

RAPPORT

concernant l'avant-projet de loi sur les participations de l'Etat à des personnes morales

Condensé

1. *En novembre 2006, le Grand Conseil a accepté partiellement la motion 1.087 du député Edmond Perruchoud et cosignataires concernant la loi sur la participation de l'Etat et des communes à des entités paraétatiques. Cette acceptation partielle portait sur l'élaboration d'une loi sur les participations de l'Etat, à l'exclusion de celle des communes.*

Le 5 mars 2008, le Conseil d'Etat a constitué un premier groupe de travail chargé d'examiner diverses questions relatives à la participation et aux responsabilités des membres et des délégués du gouvernement à des personnes morales.

Après dépôt du rapport du groupe de travail, le 4 mars 2009, le Conseil d'Etat, par décision du 20 mai 2009, a pris acte de ce rapport et, en suivant la proposition contenue dans celui-ci, a institué un nouveau groupe de travail chargé d'élaborer un avant-projet de loi faisant suite à l'acceptation partielle de la motion susmentionnée.

En exécution de ce mandat, le groupe de travail a élaboré un avant-projet de loi sur les participations de l'Etat à des personnes morales, accompagné du présent rapport.

2. *L'évolution des prises de participation par la Confédération, les cantons et les communes, à titre divers, à des personnes morales de droit public ou de droit privé, soulève des questions importantes concernant notamment le rôle de l'Etat ou des autres collectivités publiques dans les personnes morales concernées et les risques encourus notamment dans le domaine bancaire ou énergétique.*

Depuis quelques années, ces questions ont fait l'objet de discussions nombreuses et diverses au niveau fédéral et cantonal.

L'on doit cependant constater qu'à ce jour la grande majorité des collectivités publiques n'a pas élaboré de règles régissant de manière cohérente et systématique ces questions.

Font exception à cette situation la Confédération ainsi que quelques rares cantons, notamment Vaud, Berne et le Jura.

3. *Les caractéristiques principales de l'avant-projet sont les suivantes :*

Rang et champ d'application des nouvelles dispositions

Les nouvelles dispositions doivent être contenues dans un texte du rang de la loi et non pas dans un texte de niveau inférieur.

Le champ d'application de cette loi porte sur les participations de l'Etat du Valais, à l'exclusion des participations des communes, pour lesquelles existent déjà des dispositions légales suffisantes.

Ce champ d'application s'étend à toutes les participations de l'Etat à des personnes morales de droit privé et de droit public.

Détermination des conditions d'acquisition et d'aliénation

L'avant-projet pose les principes régissant les conditions d'acquisition, et en corollaire d'aliénation, des participations.

L'idée principale est que les participations relevant du patrimoine administratif ne peuvent être acquises que si cette acquisition répond à un intérêt public et respecte de plus les principes de la gestion administrative et financière.

Fixation des objectifs

S'agissant des participations relevant du patrimoine administratif, l'autorité compétente pour l'acquisition doit fixer les objectifs stratégiques et financiers qui sont poursuivis au moyen de la participation. Ces objectifs doivent de plus être évalués et adaptés périodiquement.

Réglementation de la représentation de l'Etat au sein des organes des personnes morales

L'avant-projet règle de manière détaillée la question de la représentation de l'Etat au sein des deux types d'organes des personnes morales, soit d'une part l'organe de haute direction (conseil d'administration, comité), et d'autre part l'assemblée générale.

Un accent particulier est mis sur les points suivants : compétences des représentants – absence de conflit d'intérêts – obligations des représentants – suivi des participations.

Suivi financier des participations

L'avant-projet prévoit que les départements et les services auxquels sont rattachées les participations de l'Etat sont chargés du suivi financier ainsi que de l'évaluation des risques y relatifs.

4. *En conclusion, l'avant-projet soumis tend à réaliser le mandat découlant de l'adoption partielle par le Grand Conseil de la motion susmentionnée.*

Il répond de plus à un besoin de réglementation claire, détaillée et cohérente des principales questions concernant les participations de l'Etat, et ce dans l'optique d'assurer une gestion des participations plus efficace, plus dynamique et plus transparente.

1. Introduction et historique récent

- 1.1 Le 10 mai 2006, le député Edmond Perruchoud et des co-signataires déposaient la motion 1.087 concernant la loi sur la participation de l'Etat et des communes à des entités paraétatiques.

Cette motion demandait au Conseil d'Etat d'édicter une loi sur les participations de l'Etat et des communes à des personnes morales, loi qui devait notamment couvrir les aspects suivants :

- Modalités de l'acquisition et de l'aliénation d'une participation;
- Désignation des représentants de la collectivité publique;
- Exigences pour ces personnes, notamment indépendance, prévention des conflits d'intérêts;
- Obligations de rapport de ces représentants à l'autorité de nomination;
- Représentation des participations et autres moyens;
- Contrôle formel et matériel par l'Inspection des finances.

Dans sa réponse de novembre 2006, le Conseil d'Etat a proposé l'acceptation partielle de la motion, soit en tant que celle-ci concernait les participations de l'Etat, mais non pas celles des communes.

En session de novembre 2006, le Grand Conseil a accepté partiellement la motion dans le sens proposé par le Conseil d'Etat.

- 1.2 Par décision du 5 mars 2008, le Conseil d'Etat a décidé la constitution d'un premier groupe de travail chargé d'examiner les questions relatives à la participation et à la responsabilité des membres et des délégués du gouvernement à des personnes morales.

Le groupe de travail a déposé son rapport le 4 mars 2009.

- 1.3 Par décision du 20 mai 2009, le Conseil d'Etat a pris acte du rapport du groupe de travail précité. Suivant la proposition contenue dans le dit rapport, il a institué un nouveau groupe de travail chargé d'élaborer un avant-projet de loi faisant suite à la motion 1.087 du député Edmond Perruchoud et cosignataires. Le groupe de travail était également invité à examiner l'opportunité de modifier ou de compléter les dispositions existantes.

