

**RAPPORT N° 267** 16 août 2011  
**du Conseil d'Etat au Grand Conseil**  
**sur le postulat N° 2054.09<sup>1</sup> Moritz Boschung/Alex**  
**Glardon concernant la gouvernance d'entreprise**  
**publique (public corporate governance)**

Le rapport qui est soumis comprend les chapitres suivants:

<b>1. RÉSUMÉ DU POSTULAT</b>	<b>1</b>
<b>2. UN VASTE CHAMP D'INVESTIGATION</b>	<b>2</b>
<b>3. LE PATRIMOINE ADMINISTRATIF DU CANTON DE FRIBOURG</b>	<b>2</b>
3.1 La vue d'ensemble	2
3.2 Les entités de droit public les plus importantes	3
3.3 Les entités de droit privé les plus importantes	3
3.4 Les établissements de droit public	4
3.5 Les fondations de droit public	5
3.6 Les fondations de droit privé	5
3.7 Les sociétés d'économie mixte	5
3.8 Les sociétés anonymes et sociétés coopératives pures	5
3.9 Les sociétés anonymes et sociétés coopératives de droit public	6
<b>4. LE NIVEAU POSSIBLE DE CONTRÔLE SUR CHAQUE TYPE D'ENTITÉ</b>	<b>6</b>
4.1 L'objectif poursuivi et son impact sur la «politique du propriétaire»	6
4.2 Le choix de la forme juridique	7
4.3 L'autonomie du droit cantonal: l'exemple de la BCF	7
4.4 Les établissements et les fondations	8
4.5 Les fondations de droit privé	8
4.6 Les fondations de droit public	8
4.7 Les corporations	9
4.8 Les corporations de droit public	9
4.9 Les corporations de droit privé	9
<b>5. UNE ANALYSE COMPARATIVE</b>	<b>10</b>
5.1 La Confédération	10
5.2 Les cantons	11
5.2.1 Argovie	11
5.2.2 Bâle-Campagne	11
5.2.3 Berne	11
5.2.4 Genève	12
5.2.5 Jura	12
5.2.6 Lucerne	12
5.2.7 Valais	12
5.2.8 Vaud	12
5.2.9 Grisons	13
5.3 Les enseignements	13
<b>6. LES INSTRUMENTS JURIDIQUES DE CONTRÔLE A DISPOSITION</b>	<b>13</b>
6.1 Les bases légales (y compris de lege ferenda)	13

6.1.1 La Constitution cantonale	14
6.1.2 Une loi cantonale sur les participations?	15
6.1.3 Le droit public général du fonctionnement de l'Etat	16
6.1.4 Les lois cantonales spéciales	16
6.2 Les statuts des sociétés du droit privé	17
6.3 Les mesures administratives	17
6.3.1 Les représentants de l'Etat	17
6.3.2 L'information	19
<b>7. RÉSUMÉ ET CONCLUSIONS</b>	<b>19</b>

**1. RÉSUMÉ DU POSTULAT**

Le député feu Moritz Boschung et le député Alex Glardon demandent au Conseil d'Etat d'établir un rapport, au titre de la gouvernance d'entreprise publique (public corporate governance) sur l'opportunité d'établir les 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. A l'appui de leur postulat, ils évoquent que l'Etat de Fribourg possède différentes formes de participations à des entreprises, établissements et institutions. Un ou plusieurs conseillers d'Etat siègent aux conseils d'administration des entités concernées. A titre d'exemple, trois (recte: deux) conseillers d'Etat sont membres du conseil d'administration des Transports publics fribourgeois SA (TPF) qui comprend onze membres, alors que pour la Banque cantonale (BCF) un seul conseiller d'Etat siège au conseil d'administration aux côtés de dix (recte: sept) autres membres. Enfin, en ce qui concerne l'Etablissement d'assurance des bâtiments (ECAB), son conseil d'administration de neuf membres est présidé par le Conseil d'Etat et s'agissant de l'Institut agricole de l'Etat de Fribourg à Grangeneuve (IAG), ce dernier dispose d'une commission consultative de onze membres, présidée par un conseiller d'Etat.

Les députés relèvent que ce qui semble aller de soi, selon le paysage politique actuel, a aussi son revers de médaille. Ils estiment que certes le Conseil d'Etat, par sa participation dans les conseils d'administration, a la possibilité de définir ou du moins d'influencer la marche de l'entreprise, avec la réserve que celles-ci, en tout cas partiellement, doivent tenir compte des exigences d'un marché ouvert et dont les objectifs ne correspondent pas nécessairement aux objectifs du Conseil d'Etat, dictés par des contingences politiques en vue de la réalisation du bien commun. Ils en concluent qu'il ne fait aucun doute que le Conseil d'Etat est lié par la stratégie de l'entreprise et que sa marge de manœuvre est ainsi limitée. Le Conseil d'Etat se trouve ainsi dans un double rôle; il est à la fois dans celui du propriétaire et du mandant, qui ont en principe des intérêts divergents à défendre. En qualité de propriétaire, il doit privilégier les plus-values, alors qu'en tant que mandant il doit veiller à la mise en œuvre efficiente du mandat de prestations qui a été attribué.

En se référant à un rapport établi par la Confédération en septembre 2006, les députés constatent que dans la situation actuelle la confusion des intérêts politiques et de la stratégie d'entreprise devrait être évitée et qu'il y a lieu à cet égard que le Conseil d'Etat établisse des critères en vue de défendre ses intérêts et partant des directives en vue de régler ses participations dans les unités extérieures à l'administration.

<sup>1</sup> Déposé et développé le 8 mai 2009, BGC p. 793; réponse du Conseil d'Etat du 1<sup>er</sup> septembre 2009, BCG p. 1812; prise en considération le 8 octobre 2009, BCG p. 1633

## 2. UN VASTE CHAMP D'INVESTIGATION

- La problématique de la gouvernance d'entreprise publique couvre un très large champ d'étude qui a été ouvert depuis plusieurs années par de nombreux ouvrages scientifiques, tant en Suisse qu'à l'étranger. Plusieurs collectivités publiques, dont la Confédération et quelques cantons, se sont déjà saisis de cette thématique sous forme de rapport ou d'études ou encore d'adaptation de leur législation. Cela dit, et pour répondre à la requête des auteurs du postulat, le présent rapport portera sur la question centrale de savoir si et comment l'Etat peut influencer les décisions des entités dans lesquelles il possède des participations financières ou des intérêts propres. Cette question impose d'analyser les éléments successifs suivants:
  - les différentes catégories d'entités que l'Etat «possède»;
  - le niveau de contrôle qu'une collectivité publique peut exercer de manière générale et abstraite sur chaque type d'entité;
  - les instruments juridiques et de contrôle dont l'Etat dispose ou pourrait (devrait) disposer.
- L'énumération des thèmes qu'il est proposé d'appréhender ci-dessus n'épuise de loin pas la problématique de la gouvernance d'entreprise publique. Sont exclues du rapport:
  - le domaine des subventions;
  - l'exercice d'activités étatiques au sein d'associations;
  - le bien-fondé en lui-même des participations de l'Etat;
  - les procédures de décentralisation ou de partenariat privé;
  - les questions internes aux entreprises (organisation, management, contrôle) ou leurs marchés publics;
  - les réglementations qui régissent les droits et obligations de l'Etat en tant que participant ordinaire ou étatique;
  - la responsabilité potentielle de dite collectivité pour ses interventions (directement ou par l'intermédiaire de ses représentants).
- Bien qu'elles ne concernent pas directement la gouvernance d'entreprise publique, plusieurs interventions parlementaires sont proches des différents thèmes abordés. Il s'agit:
  - de la question écrite Louis Duc concernant la répartition inéquitable dans les conseils d'administration;
  - de la motion Pierre Mauron/Andrea Burgener Woefray sur la représentativité politique des conseils d'administration des grandes entreprises détenues par l'Etat;
  - de la motion Nicolas Rime/René Thomet concernant les entreprises publiques transparentes;
  - du postulat Valérie Piller Carrard/Ursula Schneider Schüttel à propos de la représentation des femmes dans les fonctions dirigeantes des grandes entreprises.

Les points spécifiques soulevés par ces interventions seront ainsi examinés dans les options, respective-

ment les solutions qui seront proposées dans le présent rapport, étant évidemment entendu que ces différentes interventions font l'objet d'une réponse individuelle.

- Enfin, eu égard à l'importance du champ d'investigation évoqué ci-dessus, aux différents aspects complexes des questions posées et à l'abondante littérature sur la gouvernance d'entreprise publique, il a été décidé de confier une étude scientifique préalable au professeur Jean-Baptiste Zufferey de l'Université de Fribourg. Le présent rapport s'en inspire largement. Elle a ainsi permis à la fois d'établir un état des lieux et d'étayer les principales conclusions du rapport.

