

Dès que l'on sort du cadre de l'administration elle-même et de quelques entités spécifiques (p.ex. établissement autonome de droit public ou privé), le droit suisse prévoit peu de solutions. On se retrouve rapidement à constituer une société anonyme au sens des articles 620ss du CO dont le ou les actionnaires sont exclusivement ou majoritairement des collectivités publiques. Nous nous intéressons dans cet article aux multiples pièges tendus par la nature même de ces entreprises à cheval entre le monde public et le monde privé, en proposant des solutions raisonnables pour les éviter.

Bases légales, formes juridiques et attentes du secteur public

Des lois fédérales et cantonales prévoient la création de diverses entités et en règlent en principe assez finement leur fonctionnement : Swisscom, RUAG, La Poste, les CFF, les universités, les hôpitaux, les banques cantonales, ... Nous nous intéressons ici uniquement à celles qui revêtent la forme de la société anonyme selon les articles 620ss du CO. Une loi cantonale ou un règlement communal peuvent compléter ou préciser certains aspects, mais ne peut pas déroger aux dispositions du CO.

A la base de la constitution d'une société anonyme en main de collectivités publiques (ci-après : entreprises publiques) il y a une tâche suffisamment régalienne pour que la collectivité s'en préoccupe, mais pas suffisamment pour qu'elle en charge ses fonctionnaires. On peut citer notamment certaines tâches des secteurs de l'énergie, des transports, de la santé, du tourisme... Cette délimitation est floue et varie d'un canton à l'autre et au fil du temps. On peut également aboutir à cette situation lorsque la collectivité publique a été contrainte de reprendre une entreprise afin d'en assurer la pérennité.

Dans tous les cas, la ou les collectivités actionnaires auront des attentes envers la société, telles que :

- La fourniture de prestations ;
- Des attentes financières directes (dividendes, redevances et impôts) ;
- Des attentes financières indirectes, qui généreront des recettes fiscales via les tiers (salariés, population et entreprises bénéficiant des prestations...) ;
- L'appui à une politique spécifique, en matière de transport, d'énergie, de tourisme, d'environnement, etc ;
- D'autres attentes indirectes non financières, liées à des secteurs d'activités, des régions, voir des personnes ;
- D'autres attentes non exprimées, notamment si elles revêtent un caractère politique.

La variété de ces attentes fait écho la variété des rôles que les collectivités jouent en plus d'actionnaires, notamment :

- Législateur, dans la mesure où la collectivité fixe les règles du jeu que la société devra suivre ;
- Régulateur et surveillant, dans la mesure où la collectivité est chargée de vérifier la bonne mise en œuvre de ces règles du jeu ;
- Bailleur, garant, propriétaire ou concédant, autant de variantes pour la mise à disposition des moyens financiers, immobiliers ou techniques nécessaires à la société ;
- Client enfin, pour son propre compte ou comme proxy pour ses citoyens et entreprises.

La clarification et la mise à jour régulière de ces rôles et attentes sont cruciales afin que l'alignement stratégique entre le propriétaire et le Conseil d'administration soit garanti. Ces attentes doivent cependant être en lien avec le statut de société anonyme – qui vise in fine à la création de valeur – et avec les moyens notamment financiers et réglementaires mis à disposition.

Structure de gouvernance

Les règles du jeu de la société anonyme imposent un cadre strict aux collectivités actionnaires: élire les membres du Conseil d'administration, leur confier par là-même la haute direction de l'entreprise, puis se cantonner au rôle d'actionnaire avec tous les droits prévus à titre individuel (droits de l'actionnaire) et collectivement (droits de l'Assemblée générale). Cette approche théorique se heurte cependant à une réalité dans laquelle la collectivité actionnaire tend à s'immiscer plus intimement dans la gouvernance de la société, notamment par le choix des membres du Conseil d'administration.

Très souvent encore ces choix sont davantage dictés par les intérêts de la collectivité actionnaire au détriment de ceux de l'entreprise. La désignation des membres de l'exécutif, de hauts cadres ou de proches est alléchante. A l'échelon fédéral, les règles sont désormais clairement précisées et la séparation des rôles est assurée. Au niveau des cantons, il existe encore des disparités mais dans la plupart des cas, les bases légales ou la pratique des exécutifs cantonaux va dans le bon sens. Au niveau des communes, en revanche, la tendance encore très répandue veut que les membres de l'exécutif communal siègent au Conseil d'administration, provoquant de facto conflits d'intérêts, brèches de confidentialité et le cas échéant inégalité de traitement entre actionnaires.

L'élection des membres du Conseil d'administration, prérogative inaliénable de l'Assemblée générale, doit donc également pour les entreprises publiques se baser sur la proposition du Conseil d'administration, seul à même de cartographier ses besoins et de sélectionner les bons profils. Il en va de même pour le choix de la présidence et de la vice-présidence : une disposition légale ou statutaire réservant cette prérogative à l'Assemblée générale, voire à une collectivité actionnaire même majoritaire, est un signe de la volonté de la collectivité de vouloir maintenir une emprise sur l'entreprise au détriment du rôle du Conseil d'administration. Une telle disposition ne devrait en aucun cas décharger le Conseil de son travail de sélection d'un ou d'une candidate, libre ensuite à l'Assemblée générale ou à la collectivité de suivre ou non cette proposition... et d'en assumer les conséquences.