La composition de ce groupe de travail était la suivante :

Président : M. Gilles de Riedmatten, Chef du Service juridique des finances et du personnel (DFIS)

Membres : Mme Monique Albrecht, Vice-Chancelière d'Etat
Mme Gisèle Fauchère-Jacquemin, Juriste au Service administratif et juridique du DEET
M. Peter Margelist, Juriste et Adjoint au Service administratif et juridique du DECS
M. Jean-Charles Délèze, Juriste et Adjoint au Service de la santé publique (DFIS)
M. Adrian Zumstein, Chef du Service administratif et juridique du DTEE

En exécution de cette décision, le groupe de travail a élaboré un avant-projet de loi accompagné du présent rapport.

2. Contexte suisse

2.1 Pour des raisons historiques variées, la Confédération, les cantons et les communes ont pris progressivement des participations, à titres divers, à des personnes morales de droit public ou de droit privé (banques cantonales, sociétés actives dans le domaine de l'énergie, des transports, de la santé, de la formation, etc.). Une telle évolution soulève naturellement des questions importantes en ce qui concerne notamment le rôle de l'Etat ou des collectivités publiques dans les personnes morales concernées et les risques encourus, notamment dans le domaine bancaire ou énergétique.

De manière plus particulière se pose la question du pilotage des personnes morales par l'intermédiaire des collectivités publiques, ce en relation également avec le développement des règles concernant le gouvernement d'entreprises ou la gouvernance.

2.2 Depuis quelques années, ce domaine a fait l'objet de discussions nombreuses et diverses au niveau fédéral et cantonal.

A ce jour, l'on doit cependant constater que la grande majorité des collectivités publiques n'ont pas élaboré de règles régissant de manière cohérente et systématique ces questions.

Font exception à cette situation la Confédération ainsi que certains cantons, notamment Vaud, Berne et le Jura.

2.2.1 Confédération

Sur le plan fédéral, il a été constaté au début des années 2000 une absence de critères uniformes applicables à l'externalisation de tâches vers des entités autonomes, ainsi que des divergences sur la forme juridique et la gestion de ces entités.

Au vu de ce constat, les Chambres fédérales ont demandé au Conseil fédéral l'établissement de meilleures bases pour l'externalisation des tâches et pour une gestion plus uniforme des entités autonomes.

En réponse à cette demande, le Conseil fédéral a établi et présenté un rapport sur le gouvernement d'entreprise daté du 13 septembre 2006.

Ce rapport répartit tout d'abord les diverses tâches de la Confédération entre quatre types de tâches : Tâches ministérielles – Prestations à caractère monopolistique – Tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité – Prestations fournies sur le marché.

Le rapport expose ensuite 28 principes directeurs portant sur 8 aspects distincts de la gestion des entités autonomes : Forme juridique – Organes – Représentants de la Confédération – Responsabilités – Compétences particulières – Objectifs stratégiques – Contrôle et autre surveillance – Finances et impôts.

Les principes directeurs sont appliqués aux trois types de tâches se prêtant à une externalisation (toutes les tâches sauf les tâches ministérielles) puis organisés en un modèle de gestion spécifique à chaque type de tâches.

En principe, l'établissement de droit public est la forme d'organisation qui convient aux entités fournissant les prestations à caractère monopolistique ou exécutant des tâches de surveillance de l'économie ou de la sécurité. C'est par contre la forme de la société anonyme de droit privé qui s'avère la plus adéquate pour les entités fournissant des prestations sur le marché.

En sa qualité de propriétaire, le Conseil fédéral pilote toutes les entités devenues autonomes au moyen d'objectifs stratégiques. Il assume pour la Confédération la fonction de propriétaire. Il nomme entre autres le conseil d'administration ou le conseil d'institut ainsi que l'organe externe de révision; il formule ses attentes à l'encontre du conseil d'administration ou du conseil d'institut sous la forme d'objectifs stratégiques dont il contrôle la réalisation.

Le département concerné, en collaboration avec l'administration fédérale des finances pour les entités qui jouent un rôle important dans le budget fédéral, assume les tâches de préparation et de coordination des questions relevant de la politique de propriétaire.

2.2.2 Vaud

Le 17 mai 2005, le canton de Vaud a adopté une loi spécifique régissant les participations de l'Etat et des communes à des personnes morales, loi entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2006.

Première du genre en Suisse, cette loi poursuit trois objectifs principaux, à savoir :

- Positionnement de l'Etat-actionnaire : L'Etat détermine précisément le but qu'il veut atteindre avec chacune de ses participations. Il actualise régulièrement ses objectifs qu'il communique à ses représentants et aux sociétés concernées. La loi fixe les critères d'acquisition et, le cas échéant, d'aliénation des participations.
- Renforcement du suivi et du contrôle : L'Etat consolide ses liens avec les entreprises auxquelles il participe. Ses représentants dans les conseils d'administration et aux assemblées générales sont choisis selon les critères fixés par la loi. Le suivi financier des participations est assuré par le service d'analyse et de gestion financières, en collaboration avec le département compétent.
- Répartition des compétences institutionnelles : Selon la Constitution, le Grand Conseil décide de la participation de l'Etat aux personnes morales. Selon la loi, le Conseil d'Etat dispose également de cette compétence lorsque les enjeux financiers ou stratégiques sont limités.

Le champ d'application de la loi s'étend également partiellement aux communes, soumises en particulier aux dispositions sur le suivi et le contrôle de leurs participations.

2.2.3 Berne

Le 12 avril 1995, le Conseil exécutif du canton de Berne a arrêté les principes régissant les relations entre le canton de Berne et ses entreprises publiques et semi-publiques. Ces principes posent notamment les éléments suivants :

- La participation à des entreprises publiques ou semi-publiques est justifiée dans des domaines présentant un intérêt public important, et à condition que d'autres instruments soient moins adaptés.
- L'Etat doit clairement formuler les objectifs qu'il poursuit par sa participation.
- L'investissement de capitaux privés dans les sociétés d'économie mixte est souhaité.