## 3. LE PATRIMOINE ADMINISTRATIF DU CANTON DE FRIBOURG

### 3.1 La vue d'ensemble

#### Patrimoine financier et patrimoine administratif

Le canton de Fribourg détient des parts dans une quarantaine d'entités de droit public ou de droit privé d'une valeur comptable de presque 170 000 000 francs.<sup>1</sup> A peu près 10% de cette somme font partie du patrimoine financier du canton; il s'agit alors des placements financiers dans des actions et des parts sociales de sociétés anonymes ou de coopératives sur la gestion desquelles le canton n'a ni une obligation légale ni la prétention d'avoir de l'influence<sup>2</sup>.

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

La participation du canton dans ces entités du patrimoine administratif résulte du fait qu'elles sont censées aider l'Etat dans l'exécution de ses tâches publiques. En rappelant ce fait, il apparaît comme naturel que l'Etat ait à sa disposition des moyens d'influer sur les décisions stratégiques et sur la gestion de ces entités. C'est donc à leur égard avant tout que valent les analyses dans les paragraphes qui suivent; on ne saurait cependant se focaliser trop sur ces catégories: l'Etat pourra être confronté au problème politique lié à l'une de ses participations même si elle appartient à son patrimoine financier. Il faut au surplus réserver les cas où l'Etat se contente de participer aux

<sup>1</sup> La composition des actifs dans le bilan du patrimoine de l'Etat est régie par l'article 14 de la loi fribourgeoise sur les finances de l'Etat du 25 novembre 1994 (RSF 610.1):

<sup>1</sup> L'actif se compose du patrimoine financier et du patrimoine administratif.

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

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

<sup>2</sup> Au niveau fédéral, la loi sur les finances de la Confédération du 7 octobre 2005 (Loi sur les finances, LFC) prévoit ce qui suit à son article 62 au sujet du placement des capitaux disponibles:

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

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

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

frais de fonctionnement d'entités du patrimoine administratif (exemple: Sanima – Etablissement d'assurance des animaux de rente), de subventionner ou d'octroyer des prêts (exemple: Cremo), mais n'entend pas exercer un rôle actif.

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

### 3.2 Les entités de droit public les plus importantes

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

- Loi du 6 mai 1965 sur l'assurance des bâtiments contre l'incendie et les autres dommages<sup>1</sup>.
- Loi du 7 mai 1996 sur l'Office de la circulation et de la navigation<sup>2</sup>.
- Loi du 19 novembre 1997 sur l'Université<sup>3</sup>.
- Loi du 22 novembre 1988 sur la Banque cantonale de Fribourg<sup>4</sup>.
- Loi du 27 juin 2006 concernant le Réseau hospitalier fribourgeois<sup>5</sup>.

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

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

<sup>1</sup> RSF 732.1.1.

<sup>2</sup> RSF 122.23.7.

<sup>3</sup> RSF 430.1.

<sup>4</sup> RSF 961.1.

<sup>5</sup> RSF 822.0.1.

### 3.3 Les entités de droit privé les plus importantes

Selon ce qui ressort du compte administratif 2010 du canton de Fribourg, la situation est la suivante:

1. L'Etat est actionnaire majoritaire dans deux sociétés anonymes: dans Groupe E, il détient 78,5% des actions pour une valeur nominale de 54 000 000 francs; dans les Transports publics fribourgeois SA (TPF), il détient 56,6% des actions pour une valeur nominale de 9 443 000 francs.
2. Il détient encore d'autres participations importantes comme dans Télégruyère SA (48,0% pour une valeur nominale de 96 000 francs), dans la Société anonyme pour le chauffage à distance du Plateau de Pérolles Placard SA (33,0% pour une valeur nominale de 495 000 francs), dans la SAIDEF (25,2% pour une valeur nominale de 6 800 000 francs), dans Y-Parc SA (23,8% pour une valeur nominale de 50 000 francs), dans la Société de navigation sur les lacs de Neuchâtel et Morat SA (21,0% pour une valeur nominale de 713 380 francs), dans la Société immobilière Grenette SA (19,0% pour une valeur nominale de 190 000 francs) et dans la société Agy Expo SA où sa participation atteint désormais 47,3% (pour une valeur nominale de 8 150 000 francs). A mentionner également la nouvelle société d'économie mixte «Remontées Mécaniques Fribourgeoises SA» qui a été créée en date du 21 décembre 2009 avec un capital-actions de 100 000 francs et dont le canton détient le 40% du capital social. A noter enfin la participation de l'Etat de Fribourg à la société Capital Risques Fribourg SA à raison de 1,833 million (capital social 7,5 millions).

Des participations nouvelles ont été acquises en 2010 dans les sociétés suivantes, à raison de:

- Belgaz SA pour 390 000 francs (65% du capital-action);
- Seed Capital pour 2 000 000 francs.

Pour toutes ces entités, la situation est plus compliquée que pour celles de droit public: alors qu'elles accomplissent d'une manière ou d'une autre une tâche publique (ou sont du moins engagées dans une activité d'intérêt public), leur statut juridique de société anonyme les soustrait à l'autorité directe de l'Etat; l'influence de ce dernier sur leur stratégie et leur gestion se restreint a priori aux droits que le Code des obligations confère aux actionnaires. Techniquement parlant, le droit fédéral des sociétés l'emporte sur le droit public cantonal car il instaure un ordre juridique exhaustif (cf. art. 6 CC).

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

«pas été consulté préalablement sur cet investissement et n'avait pas à l'être». Nonobstant la décision finale de Groupe E de s'abstenir de cet investissement, les débats que le dossier provoqua ont mis en évidence l'utilité de mieux définir les rapports entre l'Etat et les entreprises auxquelles il confie l'exécution de tâches publiques.

### 3.4 Les établissements de droit public

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

1. Archives de l'Etat, Bibliothèque cantonale et universitaire, Conservatoire, Musée d'archéologie, Musée d'art et d'histoire, Musée d'histoire naturelle en vertu de l'article 3 de la loi du 2 octobre 1991 sur les institutions culturelles de l'Etat<sup>1</sup>. Dans ce contexte, on pourrait également mentionner chacun des collèges cantonaux ou encore l'Ecole de culture générale de Fribourg (ECGF) (cf. art. 3 de la loi du 11 avril 1991 sur l'enseignement scolaire supérieur<sup>2</sup>).
2. Banque cantonale de Fribourg (BCF) en vertu de l'article 1 de la loi du 22 novembre 1988 sur la Banque cantonale de Fribourg<sup>3</sup>.
3. Caisse publique de chômage du canton de Fribourg en vertu de l'art. 35 de la loi du 6 octobre 2010 sur l'emploi et le marché du travail (LEMT)<sup>4</sup>.
4. Centre de perfectionnement interprofessionnel (CPI) en vertu de l'article 1 du règlement du 6 juillet 2004 du Centre de perfectionnement interprofessionnel<sup>5</sup>.
5. Ecole du personnel soignant en vertu de l'article 2 de la loi du 21 juin 1994 sur l'Ecole du personnel soignant<sup>6</sup>.
6. Etablissements de Bellechasse en vertu de l'article 1 de la loi du 2 octobre 1996 sur les Etablissements de Bellechasse<sup>7</sup>.
7. Etablissement cantonal d'assurance des bâtiments (ECAB) en vertu de l'article 10 de la loi du 6 mai 1965 sur l'assurance des bâtiments contre l'incendie et les autres dommages<sup>8</sup>.
8. Etablissement cantonal des assurances sociales (qui regroupe les établissements que sont la Caisse cantonale de compensation AVS, la Caisse cantonale de compensation pour allocations familiales et l'Office cantonal de l'assurance-invalidité) en vertu de l'article 1 de la loi du 9 février 1994 d'application de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants et de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité<sup>9</sup>.
9. Gymnase intercantonal de la Broye en vertu de l'art. 2 Convention intercantonale du 9 décembre 2002 sur la

création et l'exploitation du Gymnase intercantonal de la Broye<sup>10</sup>.