L'alignement de la durée des mandats avec les périodes législatives, pratique autant agréable qu'historique, devrait être abandonnée au profit de mandats annuels renouvelables, permettant là aussi non pas à la collectivité de régler ses affaires une fois par législature, mais au Conseil d'administration de gérer et planifier sa propre composition.

Communication entre l'entreprise publique et les collectivités actionnaires

Une fois les attentes clairement exprimées et les représentants proprement nommés au Conseil d'administration, reste à régler le délicat sujet de la communication entre les entités. Très souvent, du fait de la nature des tâches de la société et des enjeux de la collectivité, il est illusoire de vouloir s'en tenir au strict rapport annuel accompagnant la convocation à l'Assemblée générale et aux questions posées durant celle-ci. Il convient dès lors de mettre en place un dispositif spécifique dans le respect des contraintes légales. Ce dispositif est influencé notamment par les facteurs suivants :

- Si une collectivité est actionnaire unique, il est possible de prévoir un canal de communication plus souple : l'égalité de traitement entre actionnaires est de facto garantie et l'analogie avec l'Assemblée générale universelle peut justifier certaines situations mêlant information et décision.
- Si l'actionnariat est composé uniquement de collectivités publiques, dans des rôles et proportions similaires (p.ex. un ensemble de communes) : il est possible de formaliser la diffusion d'informations entre la société et ses actionnaires en dehors du cadre de l'Assemblée générale tout en veillant à l'égalité de traitement entre actionnaires. La constitution d'une « Assemblée des présidents » assimilée à un Conseil consultatif est une solution élégante.
- Si en revanche l'actionnariat, bien que majoritairement en mains publiques, comprend des acteurs de natures différentes et en particulier des acteurs privés – on trouve également dans cette catégorie des sociétés cotées en bourse – alors la communication doit être organisée avec soin et sera en général réduite uniquement à des informations vouées à devenir publiques (communiqués de presse).
- Indépendamment des situations de l'actionnariat vues ci-dessus, la communication du point de vue de l'entreprise devrait suivre les règles usuelles et n'être le fait que de la direction générale, des personnes chargées en interne de cette fonction, et exceptionnellement de la présidence. En aucun cas les autres membres du Conseil d'administration ne devraient communiquer avec les actionnaires. Cette règle assure notamment que la communication soit unique et synchronisée, et non pas biaisée du fait des multiples intervenants.

En filigrane, la responsabilité

Le respect de la confidentialité et du secret des affaires, mais également les devoirs de diligence et de fidélité, ne sauraient en aucun cas être réduits sous prétexte qu'il s'agit d'une entreprise publique, que la personne a été désignée par une collectivité publique, ou encore que la personne exerce une fonction aussi bien dans la société que dans la collectivité. La séparation des rôles est donc particulièrement importante au regard de la responsabilité portée par les membres du Conseil d'administration. Rappelons ici que l'article 762 du CO traitant des participations de corporations de droit public et prévoyant à l'alinéa 4 que la corporation se substitue à son représentant sous certaines conditions ne s'applique notamment qu'aux cas où une base légale spécifique existe. L'écrasante majorité des personnes qui siègent dans un Conseil d'administration pour le compte d'une collectivité publique ont en fait été nommées par l'Assemblée générale et répondent personnellement de leurs actions. Ces personnes devraient notamment veiller à leur formation en matière de gouvernance et vérifier la couverture d'assurance D&O dont elles disposent, soit par le contrat de l'entreprise, soit par le contrat de la collectivité publique.

Dans de nombreux cas, la collectivité publique établit une lettre de mission à l'intention de son représentant. C'est une bonne manière de clarifier de nombreux points sur les modalités de fonctionnement, mais son contenu ne pourra en aucun cas

- déroger aux bases légales et réglementaires qui encadrent l'activité de la société, ni
- délier le représentant de sa responsabilité à agir dans l'intérêt de la société et non celui de la collectivité

Ces deux contraintes tendent à diminuer l'importance et donc l'intérêt de ces lettres de mission.

Une gouvernance de moins en moins publique et de plus en plus privée

La liste non exhaustive des pièges potentiels découlant du mélange des genres entre collectivités publiques et entreprises privées devrait inciter à la prudence. Dans la mesure où ces entreprises restent des sociétés anonymes conformément au CO, leur gouvernance ne devrait pas s'écarter des règles de bonnes pratiques. Les collectivités publiques – sous réserve de base légale spécifique – doivent s'en tenir strictement au rôle et au comportement d'un simple actionnaire. La composition des organes doit servir avant tout les intérêts de la société et la communication entre entités doit être organisée en respectant le secret des affaires et l'égalité de traitement entre actionnaires. En s'éloignant le moins possible de ces règles reconnues de bonne gouvernance, la plupart des pièges seront ainsi évités.