- Le regroupement de sociétés dont l'Etat détient des participations et qui poursuivent des buts analogues ou proches doit être examiné.
- Les participations minoritaires doivent faire l'objet d'un examen attentif en relation avec les buts stratégiques.
- Les responsabilités politique et entrepreneuriale doivent être clairement séparées. La responsabilité politique revient au canton lequel doit notamment arrêter la stratégie de propriétaire. La responsabilité entrepreneuriale revient à l'entreprise.
- La stratégie de propriétaire constitue le cadre dans lequel les représentants du canton au sein des conseils d'administration ou des assemblées générales doivent agir.
- Pour les représentants de l'Etat dans les conseils d'administration doit être élaboré un profil reposant sur les compétences et l'expérience nécessaires à la conduite de l'entreprise.

Tout récemment, le canton de Berne a procédé au réexamen de ces questions, réexamen qui a fait l'objet d'un volumineux rapport du 24 octobre 2007 sur le controlling des participations.

2.2.4 Jura

Le gouvernement du canton du Jura a arrêté le 24 mars 2009 des "*Directives concernant la représentation de l'Etat au sein d'entités partenaires*".

Ces directives s'inspirent largement des dispositions de la loi vaudoise sur les participations de l'Etat et des communes à des personnes morales.

3. Situation actuelle en Valais

- 3.1 S'agissant des participations des communes, l'on doit, à l'examen, constater que les aspects soulevés par la motion du député Edmond Perruchoud et cosignataires sont, pour l'essentiel, déjà tous réglés par les dispositions légales actuelles.

Plus précisément, ces questions sont régies par les articles 106ss, 84 et 17 de la nouvelle loi sur les communes du 5 février 2004 (LCO). Ces dispositions traitent en effet de manière détaillée de la délégation par les communes de tâches à des tiers, ainsi que de la collaboration des communes avec d'autres communes ou des tiers, et ce aussi bien sur la base du droit public que du droit privé. Dans ce cadre, sont ainsi réglées notamment les compétences pour les décisions d'acquisition et d'aliénation de participations, la surveillance des entités à qui a été confié l'accomplissement de certaines tâches, la surveillance des représentants des communes, les instructions

données auxdits représentants, ainsi qu'également la vérification par des réviseurs de l'évaluation des participations.

Ces dispositions, qui plus est fort récentes, peuvent être considérées comme tout à fait suffisantes.

3.2 En ce qui concerne les participations de l'Etat, la situation est différente.

La législation cantonale est en effet à cet égard beaucoup moins détaillée et complète. Elle contient pour l'essentiel des normes générales posant le principe de la haute surveillance et de la surveillance par le Grand Conseil, respectivement le Conseil d'Etat, sur des corporations et établissements autonomes de droit public, sur les représentants de l'Etat dans des sociétés où le canton a une participation prépondérante, ainsi que sur les collectivités, établissements et organismes auxquels le canton confie des tâches publiques ou octroie des prestations financières (cf. notamment article 40, alinéa 1 et 55, chiffre 2 de la Constitution cantonale; article 35 de la loi sur la gestion et le contrôle administratif et financier du canton du 24 juin 1980 (LGCAF)).

Une disposition plus précise est contenue à l'article 5 du règlement sur le Conseil d'Etat du 15 janvier 1997 qui traite de certains aspects de la situation des personnes désignées par le Conseil d'Etat pour représenter le canton dans un conseil d'administration.

A ces dispositions générales s'ajoutent certaines dispositions spécifiques contenues dans des lois spéciales concernant des entités telles que notamment la Banque Cantonale du Valais (BCVs), le Réseau Santé Valais (RSV), et les Forces Motrices Valaisannes (FMV).

Les dispositions précitées sont rédigées de manière relativement succincte et ne couvrent que quelques-uns des aspects concernant la question de la participation de l'Etat à d'autres entités juridiques, notamment à des entités de droit privé.

3.3 Au vu de ce qui précède, et comme déjà constaté par le Conseil d'Etat et le Grand Conseil lors du traitement de la motion du député Edmond Perruchoud et cosignataires, il n'existe pas de besoin de dispositions complémentaires en ce qui concerne les participations des communes.

Par contre, un tel besoin se fait ressentir, pour les participations de l'Etat, et ce même avec acuité, au vu d'une part du caractère lacunaire des dispositions actuelles et d'autre part de l'importance accrue qu'a prise au fil du temps la problématique de la participation de l'Etat à des personnes morales de droit public ou de droit privé.

4. Rang des nouvelles dispositions légales

- 4.1 Selon la conception actuelle, et conformément au principe de la légalité, l'Etat ne peut, en principe, exercer une activité qu'en se fondant sur une base légale (ATF 104 IA 309; 103 IA 402, 380 et 376). Ce principe a été repris expressément par la loi du 24 juin 1980 sur la gestion et le contrôle administratifs et financiers du canton (LGCAF), et ce non seulement pour la question plus particulière des dépenses (art. 3, al. 2), mais également pour l'activité de l'administration en général (art. 2, al. 2).

Par base légale, il faut entendre une règle de droit adoptée par le législateur ou par une autorité qui peut lui être assimilée. Cette base légale doit de plus être suffisante, c'est-à-dire qu'il incombe au législateur de déterminer les éléments essentiels de l'activité concernée. Plus la mesure à prendre est importante, plus le texte à adopter doit être complet (cf. notamment Auer, Malinverni, Hottelier, Droit constitutionnel suisse, vol. I, L'Etat, 2^{ème} édition, p. 622ss).

- 4.2 L'application du principe de la légalité peut varier selon les domaines ou activités concernés.

Ainsi, dans les domaines des contributions publiques, du droit pénal et de la restriction des libertés, il est généralement reconnu que la base légale doit être constituée par une loi au sens formel.