10. Haute Ecole fribourgeoise de technique et de gestion (HEF-TG) en vertu de l'article 1 de la loi du 2 octobre 2001 sur la Haute Ecole fribourgeoise de technique et de gestion<sup>11</sup>.
11. Haute Ecole fribourgeoise de travail social (HEF-TS) en vertu de l'article 2 de la loi du 9 septembre 2005 sur la Haute Ecole fribourgeoise de travail social<sup>12</sup>.
12. Haute Ecole pédagogique (HEP) en vertu de l'article 2 de la loi du 4 octobre 1999 sur la Haute Ecole pédagogique<sup>13</sup>.
13. Haute Ecole spécialisée de Suisse occidentale (HESO) en vertu de l'article 5 du Concordat intercantonal du 9 janvier 1997 créant une Haute Ecole spécialisée de Suisse occidentale<sup>14</sup>.
14. Haute Ecole spécialisée santé-social de Suisse romande (HES-S2) en vertu de l'article 5 de la Convention intercantonale du 6 juillet 2001 créant la Haute Ecole spécialisée santé-social de Suisse romande<sup>15</sup>.
15. Institut agricole de l'Etat de Fribourg en vertu de l'article 2 de la loi du 23 juin 2006 sur l'Institut agricole de l'Etat de Fribourg<sup>16</sup>.
16. Office cantonal du matériel scolaire en vertu de l'article 1 de la loi du 13 septembre 2007 sur l'Office cantonal du matériel scolaire<sup>17</sup>.
17. Office de la circulation et de la navigation (OCN) en vertu de l'article 1 de la loi du 7 mai 1996 sur l'Office de la circulation et de la navigation<sup>18</sup>.
18. Réseau fribourgeois de soins en santé mentale (RSFM) en vertu de l'article 4 de la loi du 5 octobre 2006 sur l'organisation des soins en santé mentale<sup>19</sup>.
19. Réseau hospitalier fribourgeois (RHF) en vertu de l'article 4 de la loi du 27 juin 2006 concernant le Réseau hospitalier fribourgeois<sup>20</sup>.
20. Sanima, Etablissement d'assurance des animaux de rente, en vertu de l'article 11 de la loi du 13 février 2003 sur l'assurance des animaux de rente<sup>21</sup>.
21. Services industriels de la Ville de Fribourg en vertu de l'article 1 du règlement du 19 septembre 1988 sur l'organisation des Services industriels de la Ville de Fribourg.
22. Université en vertu de l'article 3 de la loi du 19 novembre 1997 sur l'Université<sup>22</sup>.

<sup>1</sup> RSF 481.0.1

<sup>2</sup> RSF 412.0.1

<sup>3</sup> RSF 961.1

<sup>4</sup> RSF 866.1.1

<sup>5</sup> RSF 423.31

<sup>6</sup> RSF 821.12.4

<sup>7</sup> RSF 341.1.1

<sup>8</sup> RSF 732.1.1

<sup>9</sup> RSF 841.1.1

<sup>10</sup> RSF 412.1.8

<sup>11</sup> RSF 428.4

<sup>12</sup> RSF 428.9

<sup>13</sup> RSF 412.2.1

<sup>14</sup> RSF 428.2

<sup>15</sup> RSF 428.8

<sup>16</sup> RSF 911.10.1

<sup>17</sup> RSF 413.4.1

<sup>18</sup> RSF 122.23.7

<sup>19</sup> RSF 822.2.1

<sup>20</sup> RSF 822.0.1

<sup>21</sup> RSF 914.20.1

<sup>22</sup> RSF 430.1

### 3.5 Les fondations de droit public

Elles aussi peuvent avoir une assise exclusivement cantonale ou intercantonale:

1. Château de Gruyères en vertu de l'article 4 de la loi du 2 octobre 1991 sur les institutions culturelles de l'Etat<sup>1</sup>.
2. Ecole intercantonale de gardes forestiers de Lyss en vertu de l'article 1 al. 2 de la Convention du 21 mars 1968 relative à la création et à l'exploitation de l'Ecole intercantonale de gardes forestiers de Lyss<sup>2</sup>.
3. Ecole supérieure de viticulture, d'œnologie et d'arboriculture et Ecole d'Ingénieurs ETS en viticulture, œnologie et arboriculture de Changins art. 1 des statuts du 20 novembre 1987 de la Fondation «Ecole supérieure de viticulture, d'œnologie et d'arboriculture et Ecole d'ingénieurs ETS en viticulture, œnologie et arboriculture de Changins»<sup>3</sup>.
4. Fondation Bellevue en vertu de l'article 1 de l'arrêté du 1<sup>er</sup> mai 1990 concernant la constitution et l'organisation de la fondation de droit public cantonal «Bellevue» pour l'accueil de personnes handicapées psychiques et mentales<sup>4</sup>; la loi du 3 novembre 2006 abroge la loi concernant la constitution de la fondation de droit public cantonal «Bellevue» pour l'accueil de personnes handicapées psychiques et mentales et constitue un droit de superficie en faveur de la fondation HorizonSud<sup>5</sup>.
5. Fondation d'Hauterive en vertu de l'article 1 de l'arrêté du 27 décembre 1966 concernant l'érection de la Fondation d'Hauterive<sup>6</sup>.
6. Fondation romande pour toxicomanes internés et condamnés en vertu de l'article 1 du règlement du 10 décembre 1987 concernant la Fondation pour toxicomanes internés et condamnés<sup>7</sup>.
7. Fonds d'entraide sociale en vertu de l'article 1 de règlement du 13 décembre 1988 relatif au Fonds d'entraide sociale<sup>8</sup>.

### 3.6 Les fondations de droit privé

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

1. Fondation ASECE – Georges Aegler
2. Fondation franco-suisse pour la recherche et la technologie
3. Fondation Seed Capital Fribourg
4. Fondation suisse pour la recherche en microtechnique (FSRM)
5. Haute Ecole de théâtre de Suisse Romande (HETSR) en vertu de l'art. 6 de Convention intercantonale du

31 mai 2001 relative à la Haute Ecole de théâtre de Suisse Romande<sup>9</sup>

6. Parloca Fribourg, Fondation pour la location-participation
7. Vitrocentre Romont, Centre suisse de recherche sur le vitrail et les arts du verre
8. Vitromusée Romont, Musée Suisse du Vitrail et des Arts du Verre
9. Fondation Espace Jean Tinguely – Niki de Saint Phalle

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

### 3.7 Les sociétés d'économie mixte

Il s'agit des entités dans lesquelles l'Etat possède une participation majoritaire ou renforcée:

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

### 3.8 Les sociétés anonymes et sociétés coopératives pures

Ce sont celles dans lesquelles l'Etat ne possède que des participations minoritaires et sans renforcement de sa position au travers d'une représentation accrue. Le document officiel «Inventaire – Actions et parts sociales – Prêts et participations sociétés d'économie mixte» du 31 décembre 2010 mentionne les éléments suivants, qu'il est difficile de classer; il apparaît en effet que l'Etat est «actif» dans des domaines très divers. Peut-être peut-on néanmoins distinguer en fonction du type de prestations que fournissent les sociétés, entre celles qui sont plus industrielles et celles qui ont une vocation plus financière; ce mode de classification ne tient pas compte de l'importance financière de la participation de l'Etat, qui varie fortement d'une société à l'autre:

1. Bains de la Motta SA; Centre de ramassage et d'identification des déchets spéciaux SA (CRIDEC SA); Chemin de Fer du Lötschberg SA; Compagnie du Chemin de Fer Montreux-Oberland Bernois SA; Coopérative fribourgeoise pour les fromages d'alpage; Espace Gruyère SA; Foire suisse d'échantillons (actuellement: MCH Group SA); Heliswiss Hélicoptère suisse SA; Kompostieranlage Seeland AG; Salines suisses du Rhin SA; Société anonyme pour le chauffage à distance du Plateau de Pérolles PLACAD SA; Société de navigation sur les lacs de Neuchâtel et Morat SA; Société du Tunnel du Grand-St-Bernard SA;

<sup>1</sup> RSF 481.0.1

<sup>2</sup> RSF 921.4

<sup>3</sup> RSF 911.2.31

<sup>4</sup> RSF 834.1.41

<sup>5</sup> RSF 834.1.4

<sup>6</sup> RSF 191.23.31

<sup>7</sup> RSF 342.17

<sup>8</sup> RSF 122.73.61

<sup>9</sup> RSF 428.5

Société immobilière Grenette SA; Sucrerie Aarberg et Frauenfeld SA; Télégruyère SA; Transhelvetica SA; Y-Parc SA.

2. Capital Risque Fribourg SA; Coopérative de cautionnement des Arts et Métiers Fribourgeois (en liquidation depuis le 18 juin 2008) remplacée pour les PME par la Coopérative Romande de cautionnement immobilier; Coopérative Romande de cautionnement pour les PME; Société coopérative paysanne de cautionnement du canton de Fribourg.

### 3.9 Les sociétés anonymes et sociétés coopératives de droit public

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

## 4. LE NIVEAU POSSIBLE DE CONTRÔLE SUR CHAQUE TYPE D'ENTITÉ

En fonction de chaque type d'entité répertorié précédemment, l'Etat peut décider d'exercer un contrôle plus ou moins étroit, notamment lorsqu'il décide de mener une politique du propriétaire. L'autonomie du canton de Fribourg est cependant limitée et ponctuelle.

### 4.1 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.

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

Fort de cette distinction:

1. Pour les entités chargées d'accomplir une tâche publique, elles ont par principe l'obligation de respecter dans leur activité les mêmes principes constitutionnels que ceux qui s'appliquent aux autorités administratives; l'article 35 al. 2 Cst. fédérale prévoit expressément que «quiconque assume une tâche de l'Etat est tenu de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation.» Dès lors et sans égard à l'importance de la participation de la collectivité, une telle

entité ne saurait avoir comme seul but la maximisation de son bénéfice; elle doit poursuivre en même temps l'intérêt public et c'est ce dernier qui prime dans les situations où les deux buts sont incompatibles.

