institutions de droit public, l'Etat pourrait modifier la loi topique s'il constate un problème de gouvernance.

Le constat du Prof. Jean-Baptiste Zufferey persiste et le Conseil d'Etat ne voit pas d'intérêt à adopter de loi spécifique consacrée à la gouvernance des entreprises publiques dans la mesure où ce dernier est soumis à sa Directive du 21 juin 2016. Celle-ci prévoit des règles contraignantes qui s'appliquent pour l'ensemble des participations de l'Etat et, de manière subsidiaire, aux entités et unités rattachées administrativement à une Direction, dotées de la personnalité juridique qui sont régies par une loi spéciale. De la sorte, le Conseil d'Etat est déjà soumis à des règles strictes s'agissant de ses participations.

Le Conseil d'Etat estime également qu'il est nécessaire de lui laisser une certaine marge de manœuvre dans le cadre de la gestion de ses participations. Adopter des règles trop rigides serait contre-productif et ne permettrait pas d'apporter le traitement nécessaire à chaque participation. A titre d'exemple, il peut être pertinent pour l'Etat d'avoir un représentant ou une représentante au sein du conseil d'administration mais pas forcément pour toute la durée de vie de la société. Le fait pour l'Etat de siéger dans un premier temps permet de donner une certaine impulsion, essentielle pour la société, mais cette nécessité peut disparaître par la suite. Il est également impératif que les règles en matière de prévention des conflits d'intérêts restent souples. Ancrer dans la loi, qu'un conseiller ou une conseillère d'Etat siège au sein d'une entité doit rester réservé à des sociétés qui conduisent des tâches publiques essentielles

telles que l'HFR. Leur imposer de siéger dans des sociétés non-stratégiques telles que L'ANTRE SA paraît exagéré étant donné la disponibilité des conseillers et conseillères d'Etat.

D'autre part, la règle dite du croisement peut s'avérer pertinente dans certains cas, en particulier lors d'un possible conflit d'intérêts avec certaines tâches ou missions de la Direction responsable. Actuellement, cette règle est notamment appliquée s'agissant de la représentation de l'Etat au sein des TPF SA, de l'HFR et du RFSM. Il y a lieu de définir dans chaque cas concret si cette règle est pertinente pour éviter les conflits d'intérêts entre l'Etat et la société. A cet égard, il faut rappeler que, de manière générale, les intérêts du canton et de la société commerciale concernée coïncident dans la mesure où cette dernière a la majeure partie du temps pour but la réalisation de tâches publiques.

Enfin, la question de la politisation, de la participation partisane et régionale des représentants et représentantes au sein du conseil d'administration peut être pertinente, mais également source de conflits d'intérêts. Pour mémoire, l'article 717 al. 1 de la loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (CO ; RS 220) dispose que *les membres du conseil d'administration, de même que les tiers qui s'occupent de la gestion, exercent leurs attributions avec toute la diligence nécessaire et veillent fidèlement aux intérêts de la société*. L'article 717a al. 1 et 2 CO entré en vigueur le 1^{er} janvier 2023 précise que *les membres du conseil d'administration et de la direction qui se trouvent dans une situation de conflits d'intérêts en informent le conseil d'administration sans retard et de manière complète. Le conseil d'administration adopte les mesures qui s'imposent afin de préserver les intérêts de la société*. Dans les faits, il s'agit de trouver un équilibre entre professionnalisation et politique. Pour assurer une représentation qui couvre les différents domaines de compétences nécessaires à la bonne gouvernance d'entreprise, le Conseil d'Etat établit de plus en plus souvent des grilles de compétences permettant de s'assurer que le choix des administrateurs répond aux besoins de la société et des critères de l'article 6 de la Directive gouvernance d'entreprise publique.

6 Résumé et conclusions

Comme mentionné ci-dessus, la Directive gouvernance d'entreprise publique adoptée en 2016 prévoit des règles contraignantes pour le Conseil d'Etat, lequel doit choisir avec soin ses représentants et représentantes et ses délégués-es. Un suivi rigoureux est assuré par les Directions responsables, mais également par la Direction des finances et le Conseil d'Etat. Ces règles ne s'appliquent en revanche pas aux représentants et représentantes nommé-e-s par le Grand Conseil. Une liste non-exhaustive de critères permet de désigner le représentant ou la représentante le ou la mieux à même de défendre les intérêts de l'Etat de Fribourg. Une attention particulière est donnée à la prévention des conflits d'intérêts et la représentation des compétences nécessaires à la société. La marge de manœuvre laissée au Conseil d'Etat lui permet de définir, au cas par cas, s'il y a ou non lieu d'appliquer la règle dite du croisement.

Le Conseil d'Etat estime également qu'il n'est pas nécessaire de « transformer » dite Directive en loi au sens formel. Il n'y voit en effet aucune plus-value et rappelle que de nombreux cantons ou villes se sont dotés d'instruments qui ne consistent pas en une loi, à l'instar des Lignes directrices du canton de Berne sur la gouvernance des entreprises publiques.

Il y a encore lieu de rappeler que la mise en œuvre de la Directive gouvernance d'entreprise publique a été progressive et qu'elle a fait l'objet de nombreuses discussions, comme cela ressort de l'historique. Le Conseil d'Etat a en effet eu l'occasion de discuter à plusieurs reprises de la nécessité de mettre en place des stratégies de propriétaire et des différentes façons de prévenir au maximum les conflits d'intérêts.

En conclusion, le Conseil d'Etat vous invite à prendre acte du présent rapport.