Ce constat vaut également en ce qui concerne la fourniture de prestations, étant relevé toutefois que la pratique admet qu'en ce domaine la base légale formelle puisse être moins précise.

En matière d'organisation de l'administration et de rapports de droit spéciaux (personnes liées à l'Etat par un rapport de droit particulier, tel que notamment les fonctionnaires), les exigences de la base légale sont un peu moins strictes (cf. Auer, Malinverni, Hottelier, opus cité, p. 635 et 636). La tendance de la jurisprudence va toutefois dans le sens d'exiger également que les principes soient fixés dans une loi au sens formel, les dispositions d'importance secondaire pouvant figurer dans des textes de niveau inférieur (ordonnance, règlement et directives) (Moor, Droit administratif, vol. I, 2^{ème} édition, p. 362ss).

L'application effective des principes exposés ci-dessus peut varier dans la pratique de manière non négligeable selon les collectivités concernées. Ainsi, en ce qui concerne la question de la participation des collectivités publiques à des personnes morales, l'on constate que si le canton de Vaud a traité ce domaine de manière détaillée dans une loi (cf. ch. 2.2.2 ci-dessus), de nombreux autres cantons n'ont pas suivi cette solution, et se contentent de dispositions d'ordre inférieur, présentant souvent un caractère partiel et moins détaillé.

- 4.3 S'agissant de la situation actuelle du canton du Valais, la question d'une interprétation plus ou moins stricte du principe de la légalité ne se pose plus.

En effet, le Grand Conseil a adopté une motion demandant que les principaux aspects de la participation de l'Etat à des entités paraétatiques soient réglés par une loi spéciale. Cette motion précisait de plus que la nouvelle loi devait couvrir notamment les aspects tels que la désignation des représentants de la collectivité publique, les exigences pour ces représentants, notamment en matière d'indépendance et de prévention de conflits d'intérêt, ainsi que l'obligation de rapport de ceux-ci à l'autorité de nomination.

Conformément à l'article 110 de la loi sur l'organisation des conseils et des rapports entre les pouvoirs du 28 mars 1996 (LOCRP), cette motion revêt un caractère obligatoire, de sorte que le Conseil d'Etat est tenu de présenter au Grand Conseil un projet de loi réglant, qui plus est de manière relativement détaillée, les principaux aspects de ce domaine. Une telle solution s'avère de plus tout à fait adéquate et répond à des besoins de clarté, de transparence, d'égalité de traitement et d'efficacité.

5. Caractéristiques principales de l'avant-projet

5.1 Champ d'application

Pour les motifs exposés ci-dessus (cf. chiffre 3.1) l'avant-projet ne régit pas les participations des communes mais exclusivement les participations de l'Etat à des personnes morales.

Sont concernées toutes les personnes morales de droit privé (associations, fondations, sociétés anonymes, sociétés à responsabilité limitée, sociétés coopératives) ainsi que les personnes morales de droit public (sociétés anonymes, établissements, institutions, etc.).

Ce champ d'application tient compte de la diversité des modes de collaboration et de participation que connaît la pratique.

5.2 Détermination des conditions d'acquisition et d'aliénation

Si la législation valaisanne contient actuellement certaines dispositions spéciales prévoyant expressément une participation de l'Etat à certaines personnes morales (BCVs, RSV, FMV, etc.), elle ne contient actuellement aucune disposition générale précisant les conditions d'acquisition et d'aliénation des participations.

L'avant-projet règle ces questions.

S'agissant des conditions d'acquisition, il pose le principe selon lequel la participation relevant du patrimoine administratif ne peut être acquise que si cette acquisition répond à un intérêt public et respecte de plus les principes de la gestion administrative et financière (notamment efficacité, rationalité, emploi économique et judicieux des fonds).

S'agissant de l'acquisition d'une participation relevant du patrimoine financier, il est prévu que celle-ci doit répondre à des conditions judicieuses de sécurité et de rapport selon le principe posé par l'article 34, alinéa 2, lettre f) LGCAF en ce qui concerne la gestion du patrimoine financier en général.

En corollaire aux dispositions qui précèdent, l'avant-projet prévoit que lorsque les conditions d'acquisition ne sont plus réunies, la participation relevant du patrimoine administratif doit être transférée au patrimoine financier. Cette participation devra ensuite être aliénée, à moins que le maintien dans le patrimoine financier réponde à des conditions judicieuses de sécurité et de rapport de la gestion de ce patrimoine financier.

5.3 Fixation des objectifs

En ce qui concerne les participations relevant du patrimoine administratif, il est prévu que l'autorité compétente pour l'acquisition doit fixer les objectifs stratégiques et financiers qui sont poursuivis au moyen de la participation.

D'autre part, comme la situation peut évoluer, et ce même rapidement, ces objectifs doivent être évalués, et mis à jour périodiquement.

5.4 Réglementation détaillée de la représentation de l'Etat au sein des organes de haute direction

L'avant-projet règle de manière détaillée la question de la représentation de l'Etat au sein des organes de haute direction (conseil d'administration, comité). Cette réglementation porte notamment sur les points suivants :

- Examen de l'utilité ou de la nécessité d'une représentation de l'Etat.
- Etablissement de critères généraux et de critères particuliers de choix.
- Durée et fin du mandat.
- Obligations des représentants.
- Lettre de mission ou avenant aux cahiers des charges.
- Rémunération.
- Responsabilité civile.
- Suivi des participations.

5.5 Réglementation de la représentation de l'Etat au sein des assemblées générales des personnes morales

L'avant-projet règle la représentation de l'Etat au sein des assemblées générales des personnes morales, question qui n'est actuellement quasiment pas traitée par la législation, en retenant notamment les éléments suivants :

- Représentation à toutes les assemblées générales sauf si cette représentation ne présente manifestement pas d'intérêt notable.
- Critères concernant le choix des représentants.
- Relations de l'Etat avec les représentants.