2. Pour les entités qui exercent une activité d'intérêt public (mais sans remplir une tâche publique au sens strict), l'obligation de respecter les droits fondamentaux ainsi que de contribuer à la réalisation de l'intérêt public en question dépendra du niveau d'engagement de la collectivité, et ceci sans référence à la forme juridique de l'entité concernée. C'est ce niveau d'engagement qui déterminera s'il est ou non question pour l'Etat de mener une politique du propriétaire:

- Dans les cas où la collectivité y détient une majorité qualifiée d'au moins deux tiers des droits de vote – dans le canton de Fribourg, c'est le cas pour Groupe E – on peut admettre que l'entité est liée aussi bien par les droits fondamentaux des administrés concernés que par l'intérêt public, puisque la collectivité est en mesure de déterminer seule le résultat de tout vote dans les organes dirigeants (en particulier l'assemblée générale). L'entreprise en question s'apparente dans ces cas à une entreprise étatique et l'Etat peut y développer une politique du propriétaire.

- Si la collectivité n'y détient qu'une majorité simple des droits de vote – c'est le cas des TPF – on doit aussi présumer qu'il existe une obligation pour l'entité de respecter les droits fondamentaux des administrés ainsi que l'intérêt public; en effet, aucune décision ne peut être prise sans l'accord de la collectivité participante, que cet accord soit explicite ou implicite. On peut parler dans ces cas d'une entreprise étatique avec participation privée; l'Etat peut ici aussi y mener une politique du propriétaire ou définir des mandats de prestations.

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

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

prévue ne devraient pas restreindre le but de l'entité à la maximisation de son bénéfice.

## 4.2 Le choix de la forme juridique

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

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

1. Son autonomie résulte de l'octroi de la personnalité 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.
2. 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.
3. Le législateur peut également réserver un pouvoir de nomination à la collectivité ou encore fixer le statut des employés.
4. Le législateur pourra également donner à l'entité externalisée une autonomie financière plus ou moins étendue (simple patrimoine distinct ou libre utilisation des ressources).
5. Finalement, les normes qui fixent la/les tâche(s) externalisée(s) de l'entité concernée peuvent être plus ou moins précises, ce qui fera varier son autonomie administrative, à savoir sa liberté dans l'exécution de ces tâches.

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

## 4.3 L'autonomie du droit cantonal: l'exemple de la BCF

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

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

1. Selon l'article 3a de la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (LB), est réputée banque cantonale toute banque créée en vertu d'un acte législatif cantonal et revêtant la forme d'un établissement ou d'une société anonyme. Le canton doit détenir dans

cette banque une participation de plus d'un tiers du capital et des droits de vote. Il peut garantir l'intégralité ou une partie des engagements de la banque. Une loi au sens formelle, qui règle la création et l'organisation de la banque, est donc nécessaire ainsi qu'une participation qualifiée du canton; la garantie de l'Etat n'est plus exigée. Le législateur cantonal est lié par les conditions de l'article 3 LB qui doivent être remplies afin que la banque en question obtienne son autorisation fédérale. Le législateur cantonal est libre de choisir la forme d'une société anonyme ordinaire (art. 620ss CO), d'une société anonyme au sens de l'article 762 respectivement 763 CO ou encore d'un établissement de droit public.

2. Le canton de Fribourg a choisi de créer un établissement de droit public cantonal (le projet de «privatisation» de la banque n'a jamais été concrétisé). En soi, la participation qualifiée du canton telle qu'exigée par la loi fédérale sur les banques lui permet déjà d'avoir une certaine influence sur les décisions de la banque. Pour la BCF, le législateur cantonal a mis en place le régime suivant:
  - Selon l'article 1 de la loi du 22 novembre 1988 sur la Banque cantonale de Fribourg (LBCF), la banque est une personne morale; elle a donc une autonomie juridique.
  - A l'article 2 LBCF, le législateur a ensuite pu fixer lui-même les buts de la banque, à savoir la contribution au développement de l'économie du canton, le fait de pourvoir aux besoins financiers de la population et de lui fournir la possibilité de placements sûrs de son épargne et de ses capitaux et finalement de procurer des ressources financières au canton. En contrepartie de la garantie fournie par l'Etat, une indemnité à fixer d'entente entre le Conseil d'Etat et le conseil d'administration est prévue (art. 3). L'Etat est chargé de fournir le capital de dotation dont le montant est fixé par le Grand Conseil (art. 5 al. 1 et 2). L'émission de titres de participation est limitée et la garantie de l'Etat ne les couvre pas (art. 5 al. 3).
  - Le législateur cantonal a également fixé le rayon d'activité de la banque (art. 8). L'autonomie de la banque est limitée par l'article 9 qui n'autorise la participation à des entreprises que si elle sert l'intérêt direct de la banque ou de l'économie fribourgeoise ou encore si elle se révèle nécessaire à la consolidation passagère de crédits.
  - Les comptes annuels, accompagnés des rapports du conseil d'administration et de l'organe de révision, sont soumis à l'approbation du Grand Conseil (art. 14).
  - Les organes de la banque sont également déterminés par la loi (art. 15) ainsi que les incompatibilités pour y siéger (art. 16). Les articles 20 à 42 sont tous consacrés à leur description. A l'article 20, la loi établit la composition du conseil d'administration: trois membres sont nommés par le Grand Conseil, trois par le Conseil d'Etat et un par le conseil d'administration lui-même. Les articles 21ss traitent du fonctionnement et des compétences du conseil d'administration, les articles 32ss ont trait à la direction générale, les articles 40ss à l'audit externe et l'article 42 à l'audit interne.

- Le président du conseil d'administration et celui de la direction générale sont tenus d'informer régulièrement la Direction des finances (art. 21 al. 2) et l'audit externe doit présenter un rapport au Grand Conseil (art. 41 al. 3), qui est joint à celui du conseil d'administration en vue de l'approbation exigée par l'article 14.
- Les articles 46ss traitent des comptes, du bilan et de la répartition des bénéfices.
- Finalement, l'article 50 charge le Conseil d'Etat de l'exécution de cette loi.

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

#### 4.4 Les établissements et les fondations

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

#### 4.5 Les fondations de droit privé

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

désignation des membres du conseil de fondation et de leur rôle (sauf la tenue des livres de comptes conformément à l'article 83a al. 1 CC). Le conseil de fondation est un organe exécutif qui tend à réaliser la volonté du fondateur; une fondation n'a pas d'organe «législatif» car elle ne peut pas disposer d'elle-même. Conformément à l'article 55 al. 1 CC, le conseil de fondation représente la fondation et engage sa responsabilité.

Pour connaître les attributions de l'organe supérieur, on se réfère à l'acte de fondation, aux statuts et au contrat qui lie l'organe supérieur à la fondation ainsi qu'à l'article 84 al. 2 CC qui exige que les biens des fondations soient employés conformément à leur destination. En pratique, l'autorité de surveillance guide le choix du fondateur en proposant des modèles au travers de statuts-type. En outre, s'il y a une carence dans l'organisation, l'article 83d al. 1 CC permet à l'autorité de surveillance de prendre les mesures nécessaires, notamment en fixant un délai à la fondation pour régulariser sa situation ou en nommant l'organe qui fait défaut ou un commissaire. Si une réorganisation est impossible, l'article 83d al. 2 CC prévoit la remise des biens à une autre fondation dont le but est aussi proche que possible de celui qui avait été prévu. Si une simple modification de l'organisation est nécessaire, l'article 85 CC est applicable. L'article 86a CC qui est une nouveauté de la révision de 2004 permet au fondateur d'exiger la modification du but de la fondation aux conditions mentionnées. Cependant, le droit de changer de but est limité si la fondation poursuit un but de service public ou d'utilité publique (art. 86a al. 2 CC). Dans ce cas, le nouveau but doit demeurer un but de service public ou d'utilité publique pour des questions fiscales. Selon l'article 95 al. 1 let. i et m de l'ordonnance sur le registre du commerce, tous les membres du conseil de fondation doivent être inscrits au registre, ainsi que l'organe de révision s'il y en a un.

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

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

#### 4.6 Les fondations de droit public

L'organisation et le fonctionnement d'une fondation de droit public vont dépendre de la loi qui est à la base de sa constitution. En vertu de l'article 59 CC, le droit privé ne s'y applique pas. Le législateur peut cependant s'inspirer du régime de droit privé qui, dès lors, déploiera ses effets à titre de droit public supplétif. La fondation de droit public se distingue d'un simple fonds par le fait que le législateur lui octroie la personnalité morale. Le but, l'autonomie et les tâches de la fondation sont également fixés par la loi. La liberté donnée à cet égard au législa-



teur par rapport au régime de droit privé est moins frappante que pour d'autres types d'entités (société anonyme ou société coopérative de droit public) au vu de la grande liberté dont dispose également le créateur d'une fondation de droit privé.