5.6 Suivi financier des participations

Il est prévu que les départements et les services auxquels sont rattachés les participations de l'Etat sont chargés du suivi financier ainsi que de l'évaluation des risques y relatifs.

Ces tâches relèvent ainsi de la responsabilité des départements et des divers services. L'on aurait pu également envisager de centraliser cette responsabilité. Après examen, cette solution n'a toutefois pas été retenue. En effet, la logique commande que ce soit les organes qui ont les meilleures connaissances des caractéristiques des participations et du domaine concerné qui procèdent au suivi des participations et à l'évaluation des risques.

Pour garantir une certaine uniformité de ce suivi, le Conseil d'Etat édictera des directives spécifiques.

6. Commentaire du projet de loi

Chapitre 1 : Dispositions générales

Article premier - But et champ d'application

Il est renvoyé ici aux explications contenues ci-dessus au chiffre 5.1.

Article 2 - Notions

Cette disposition apporte diverses précisions quant à la notion de participation.

Ce terme désigne toute participation de l'Etat à une personne morale de droit privé ou de droit public.

Cette participation peut être financière, mais également non financière, soit lorsque l'Etat participe à la haute direction d'une personne morale, sans engagement financier.

D'autre part, la participation peut appartenir au patrimoine administratif, mais également au patrimoine financier de l'Etat. Actuellement, la quasi-totalité des participations de l'Etat appartient au patrimoine administratif. L'existence de participations relevant du patrimoine financier ne peut cependant être exclue. Par souci d'exhaustivité et de cohérence, il convient logiquement d'appréhender également cette catégorie de participations dans l'avant-projet de loi, tout en prévoyant pour cette catégorie des dispositions particulières compte tenu de ses spécificités.

Par souci de clarté, l'avant-projet précise enfin que les subventions au sens de la loi sur les subventions du 13 novembre 1995 ne constituent pas des participations. Sous l'angle juridique, il s'agit en effet de deux choses essentiellement différentes. Même si le versement de subventions peut avoir une incidence considérable dans la gestion et le fonctionnement d'une personne morale, il ne confère en effet toutefois pas à l'Etat le droit d'intervenir au niveau de la haute direction de la personne morale concernée.

Chapitre 2 : Acquisition et aliénation de participations

Article 3 – Compétences

Cette disposition détermine les compétences pour l'acquisition, et corollairement, l'aliénation des participations.

La solution proposée est une solution souple, calquée sur le système actuel de compétences financières. Ainsi, il est prévu que la compétence de décider de l'acquisition d'une participation relève du Grand conseil, du Conseil d'Etat ou du chef de département concerné dans le cadre de leurs compétences financières ordinaires.

Ces compétences actuelles sont les suivantes :

- | | |
|---------------------|---|
| Grand Conseil | : Dépenses nouvelles de plus de 2 millions de francs |
| Conseil d'Etat | : De Fr. 200'001.- à Fr. 2'000'000.- pour les dépenses d'investissement nouvelles
Dès Fr. 200'001.- et de manière illimitée pour les dépenses d'investissement liées |
| Chef de département | : Jusqu'à Fr. 200'000.- pour les dépenses d'investissement. |

La compétence de décider de l'aliénation est réglée par analogie selon le même régime de compétences financières, étant précisé toutefois que le critère déterminant est la valeur estimée de la participation.

Sont réservées en sus les compétences du département en charge des finances concernant la gestion et le placement du patrimoine financier. Il est relevé à cet égard que déjà actuellement, selon l'article 34, alinéa 2, lettre f) LGCAF, ce département est compétent, sans limite de montant, pour "*le placement et la gestion du patrimoine financier à des conditions judicieuses de sécurité et de rapport.*"

L'on aurait pu envisager également une solution moins souple en réservant la compétence d'acquisition et d'aliénation uniquement au Grand Conseil et au Conseil

d'Etat, à l'exclusion des chefs de département. Cette solution pourrait présenter l'avantage d'une pratique plus uniforme et plus cohérente. Toutefois, il n'y a, sous l'angle logique, pas de raison particulière de retenir pour l'acquisition des participations - lesquelles constituent une dépense dans la mesure où elles relèvent du patrimoine administratif - une réglementation de compétences différente de celle valant pour les autres dépenses. De plus, le risque de pratiques divergentes selon les départements peut être évité ou en tous cas grandement limité précisément par l'édition des nouvelles dispositions qui règlent de manière précise les questions liées aux participations.

Article 4 – Conditions d'acquisition

Il est renvoyé aux explications formulées ci-dessus sous chiffre 5.2

Article 5 – Conditions de transfert et d'aliénation

Il est renvoyé aux explications formulées ci-dessus sous chiffre 5.2.

Chapitre 3 : Représentation de l'Etat

Section 1 - Généralités

Article 6 – Stratégie

Les participations relevant du patrimoine financier ne posent pas de problèmes particuliers sous l'angle de la stratégie. Il s'agit simplement que la gestion de ces participations réponde aux exigences posées par la LGCAF, soit des conditions judiciaires de sécurité et de rapport.

Il en va par contre différemment des participations relevant du patrimoine administratif.

L'Etat du Valais détient en effet de nombreuses participations relevant de ce patrimoine dont la fonction, l'importance économique et stratégique, ainsi que les risques y relatifs, peuvent être variés et dissemblables. Actuellement, l'Etat, sauf quelques exceptions, n'a pas encore défini de politique de propriétaire précise et cohérente au sujet des participations qu'il détient. L'Etat souvent n'élabore pas de réflexion approfondie sur les objectifs qu'il entend atteindre au moyen des participations.

Au vu de ces éléments, il apparaît nécessaire de poser le principe selon lequel l'Etat, au moment de l'acquisition des participations, doit fixer les objectifs stratégiques et financiers qu'il poursuit au moyen de ces participations.

Ces objectifs devront naturellement être évalués et mis à jour régulièrement, en fonction de l'évolution de la situation.