La Fondation d'Hauterive offre un exemple du pouvoir de contrôle que le législateur cantonal peut aménager pour l'Etat<sup>1</sup>: l'arrêté de création fixe à son article 1 le but de cette fondation, puis il établit la composition du conseil de fondation avec son mode d'élection (art. 6: trois représentants de l'Etat et de l'Association des amis d'Hauterive désignés par le Conseil d'Etat plus deux représentants de la communauté bénéficiaire) ainsi que ses pouvoirs (art. 7). En outre, certains actes sont soumis à l'approbation du Grand Conseil et du Conseil d'Etat (art. 7 al. 1 2<sup>e</sup> phr. et al. 2). Des règles relatives au contrôle des comptes sont également prévues (art. 8 al. 2, 9 et 10). Enfin, la législation cantonale fixe les cas de dissolution de la fondation (art. 12).

#### 4.7 Les corporations

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

#### 4.8 Les corporations de droit public

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

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

Les associations de communes (de droit public) visent les cas où des communes s'associent en vue de l'accomplissement de tâches communales (cf. art. 109ss de la loi du 25 septembre 1980 sur les communes<sup>2</sup>). Une fois créée, l'association est une personne morale distincte des communes qui en font parties. Le droit cantonal règle les modalités de création de ce type d'entité; le mécanisme de l'approbation assure un contrôle de la part de l'Etat. Ce n'est pas non plus l'objet du présent rapport.

<sup>1</sup> Arrêté du 27 décembre 1966 concernant l'érection de la Fondation d'Hauterive (RSF 191.23.31).

<sup>2</sup> RSF 140.1.

Le législateur (cantonal ou fédéral) a la faculté de créer une société de droit public sur le modèle de la société anonyme, par un acte de droit public. Il crée alors une personne morale avec un capital, divisé en actions mais à laquelle les règles de droit privé ne s'appliquent pas, sauf éventuellement à titre supplétif par un renvoi prévu dans la loi qui la constitue (ex. art. 1 al. 2 de la loi vaudoise organisant la Banque cantonale vaudoise du 20 juin 1995). L'article 763 CO fixe certaines limites à la liberté du législateur cantonal d'instituer des personnes morales de ce type: il exige que la création se fasse sous forme de loi, qu'une responsabilité subsidiaire du canton soit prévue (sauf si la création a eu lieu avant 1883), que la société ait un but d'intérêt général et que le canton participe à son administration. La base légale en question doit régir entre autres le but, l'organisation et les moyens financiers de l'entité. Les lois spéciales qui créent des sociétés anonymes de droit public utilisent divers vecteurs pour mettre en œuvre l'intervention de l'Etat dans la formation de leur volonté, en particulier: approbation nécessaire, obligation de garantir une majorité à l'Etat, représentants au conseil d'administration; l'indépendance de la société sera plus ou moins importante selon le système choisi.

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

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

#### 4.9 Les corporations de droit privé

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

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

au cas dans lequel ce représentant est délégué sur la base de l'article 762 CO.

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

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

1. Les objectifs poursuivis (en particulier sur le plan économique) sont-ils compatibles avec les caractéristiques d'une société commerciale? (1) Celle-ci est par essence sensée dégager un profit («Gewinnstrebigkeit»); elle n'a donc a priori pas d'exigences morales à satisfaire et n'est pas destinée à satisfaire des besoins qui ne sont pas les siens. (2) Le profit que cette société dégage doit en principe revenir aux actionnaires comme rendement sur leur investissement et rémunération pour les risques qu'ils assument; en cela, le capital social se distingue du capital de dotation que la collectivité met à disposition de ses entités externalisées. (3) La société est construite sur une séparation de principe entre la propriété et le contrôle: les actionnaires délèguent la gestion de leur investissement aux organes de la société. De nombreux mécanismes économiques ont été imaginés et mis en place au cours du temps pour éviter que ces organes privilégient leurs intérêts personnels au détriment de celui de la société; c'est le but en particulier de toutes les formes de rémunération par participation au résultat de l'entreprise.
2. Comment les représentants de la collectivité au sein des organes de la société doivent-ils gérer le risque de conflit d'intérêts? Ce risque existe, même s'il est limité par le fait que la société devrait indirectement poursuivre un intérêt public et qu'il devrait donc y avoir convergence entre intérêt public et intérêt sociétal; c'est en particulier le cas lorsque l'intérêt public a trouvé place dans les statuts qui gouvernent la société. Si ce problème survient néanmoins, les solutions suivantes sont envisageables: (1) entre intérêt sociétal et intérêt public, l'intérêt sociétal doit primer, mais sans pour autant que l'intérêt public soit oublié. (2) En cas de conflits insolubles: si les instructions de la collectivité doivent être suivies par ses représentants, elle encourt le risque que sa responsabilité soit engagée en cas de décision contraire à l'intérêt sociétal; si elle admet qu'ils ne suivent pas les instructions reçues, on risque d'imputer à la collectivité des choix qu'elle n'a pas faits. Dans les deux cas, la position de la collec-

tivité n'est donc pas sans risque dès l'instant où il y a divergence entre intérêt public et intérêt sociétal. C'est sur cette divergence que la collectivité doit travailler et en tirer les conclusions qui s'imposent, au besoin renoncer à sa participation. Si elle la maintient, elle devra prendre soin de faire inscrire dans les statuts de la société l'intérêt public à poursuivre (champ d'activité et mode d'activité) et sa priorité par rapport à l'objectif de dégager des bénéfices; les représentants de la collectivité au sein du conseil d'administration pourront agir en conformité avec leur «mission» sans s'exposer eux-mêmes ou la collectivité à responsabilité. Il serait par contre illusoire de vouloir régler la question en insérant dans les statuts de la société un droit pour les représentants de la collectivité de privilégier l'intérêt public et de n'en subir aucune conséquence en termes de responsabilité.

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

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

3. Quelles sont les informations que la collectivité peut/doit recevoir de ses représentants au sein de la société? Elle doit nécessairement être informée – au moins dans une certaine mesure – afin qu'elle puisse donner ses directives. Cependant, ce devoir d'information ne doit pas dépasser le cadre de l'intérêt public que la société a pour but de réaliser; il est en outre assujéti au respect du droit impératif, en particulier lorsqu'il s'agit d'une société cotée en bourse.

## 5. UNE ANALYSE COMPARATIVE

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

### 5.1 La Confédération

Le 13 septembre 2006, le Conseil fédéral a adopté un rapport sur le gouvernement d'entreprise<sup>1</sup>. Suite à ce rapport, quatre postulats ont été déposés, qui ont généré en 2009 un rapport complémentaire sur le même sujet<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Rapport du Conseil fédéral du 13 septembre 2006 sur l'externalisation et la gestion des tâches de la Confédération, FF 2006, p. 7799 ss (ci-après: Rapport 2006).

<sup>2</sup> Rapport du Conseil fédéral du 25 mars 2009 complétant le rapport sur le gouvernement d'entreprise – Mise en œuvre des résultats des délibérations au sein du Conseil national, FF 2009, p. 2299 ss (ci-après: Rapport 2009).

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

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

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

Suite à un postulat de l'une des commissions de gestion du Parlement<sup>1</sup>, le rapport 2009 a développé la problématique de la représentation de la Confédération au sein des conseils d'administration. Deux aspects en particulier sont traités: (1) l'accès privilégié aux informations que génère la participation; (2) les conflits entre les intérêts de la Confédération et ceux de la société en question. Pour ce qui est de la transmission d'informations, il convient de tenir compte des limites que fixent le droit de la société anonyme (art. 717 al. 2 CO) et le droit des marchés financiers (art. 1 LBVM). En ce qui concerne les conflits d'intérêts, la Confédération prévoit la primauté de l'intérêt sociétal. En outre, elle estime que le risque de conflit est minime car la présence de la Confédération s'explique par un intérêt public qui doit se refléter dans

<sup>1</sup> Postulat de la Commission de gestion du Conseil national du 23 novembre 2007, n° 07.3772.

les statuts de la société; l'intérêt public et celui de la société devraient donc converger.

En mars 2010, une initiative parlementaire a été déposée qui demande à la Confédération d'approfondir la façon dont le Parlement doit assurer sa tâche de haute surveillance. Le Conseil fédéral devra dans ce cadre établir des objectifs stratégiques qui seront le point de rattachement de cette surveillance. Le Parlement pourra participer à l'élaboration de ces objectifs. Enfin, l'initiative propose d'uniformiser les rapports du Conseil fédéral<sup>2</sup>.

## 5.2 Les cantons

Ceux qui suivent sont ceux qui se sont particulièrement préoccupés de leur possibilité d'exercer un contrôle sur les entités qu'ils détiennent ou auxquelles ils participent:

### 5.2.1 Argovie

Afin d'assurer une gestion uniforme de ses participations, le canton d'Argovie a édicté en 2007 des «lignes directrices»<sup>3</sup>. Elles règlent les rapports entre le canton et ses participations, fixent les conditions de participation et décrivent quelle structure institutionnelle est nécessaire. En particulier, elles exigent un «rapport de participations» annuel. En outre, les buts et les stratégies doivent être arrêtés, en tenant compte des intérêts du canton; ils doivent ensuite être régulièrement évalués (R 16). La transparence est assurée grâce à un droit d'accès aux documents importants (R 20). Par contre, ces lignes directrices ne prévoient aucun droit de donner des instructions aux représentants du canton.

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

### 5.2.2 Bâle-Campagne

Le canton de Bâle-Campagne a édicté une «ordonnance» qui est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2009. Cette ordonnance établit le rôle des autorités (§ 4–7), règle la gestion des participations cantonales (§ 8–22) et la représentation du canton (§ 23–28).

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

### 5.2.3 Berne

Le canton de Berne a adopté en 1995 des «principes régissant les relations entre le canton et ses entreprises

<sup>2</sup> Initiative parlementaire. Instrument parlementaire concernant les buts stratégiques des unités indépendantes. Rapport explicatif de la Commission des finances du conseil national du 29 mars 2010, FF 2010, p. 3057ss.

<sup>3</sup> Richtlinien zur Public Corporate Governance (PCG-Richtlinien) du 7 mars 2007.

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

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

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

#### 5.2.4 Genève

En s'inspirant des lignes directrices définies par la Confédération (ci-dessus ch. 5.1) et les organisations internationales comme l'OCDE, le canton de Genève a élaboré un projet de «loi» qui vise la réforme de la gouvernance et du contrôle des établissements de droit public. Il s'agit d'un projet qui vise les principaux établissements et fondations de droit public juridiquement autonomes, qui exécutent une tâche relevant du droit cantonal et qui sont soumis à la surveillance du Conseil d'Etat. Le but visé est un contrôle et une surveillance cohérente de ces entités.

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

#### 5.2.5 Jura

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

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

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

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

#### 5.2.6 Lucerne

En 2007, le canton de Lucerne a adopté des «directives» de corporate governance (arrêté n° 1630). Ce texte n'est

pas accessible au public. Il est par ailleurs dépassé: sur ce thème de discussion permanent dans le canton, un projet de législation est en cours au moment de la rédaction du présent rapport.

#### 5.2.7 Valais

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

Le canton du Valais a aussi élaboré en 2009 un avant-projet de «loi» sur ses participations dans des personnes morales. Cet avant-projet détermine les conditions d'acquisition et d'aliénation des participations (art. 3–5), il réglemente la représentation du canton au sein des organes des personnes morales (art. 6–19) et il prévoit un suivi financier de ces participations (art. 20–25). Une loi sur la participation de l'Etat à des personnes morales et autres entités a été acceptée par le Grand Conseil le 7 mars 2011.

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

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

#### 5.2.8 Vaud

La Constitution du canton de Vaud prévoit à son article 108 que le Grand Conseil décide de la participation du canton aux personnes morales. Les articles 161ss de la Constitution règlent le régime des finances du canton; dans ce contexte, l'article 162 al. 1 prévoit que le canton et les communes peuvent participer à des personnes morales ou en créer, en ajoutant dans une deuxième phrase que les modalités de contrôle de ces personnes morales sont fixées par la loi.

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

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

En ce qui concerne la représentation au sein de la haute direction des personnes morales, le Conseil d'Etat est chargé de fixer les objectifs stratégiques et financiers à

<sup>1</sup> RSV 610.20.

atteindre et de les communiquer à ses représentants, voire à la personne morale elle-même (art. 6, 11 et 15 let. a). Les représentants doivent périodiquement établir un rapport de leur activité et faire état des éventuels conflits d'intérêts (art. 15).

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

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

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

### 5.2.9 Grisons

En septembre 2010, le Conseil d'Etat a publié un rapport concernant la mise en œuvre de la «public corporate governance» accompagnée d'un projet d'ordonnance<sup>1</sup>.

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

Les explications relatives à la représentation du canton sont très percutantes: ce n'est qu'exceptionnellement que des représentants du canton pourront encore siéger dans les conseils d'administration des entités concernées, en raison du risque de conflit d'intérêts et de confusion des rôles, lié à toute situation d'auto-contrôle.

### 5.3 Les enseignements

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

<sup>1</sup> Message au Grand Conseil, cahier N° 6/2010–2011 (également disponible sur le site Internet du canton des Grisons).

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

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

1. Deux approches sont possibles dans le contrôle des entités décentralisées: (1) l'une repose sur la transparence (reporting vers le canton et accès de ce dernier à l'information); c'est le cas en particulier dans le canton d'Argovie, voire également Bâle-Campagne et Berne. (2) L'autre approche est plus incisive: elle entend à gérer les intérêts du canton non seulement au moyen d'une étroite communication entre les autorités et les représentants mais également par l'obligation faite à ces derniers de respecter les buts et les instructions que le canton fixe (ainsi Jura, Valais, Vaud).
2. Les systèmes mis en place ne permettent pas de garantir une gestion de la société dans le sens voulu par la collectivité. En effet, la transparence ne contraint nullement la société à agir d'une certaine manière, si ce n'est très indirectement au travers d'une certaine pression publique (qui reste aléatoire). Quant aux instructions données aux représentants, elles ne permettent pas de garantir un résultat car les décisions au sein des sociétés, des instituts et des fondations se prennent en général à la majorité.
3. Le problème des conflits d'intérêts potentiels souvent n'est pas traité. Les textes élaborés dans les cantons romands en particulier (Jura, Valais, Vaud) établissent un système de communication qui permet de déceler ces éventuels conflits, mais ils ne disent pas comment ils doivent être réglés. Peut-être ces cantons considèrent-ils que l'intérêt public doit l'emporter sur la base du droit public cantonal et de l'objectif qu'il définit pour chaque entité. La Confédération a elle esquissé une certaine solution: elle fait primer l'intérêt sociétal; il s'ensuit cependant une réduction correspondante de ses possibilités d'influencer dans le sens de l'intérêt public les décisions de l'entité concernée.

## 6. LES INSTRUMENTS JURIDIQUES DE CONTRÔLE A DISPOSITION

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

### 6.1 Les bases légales (y compris de lege ferenda)

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

### 6.1.1 La Constitution cantonale

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

L'article 54 règle l'accomplissement de tâches étatiques par des tiers; il en consacre la possibilité et les conditions (légalité et intérêt public). Les alinéas 2 et 3 sont par contre très sommaires: la surveillance de la collectivité existe pour les tâches étatiques déléguées, mais sans que la Constitution n'en définisse l'ampleur, l'objectif et les modalités; aucune surveillance n'est prévue pour les participations dans des entités privées. Il serait sans doute possible d'introduire une disposition à cet effet, si le canton voulait renforcer l'obligation de l'Etat de surveiller plus directement la gestion de ses participations dans des sociétés et de ses établissements. Plusieurs cantons ont procédé dans ce sens, avec des formulations diverses. En voici quelques exemples, dont le contenu est assez disparate et qui parfois ne va pas beaucoup plus loin que l'article 54 précité:

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

#### **B. Übertragung öffentlicher Aufgaben**

##### **Art. 98**

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

<sup>2</sup> Die Übertragung einer kantonalen Aufgabe erfolgt durch Gesetz.

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

<sup>4</sup> In den betreffenden Erlassen sind zu regeln:

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

##### **Art. 99**

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

<sup>2</sup> Dieses prüft regelmässig die Qualität und die Wirtschaftlichkeit der Auftrags Erfüllung.

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

#### **§ 14 Übertragung von Aufgaben**

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

<sup>2</sup> Sie können Organisationen des öffentlichen und des privaten Rechts schaffen oder sich daran beteiligen.

<sup>3</sup> Das Gesetz stellt den Rechtsschutz und die Aufsicht sicher.

#### **§ 15 Überprüfung der Aufgaben**

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

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

#### **Art. 108 Participations**

<sup>1</sup> Le Grand Conseil décide de la participation de l'Etat aux personnes morales.

<sup>2</sup> La loi prévoit des exceptions.

#### **Art. 162 Participations**

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

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

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

#### **Art. 78 Référendum facultatif**

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

...

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

#### **Art. 84 Autres compétences**

Sous réserve des droits du peuple, le Parlement:

...

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

#### **Art. 92 Autres compétences**

<sup>1</sup> Le Gouvernement, sous réserve des compétences du peuple et du Parlement:

...