Article 7 – Exercice des droits de participation

Cette disposition pose le principe selon lequel le Conseil d'Etat, respectivement les autres organes compétents pour l'acquisition de participations, veillent à l'exercice adéquat des droits de participation.

Ces droits se rapportent d'une part à la participation au sein des organes de haute direction, et d'autre part à la participation au sein des assemblées générales.

Ces questions sont exposées de manière détaillée dans les articles suivants examinés ci-après.

Section 2 – Représentation au sein des organes de haute direction

Article 8 - Principe

Le fait que l'Etat acquiert une participation d'une personne morale ne signifie pas automatiquement qu'il puisse ou doive être représenté au sein de l'organe de haute direction.

Il appartient dans chaque cas au Conseil d'Etat, respectivement aux autres organes compétents pour l'acquisition des participations, d'examiner s'il est possible, judiciaire ou nécessaire que l'Etat soit effectivement représenté.

Si l'Etat détient une participation majoritaire ou importante, la logique même commande qu'il soit représenté au sein de l'organe de haute direction.

Il n'en va pas de même en cas de participation minoritaire, où en fonction de la faible importance de sa participation l'Etat peut même ne pas avoir le droit d'avoir un représentant dans l'organe de haute direction.

Pour le cas où le principe de la représentation est retenu, il appartient au Conseil d'Etat, respectivement aux autres organes compétents pour l'acquisition, de désigner et de révoquer les représentants de l'Etat (alinéa 2).

L'alinéa 3 réserve les dispositions statutaires et légales applicables aux personnes morales concernées. Cette réserve tient compte des diverses formes d'organisation que peuvent connaître les personnes morales.

Ainsi, dans le cadre d'une entreprise mixte au sens de l'article 762 du code des obligations (CO), la désignation peut intervenir directement par l'Etat.

Par contre, dans le cadre d'une société anonyme ordinaire, la désignation des administrateurs est faite par l'assemblée générale d'où s'ensuit que ce n'est que de manière indirecte seulement que l'Etat peut désigner son ou ses représentants.

Article 9 – Critères généraux de choix

Cette disposition expose les critères auxquels doivent satisfaire les représentants et ceci quelle que soit la personne morale concernée. Ces critères peuvent être divisés en trois volets, à savoir premièrement les compétences et l'expérience professionnelle et personnelle, deuxièmement la disponibilité, et troisièmement l'indépendance et l'absence de conflit d'intérêts.

Article 10 – Critères particuliers de choix

En sus des critères généraux exposés ci-dessus, l'Etat devra, selon la personne morale concernée, établir des critères complémentaires spécifiques à dite entité.

Dans ce cadre, l'Etat veillera également à une composition interdisciplinaire et complémentaire de l'organe de haute direction.

Ces questions pourront cas échéant être discutées en collaboration avec la personne morale concernée.

Article 11 – Durée et fin du mandat

La durée du mandat est en principe celle prévue par les dispositions applicables à la personne morale. A titre subsidiaire, il est prévu une durée de 4 ans.

L'alinéa 2 prévoit une limite d'âge, fixant celle-ci à 70 ans révolus.

Pour éviter qu'il y ait une vacance entre la fin du mandat du représentant ayant atteint la limite d'âge, et son remplacement, il est prévu que la fin du mandat du premier prend effet lors de la première séance de l'organe suprême (en général, l'assemblée générale) suivant l'année civile au cours de laquelle la limite de 70 ans a été atteinte.

L'avant-projet prévoit également que les représentants peuvent être relevés en tout temps et qu'ils peuvent démissionner avec l'accord de l'Etat si des motifs pertinents le justifient.

Ces dispositions, et notamment la première, ne valent toutefois que sous réserve des dispositions applicables à la personne morale concernée. Ainsi, par exemple si le représentant de l'Etat est désigné par l'assemblée générale d'une société anonyme, seule celle-ci peut décider de relever le représentant de son mandat.

Article 12 – Obligations des représentants

Le projet pose clairement que les représentants de l'Etat veillent au respect des objectifs stratégiques et financiers fixés par l'autorité de désignation et qu'ils doivent défendre d'intérêt public dans la stratégie de la personne morale.

Les représentants doivent de plus requérir des instructions de la part de l'autorité de désignation, de telles instructions pouvant de plus être données d'office par l'autorité de désignation.

La demande d'instructions sera particulièrement utile lorsque, comme cela n'est pas exclu en pratique, les intérêts de la personne morale ne coïncident pas toujours exactement avec l'intérêt public ou les objectifs stratégiques et financiers fixés par l'autorité de désignation.

Enfin, les représentants doivent rendre régulièrement compte de leur gestion.

Le suivi des participations est d'autre part précisé de manière détaillée à l'article 20 de l'avant-projet.

L'article 12 réserve de plus les dispositions impératives applicables à la personne morale. Cette réserve concerne notamment des restrictions de communication posées par le droit boursier ou le droit bancaire.

Article 13 – Lettre de mission ou avenant au cahier des charges

Cet article prévoit que les relations entre l'Etat et ses représentants doivent être formalisées dans un document, lequel peut être soit une lettre de mission, soit un avenant au cahier des charges si le représentant est membre de l'administration cantonale.

Ce document doit être rédigé de manière claire et doit contenir les éléments principaux suivants : Objectifs stratégiques et financiers – Modalités de reddition de comptes par les représentants – Requête et donnée d'instructions – Etendue du pouvoir de représentation – Responsabilité civile.

Naturellement, si cela est nécessaire, d'autres points peuvent être fixés dans ces documents.