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

#### **Art. 128 Autres établissements**

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

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

1. Le problème auquel le canton est confronté n'est pas de créer de nouvelles entités ou de prendre de nouvelles participations dans des sociétés existantes, mais uniquement de s'assurer que les participations et établissements qu'il possède déjà sont gérés de manière adéquate. Le Conseil d'Etat est compétent à cet effet, en tant que gestionnaire du patrimoine administratif cantonal (cf. art. 110 de la Constitution). Une base légale supplémentaire et spécifique n'est donc pas une condition préalable à cette intervention.
2. Le Constituant de 2004 n'a pas voulu donner au législateur la tâche impérative de légiférer de manière globale sur les participations de l'Etat et les modalités de leur contrôle. Si, dans l'optique de cette volonté exprimée il n'y a que peu d'années, le gouvernement n'entend pas lancer une procédure de législation globale sur les participations et les établissements cantonaux, il n'y a guère de motif juridique pour réviser la Constitution.
3. Comme déjà exposé et en comparaison d'autres cantons (en particulier Vaud), le canton de Fribourg ne possède que peu de participations importantes, de sorte qu'une approche pragmatique et ponctuelle des questions liées à leur contrôle peut suffire à les solutionner. A cet effet, une base constitutionnelle spécifique n'est pas indispensable.

### 6.1.2 Une loi cantonale sur les participations?

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

1. S'il s'agit de contrôler les participations, ces lois instaurent des instruments tels que ceux décrits au chapitre des mesures administratives (ci-après ch. 6.3).
2. Lorsque le but de la loi est la gouvernance des institutions de droit public (établissements et fondations), elle prévoit en règle générale (1) des contrôles de qualité de la gestion, notamment en conférant au Conseil d'Etat des pouvoirs similaires à ceux de l'assemblée générale d'une société anonyme (approbation des états financiers et des rapports d'activité; nomination de l'audit externe; fixation des objectifs stratégiques et conclusion des contrats de prestations); (2) des mécanismes administratifs de contrôle de l'atteinte des objectifs de ces institutions (comme ils se pratiquent dans d'autres domaines de l'activité étatique, par exemple celui des subventions); (3) des principes de gouvernance (composition des organes; mode de désignation par le canton; professionnalisation et absence de représentation politique); (4) des règles relatives à la rémunération des organes et à la politique du personnel.

Le canton de Fribourg ne possède pas une telle législation générale et abstraite. Il serait juridiquement possible

de la mettre en place, à l'instar de ce qui vaut pour une disposition constitutionnelle. On ne saurait par contre en conclure pour autant qu'une telle législation serait nécessaire:

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

problème particulier de gouvernance, il a toujours la possibilité d'entreprendre une modification de la loi en question.

6. Le droit public fribourgeois relatif au fonctionnement de l'Etat en général contient d'ores et déjà des dispositions ponctuelles qui – si nécessaire – pourront servir de base légale à la stratégie du propriétaire que le gouvernement voudrait mettre en place.
7. Enfin et même si les moyens légaux à disposition de l'Etat pour influencer sur une décision d'une entité privée dont les activités relèvent de l'intérêt public sont limités, rien ne l'empêche de communiquer publiquement son avis, ni de faire jouer à cet égard son influence sur l'opinion publique.

### 6.1.3 Le droit public général du fonctionnement de l'Etat

Seul le droit cantonal est en main du législateur fribourgeois et donc susceptible d'être utilisé comme vecteur pour une politique des participations de l'Etat ainsi que de ses établissements. Il s'agit premièrement du droit public général (traité ici), puis du droit public spécial (ci-après ch. 6.1.4).

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

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

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

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

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

2. La nouvelle loi du 9 septembre 2009 sur l'information et l'accès aux documents permet, si nécessaire, d'accroître encore le contrôle sur les entités décentralisées, non seulement par le Conseil d'Etat mais aussi par le politique et le public: à l'instar de ce qui vaut dans la législation fédérale sur la transparence, l'article 2 let. b LInf englobe dans son champ d'application les «entreprises privées en main de l'Etat». (2) Les arti-

cles 8 à 10 traitent de l'étendue du devoir d'informer.

(3) L'article 13 régit le registre des intérêts des membres du Grand Conseil, du Conseil d'Etat, des préfets et des conseillers communaux.

3. En son état, la loi cantonale sur les finances – même avec sa révision au 1<sup>er</sup> janvier 2011 pour l'adapter au nouveau modèle comptable harmonisé – ne contient pas de véritable instrument de controlling (fixation des buts, planification des mesures pour y parvenir, conduite et contrôle de l'activité étatique) au-delà du seul contrôle financier fondé sur les articles 48ss de la loi cantonale sur les finances de l'Etat. Or, un tel controlling pourrait aussi englober les participations de l'Etat et ses établissements.

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

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

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

...

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

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

### 6.1.4 Les lois cantonales spéciales

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

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

C'est sur la base de ces législations spéciales que le canton pourra très librement fixer spécifiquement à chaque entité concernée des objectifs stratégiques, un périmètre d'activité, un régime d'approbation de certaines décisions, des droits d'instruction et d'information, un man-



dat de prestation, un budget et des conditions financières, tous instruments de mise en œuvre d'une politique du propriétaire. Ce faisant, le canton installera un régime de conduite et de contrôle ad hoc, qui irait au-delà du statut minimal fondé actuellement sur l'article 4 al. 2 LOCEA.

## 6.2 Les statuts des sociétés du droit privé

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

1. En vertu de l'article 620 al. 3 CO, il peut poursuivre avec une société anonyme de droit privé des buts qui ne sont pas ou pas exclusivement de nature économique. On en trouve des exemples dans les sociétés concessionnaires de biens du domaine public (forces hydrauliques) ou les sociétés en charge touristique et culturel (ainsi Greater Zurich SA). Les sociétés fribourgeoises ont toutes utilisé cette marge de manœuvre lorsqu'elles ont défini leur but (ainsi les TPF ou Groupe E à l'art. 2 de leurs statuts).
2. Les articles 654ss CO permettent de constituer à travers les statuts (en faveur de la collectivité publique) des actions privilégiées; les privilèges peuvent porter sur les droits de vote ou sur les droits patrimoniaux. En Suisse (et donc aussi dans le canton de Fribourg), l'ordre juridique ne fait pas obstacle à ces modalités, contrairement au droit de l'Union européenne qui interdit désormais les «Golden Shares» que les États membres s'aménagent lors des grandes privatisations; il considère qu'il s'agit d'un obstacle à la libre circulation des capitaux car les investisseurs privés sont de facto découragés d'investir dans ces sociétés.
3. L'article 698 al. 1 CO désigne l'assemblée générale comme pouvoir suprême de la société. Même si l'article 716a al. 1 ch. 1 CO fixe des «attributions intransmissibles et inaliénables» au conseil d'administration, les pouvoirs attribués à l'assemblée générale par la loi sont suffisants pour assurer le contrôle des actionnaires sur la société. Plus encore en vertu de l'article 698 al. 2 ch. 6 CO, les statuts de la société anonyme peuvent réserver les compétences de l'assemblée générale pour des décisions autres que celles que la loi énumère; c'est ce que fait l'article 8 des statuts de Groupe E (décisions réservées).
4. Les articles 703ss CO permettent aux statuts d'instaurer des majorités qualifiées pour la prise de décisions autres que celles que le Code des obligations énumèrent (cf. par exemple l'art. 14 des statuts de Groupe E). C'est un moyen pour la collectivité non majoritaire (mais minoritaire importante) de protéger ses intérêts. Ces règles de majorité plus forte ne peuvent cependant être adoptées qu'à la majorité prévue.
5. C'est à travers les statuts que la collectivité publique actionnaire d'une société de droit privé exprime sa volonté de bénéficier d'une représentation privilégiée au sens de l'article 762 al. 1 CO.

Ces vecteurs de contrôle à disposition de la collectivité publique sont importants et en principe suffisants pour assurer la mise en œuvre de sa politique de propriétaire, respectivement pour minimiser les risques que les représentants de l'Etat se trouvent en situation de conflit d'in-

térêts (ainsi par exemple dans le cas de Groupe E lors des récentes décisions d'investissement à l'étranger). Il faut cependant que la collectivité veuille bien être un propriétaire actif et en faire usage; c'est ce qu'impose expressément au Conseil d'Etat vaudois l'article 2 de la loi sur les participations à des personnes morales.

A mentionner dans ce contexte encore les conventions d'actionnaires, qui permettent à plusieurs collectivités (chacune minoritaire) de renforcer leurs droits et leur position. Ces conventions se pratiquent fréquemment dans le cas où les collectivités intéressées s'engagent financièrement pour sauver une entreprise ou une branche économique en les recapitalisant.

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

## 6.3 Les mesures administratives

Le qualificatif «administratif» convient pour les désigner: à l'instar de ce qui est le cas dans d'autres cantons, le canton de Fribourg pourrait les mettre en œuvre sur la base d'une ordonnance administrative du Conseil d'Etat (directives, lignes directrices) ou même tout simplement au travers de solutions pragmatiques dans chaque cas concret (le cas échéant sur la base de Gentlemen Agreements avec les entreprises concernées).