Article 14 - Rémunération

S'agissant de la rémunération, l'avant-projet retient des solutions simples et logiques, présentant les caractéristiques essentielles suivantes :

- Pour les représentants qui ne sont pas magistrats ou membres de l'administration cantonale, la rémunération versée par la personne morale leur reste acquise et d'autre part l'Etat ne s'acquitte envers eux d'aucune autre rémunération, sauf disposition contractuelle contraire.
- S'agissant des représentants ayant qualité de magistrat ou de membre de l'administration cantonale, la rémunération versée par la personne morale doit être rétrocédée à l'Etat, hormis naturellement les montants versés en remboursement de frais.

Article 15 – Liste des représentants – Registre des lettres de mission ou d'avenants aux cahiers des charges

Cette disposition prévoit l'établissement et la tenue à jour par la Chancellerie, d'une part de la liste des représentants de l'Etat au sein de la haute direction des personnes morales et, d'autre part, du registre des lettres de mission, respectivement des avenants aux cahiers des charges.

Cette mesure poursuit un but de transparence, et permet de plus d'avoir une vue d'ensemble sur ce domaine.

Article 16 – Responsabilité civile

La question de la responsabilité des représentants de l'Etat, et éventuellement de l'Etat lui-même, pour les dommages causés par le représentant à la personne morale ou à des tiers est fort complexe. Cette complexité a d'ailleurs conduit le législateur vaudois à renoncer à traiter expressément ces questions dans la loi susmentionnée du 17 mai 2005.

Le caractère complexe de cette question a également été reconnu dans un avis de droit du 7 juin 2007 des Prof. Peter Forstmoser et Georg Müller, établi à la demande du canton de Berne.

Cette complexité provient du fait que ce domaine est régi d'une part par des dispositions de droit public, mais aussi d'autre part par des dispositions de droit privé, dispositions qui peuvent, selon les cas, être contradictoires ou divergentes.

Nonobstant ces difficultés, il s'avère nécessaire d'arrêter dans l'avant-projet le principe de la responsabilité.

L'article 16 poursuit cet objectif.

Il pose le principe que, sous l'angle de la responsabilité civile, les représentants sont considérés comme des agents de l'Etat au sens de la loi sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents du 10 mai 1978 (LRCPA). Cela signifie essentiellement que, vis-à-vis des lésés, c'est l'Etat qui assume une responsabilité primaire et exclusive (articles 4 et 5 LRCPA) et que le représentant ne répond envers l'Etat qu'en cas de faute intentionnelle ou de négligence grave (articles 13 et 14 LRCPA).

Ce principe est cependant assorti d'une réserve portant sur les prescriptions spéciales du droit fédéral ou du droit cantonal, dispositions qui notamment peuvent prévoir une responsabilité primaire des représentants.

Il n'est pas possible d'établir ici la liste exhaustive de ces dispositions spéciales. L'on peut toutefois en relever ci-après les principales :

Article 55, alinéa 3 du code civil suisse (CCS) : Selon cette disposition, les actes illicites commis par les organes engagent la responsabilité personnelle de leurs auteurs.

Article 754 du code des obligations (CO) : Cette disposition prévoit la responsabilité des membres du conseil d'administration pour les dommages causés à la société, aux actionnaires ou aux créanciers sociaux.

Il est à relever par contre que l'article 762, alinéa 4 CO traitant des participations de corporations de droit public à des sociétés anonymes de droit privé retient une solution différente en prévoyant expressément, pour ce genre de dommage, la responsabilité primaire de la corporation publique.

Article 39 de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934 (LB) : Cet article renvoie aux dispositions du code des obligations examinées ci-dessus.

Article 52 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité (LPP) : Cette disposition prévoit une responsabilité directe des organes.

Article 26, alinéa 1 de la loi sur la banque cantonale du Valais du 1^{er} octobre 1991 (LBCV) : Cette disposition renvoie à la loi fédérale sur les banques, laquelle elle-même, comme vu ci-dessus, renvoie aux dispositions du CO. Cela étant et vu de plus que les membres du conseil d'administration de la BCVs sont désignés par l'assemblée générale et non pas par le Conseil d'Etat, ces membres assument une responsabilité directe pour les dommages causés à la banque, aux actionnaires ou aux créanciers sociaux.

Article 21 de la loi sur les établissements et institutions sanitaires du 12 octobre 2006 (LEI) : Cette disposition renvoie par analogie aux dispositions de la LRCPA.

Cela signifie que, pour des dommages causés à des tiers, c'est le Réseau Santé Valais (RSV) qui répond, et que, pour des dommages causés au RSV, la responsabilité de l'administrateur est seulement engagée en cas de faute intentionnelle ou de négligence grave.

Ces questions de responsabilité devront être examinées et élucidées lors de chaque désignation de représentant, et être explicitée dans la lettre de mission ou l'avenant au cahier des charges, comme déjà précisé plus haut (ad article 13).

En corollaire à la question de la responsabilité civile, se pose d'autre part celle de la couverture d'assurance de ce risque.

Cette question, de par sa nature, n'a pas besoin d'être réglée dans une disposition légale mais devra naturellement être examinée et traitée lors de la désignation des représentants également.

Section 3 – Représentation de l'Etat au sein des assemblées générales des personnes morales

Article 17 - Principes

La représentation des droits de participation de l'Etat à des personnes morales ne se limite pas à la représentation au sein de l'organe de haute direction, mais comprend bien entendu la représentation au sein des assemblées générales.

La section 3 traite de cette question.

L'article 17 pose tout d'abord le principe selon lequel l'Etat doit être représenté à toutes les assemblées générales des personnes morales auxquelles il participe. Des exceptions sont cependant admissibles si la représentation ne présente manifestement pas d'intérêt notable pour l'Etat.

Article 18 - Compétences

L'avant-projet, dans un souci de logique et de cohérence, retient, pour la désignation des représentants de l'Etat au sein des assemblées générales, les mêmes règles de compétence que celles valant pour la désignation des représentants au sein des organes de haute direction.

Article 19 – Choix des représentants

Si pour les organes de haute direction, il peut être utile ou fondé que l'Etat choisisse des représentants en dehors de l'exécutif ou de l'administration, la situation est différente en ce qui concerne la représentation au sein des assemblées générales.

L'avant-projet prévoit en conséquence qu'en principe cette représentation est assumée par des magistrats (Conseillers d'Etat) ou par des collaborateurs du département ou du service concerné.

Ces représentants doivent naturellement posséder les connaissances et l'expérience nécessaires.

L'alinéa 3 contient une règle importante en posant que ces représentants doivent être indépendants des représentants de l'Etat au sein de l'organe de haute direction de la personne morale.

Cette norme tend à éviter toute collusion ou tout risque de collusion entre les représentants et donc à garantir que l'exercice des droits liés à la participation à l'assemblée générale soit effectué en toute indépendance par rapport aux représentants à l'organe de haute direction.

Lorsque le représentant à cet organe de haute direction est une personne extérieure à l'exécutif et à l'administration, cette règle ne pose en principe pas de problème. Il peut en aller différemment lorsque le représentant au sein de l'organe de haute direction est un membre de l'exécutif ou de l'administration. Dans ce cas, il conviendra de veiller à ce qu'il n'existe aucune relation hiérarchique entre les deux représentants.

Chapitre 4 : Suivi des participations

Article 20 – Relations avec les représentants au sein des organes de haute direction

Cette disposition précise de manière détaillée les rapports entre l'autorité compétente pour la désignation des représentants, et ces représentants.

Elle prévoit notamment des rencontres qui doivent être organisées au moins une fois par année pour les participations importantes. Elle énumère les principales questions qui doivent notamment être abordées.

En sus des éléments essentiels que constituent la communication des objectifs stratégiques et financiers et leur mise en œuvre, il y a lieu de mentionner les cas de divergences entre les intérêts de l'Etat et ceux de la personne morale, les cas de conflit d'intérêts entre l'Etat et son représentant, ainsi que toutes les questions liées à la rétribution.

Article 21 – Relations avec les représentants au sein des assemblées générales

L'avant-projet pose à cet égard les règles élémentaires selon lesquelles l'autorité doit donner des instructions de vote à ses représentants à l'assemblée générale, et le représentant doit ensuite faire rapport à l'autorité à l'issue de dite assemblée.

Article 22 – Suivi financier

Il est envoyé ici aux explications données à ce sujet plus haut (cf. chiffre 5.6).

Article 23 – Information au Grand Conseil

Conformément à l'article 40, alinéa 1 de la Constitution cantonale, le Grand Conseil exerce la haute surveillance sur les représentants de l'Etat dans les sociétés où le canton a une participation prépondérante.

Pour faciliter cette haute surveillance, l'avant-projet prévoit l'établissement par le Conseil d'Etat de rapports annuels portant sur le suivi des participations les plus importantes.

Il va de soi que, dans le cadre de son pouvoir de haute surveillance, le Grand Conseil peut demander des renseignements complémentaires.

Article 24 - Exceptions

Le chapitre 4 traitant du suivi des participations contient des prescriptions détaillées et relativement exigeantes.

Pour certaines participations d'importance relativement mineure, le strict respect de ces prescriptions pourrait s'avérer disproportionné et peu rationnel. Cela étant, et dans un souci de pragmatisme, l'article 24 prévoit la possibilité de certaines dérogations aux dispositions de ce chapitre pour les participations présentant une importance tout à fait mineure.

Article 25 - Révision

L'utilité d'un organe de révision compétent est évidente. D'autre part, les enjeux économiques et financiers liés aux participations sont très variables et il est difficile en conséquence d'édicter des prescriptions détaillées valant pour toutes les participations.

L'article 25 de l'avant-projet pose en conséquence le principe général selon lequel l'Etat doit veiller à ce que les personnes morales auxquelles il participe soit dotées d'un réviseur externe possédant les qualifications nécessaires à l'accomplissement de ses tâches. Ces qualifications pourront naturellement être différentes selon les caractéristiques des personnes morales concernées.

Chapitre 5 : Dispositions transitoires et finales

Article 26 – Dispositions transitoires

Les dispositions transitoires concernent deux objets distincts, à savoir d'une part les critères de choix des représentants de l'Etat et d'autre part l'élaboration des objectifs stratégiques et financiers.

Pour le premier, l'article 26 prévoit que les critères généraux de choix sont applicables au fur et à mesure des désignations et des renouvellements des représentants de l'Etat, mais au plus tard dans un délai de 4 ans dès l'entrée en vigueur de la présente loi.

Cette solution doit être considérée comme adéquate dès lors que l'on peut admettre que les représentants actuellement en fonction offrent déjà, pour l'essentiel, des garanties non négligeables quant à leurs compétences et à leur disponibilité.

Le deuxième objet nécessite par contre un régime transitoire plus court. En effet, hormis quelques exceptions, il n'existe actuellement pour l'ensemble des participations de l'Etat pas d'objectifs stratégiques et financiers clairement définis.

Cela étant et vu l'importance de cet élément, il est prévu que la détermination de ces objectifs doit intervenir au plus tard dans le délai d'une année dès l'entrée en vigueur de la loi.

Article 27 – Référendum et entrée en vigueur

Cet article contient les dispositions ordinaires traditionnelles concernant le référendum facultatif et des compétences du Conseil d'Etat pour fixer la date d'entrée en vigueur de la loi.

7. Conclusions

Le présent avant-projet tend à réaliser le mandat donné par le Grand Conseil lors de l'acceptation partielle de la motion 1.087 du député Edmond Perruchoud et cosignataires.

Il répond d'autre part au besoin de réglementer de manière claire , détaillée et cohérente les principales questions concernant l'important domaine des participations de l'Etat à des personnes morales.

Cette réglementation devrait permettre une amélioration de la gestion actuelle dans le sens d'une plus grande efficacité, d'un dynamisme renforcé et d'une meilleure transparence.

Sion, le 28 octobre 2009

Au nom du groupe de travail
Le Président :

Gilles de Riedmatten