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

### 6.3.1 Les représentants de l'Etat

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

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

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

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

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

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

- Les membres du gouvernement. Cette solution présente des avantages et des inconvénients. Au chapitre des avantages: prise en compte directe des aspects politiques et de la responsabilité qui les accompagne; poids prépondérant du représentant au sein de l'organe suprême de l'entreprise; la compétence et les connaissances, ainsi que la proximité des activités, permettent une bonne compréhension par l'ensemble du conseil d'administration des exigences et des attentes de l'Etat actionnaire. Pour ce qui est des inconvénients: risque de responsabilité pour le canton; charge de travail; le gouvernement est très exposé aux opinions politiques (exemple-type: la construction d'une nouvelle centrale nucléaire). Ce risque de politisation est particulièrement gênant lorsque l'entité a été externalisée justement dans le but de la soustraire aux influences politiques; c'est ce qui a motivé certains cantons à exclure toute représentation par les membres du gouvernement, voire de l'administration et du parlement (exemples: Argovie, principe R13; projet des Grisons).
- Les collaborateurs/trices de l'administration. Outre qu'ils disposent des avantages similaires à ceux des membres du Gouvernement, ils ne sont guère soumis aux pressions de l'opinion publique et aux constellations politiques; ils apportent en général des compétences techniques. Par contre, leur position hiérarchique sera moins haute au sein d'un conseil d'administration, le risque de responsabilité demeure pour le canton et ils peuvent aussi être pris dans des conflits de fonction (qu'une organisation administrative adéquate permet cependant de minimiser).
- Les mandataires tiers externes. C'est un moyen pour l'Etat de «s'acheter» des compétences; ils ne génèrent a priori aucun conflit de fonctions ni aucun risque de responsabilité pour le canton s'ils agissent dans les limites de la représentation de l'article 707 al. 3 CO et si le canton n'a pas convenu avec eux d'une couverture de responsabilité. Ces mandataires présentent cependant aussi des inconvénients: risque accru (surtout pour des managers issus du secteur privé) qu'ils négligent l'intérêt public au profit d'objectifs de rentabilité; nécessité de fixer

contractuellement leurs obligations de reporting et les instructions qu'ils doivent suivre.

- Les parlementaires (qui sont alors en principe aussi des mandataires tiers externes). Le risque est ici qu'il y ait une violation du principe de la séparation des pouvoirs. Pour cette raison, la Confédération y voit un cas d'incompatibilité ad personam (cf. art. 14 de la loi sur le parlement). D'autres cantons comme Genève pratiquent couramment et officiellement cette représentation politique. Le canton de Fribourg est confronté au fait que le Grand Conseil est compétent pour nommer les représentants de l'Etat, en vertu de certaines lois spéciales; dans ces cas, on ne voit guère sur quelle base le gouvernement pourrait ensuite leur imposer une lettre de mission.
- L'acte de désignation: il sera en principe de la compétence du Conseil d'Etat (ou de la direction à laquelle il décide de déléguer cette tâche). Si la loi spéciale applicable à l'entité considérée réserve cette compétence au Grand Conseil, c'est avant tout pour des motifs politiques et non pas juridiques ou de controlling.
- La durée de la représentation: (1) une durée maximale devrait être fixée (par exemple 3 ou 5 ans); (2) le Conseil d'Etat conserve le pouvoir de relever en tout temps un représentant de sa mission; (3) s'il s'agit d'un agent de l'Etat, il est relevé de sa mission dès l'instant où il quitte sa fonction; (4) ces principes n'ont qu'une portée «interne» à l'Etat: la durée statutaire ou légale d'une désignation au sein d'un conseil d'administration, d'institut ou d'établissement reste applicable. Selon la tendance actuelle, cette durée est d'une année (reconductible).
- La représentation «hommes-femmes»: c'est un fait avéré que dans les entités de droit privé comme dans celles du droit public ou semi-public, les femmes sont pour le moins peu représentées. Ce n'est pas l'objet du présent rapport d'analyser cette situation. En revanche dès lors que le principe d'égalité est élevé au titre de principe constitutionnel aussi bien au niveau fédéral que cantonal, cette exigence de la parité «hommes-femmes» devra être prise en compte dans les mesures administratives dont il est question et à l'instar de ce qui a été fait dans le règlement du 31 octobre 2005 sur l'organisation et le fonctionnement des commissions de l'Etat. A signaler toutefois que cette question devra être examinée aussi en relation avec les autres critères énumérés ci-dessus, dans la mesure où le choix du ou des représentant(s) pourra être déterminé à la fois selon les compétences liées à une fonction étatique et par la ou les personnes en charge d'une fonction en relation avec les activités déployées par l'entreprise en cause.
- La représentation politique: cette question est liée à la fois à l'autorité publique qui est chargée de désigner les représentants de la collectivité publique et du mandat qui leur est confié, et des objectifs poursuivis par les entreprises. Ceux-ci peuvent être prioritairement de nature commerciale orienté vers le profit, de telle sorte que l'exigence d'une répartition politique équitable apparaît moins s'imposer. Dès lors que la mission confiée à l'entreprise répond à un intérêt public prépondérant, les principes constitutionnels devront être respectés. Ainsi, une représentation politique proportionnelle s'impose d'autant plus si les délégués de la

corporation étatique, selon la législation sont désignés par le pouvoir législatif.

## 2. Les instructions données aux représentants:

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

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

### 6.3.2 L'information

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

pour les membres du Conseil d'Etat ou de l'administration cantonale.

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

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

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

## 7. RÉSUMÉ ET CONCLUSIONS

Fort de cette analyse, le Conseil d'Etat propose les options suivantes:

1. En l'état, aucun acte constitutionnel ou législatif nouveau ne sera 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. Il n'est pas non plus envisagé en l'état de modifier par exemple la loi du 16 octobre 2001 d'organisation du Conseil d'Etat et de l'administration (RSF 122.0.1).
2. En revanche, les dispositions en la matière pourraient faire l'objet de directives gouvernementales. Elles 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.

3. A titre subsidiaire, les directives à élaborer pourraient s'appliquer aux entités de droit public ou mixtes qui sont régies par une loi spéciale. Elles pourront être prises en compte lors de l'application de dite législation. Dans le contexte d'une «politique du propriétaire», le Conseil d'Etat peut par exemple définir la marge de manœuvre pour les décisions stratégiques.

4. Les dites directives, en particulier dans le sens des considérations de ce rapport, porteraient principalement sur le choix des représentants de l'Etat et l'information du Conseil d'Etat (cf. pt 6.3.1 et 6.3.2 ci-dessus).

Seraient également traités les points suivants:

- la définition du mandat du ou des représentants de l'Etat et des instructions y relatives;
- les relations de l'Etat et de ses représentants;
- la rémunération des représentants étatiques et les modalités de publication y relatives;
- la concrétisation de l'information du Conseil d'Etat par les représentants de l'Etat, conformément à l'article 54, al. 2 LOCEA;
- les modalités d'intervention, d'exécution des mandats et de reporting (élaboration de lettre de mission);
- la représentation «hommes-femmes»;
- la représentation politique.

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

**BERICHT Nr. 267** *16. August 2011*  
**des Staatsrats an den Grossen Rat**  
**zum Postulat Nr. 2054.09<sup>1</sup> Moritz Boschung/Alex**  
**Glardon über die Public Corporate Governance**

Der Ihnen unterbreitete Bericht ist in folgende Kapitel unterteilt:

<b>1. ZUSAMMENFASSUNG DES POSTULATS</b>	<b>20</b>
<b>2. EIN BREITES UNTERSUCHUNGSFELD</b>	<b>21</b>
<b>3. DAS VERWALTUNGSVERMÖGEN DES KANTONS FREIBURG</b>	<b>22</b>
3.1 Überblick	22
3.2 Die wichtigsten Einheiten des öffentlichen Rechts	22
3.3 Die wichtigsten Einheiten des privaten Rechts	22
3.4 Öffentlich-rechtliche Anstalten	23
3.5 Öffentlich-rechtliche Stiftungen	24
3.6 Die privatrechtlichen Stiftungen	24
3.7 Die gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften	25
3.8 Die reinen Aktiengesellschaften und Genossenschaften	25

<sup>1</sup> Eingereicht und begründet am 8. Mai 2009, TGR S. 793; Antwort des Staatsrats vom 1. September 2009, TGR S. 1812; Erheblicherklärung am 8. Oktober 2009, TGR S. 1633

3.9 Die öffentlich-rechtlichen Aktiengesellschaften und Genossenschaften	25
<b>4. DAS MÖGLICHE AUSMASS DER KONTROLLE ÜBER DIE VERSCHIEDENEN EINHEITEN</b>	<b>25</b>
4.1 Das gesetzte Ziel und dessen Einfluss auf die «Eignerpolitik»	25
4.2 Die Wahl der Rechtsform	26
4.3 Die Autonomie des kantonalen Rechts: das Beispiel der FKB	26
4.4 Die Anstalten und die Stiftungen	27
4.5 Die privatrechtlichen Stiftungen	27
4.6 Die öffentlich-rechtlichen Stiftungen	28
4.7 Die Körperschaften	28
4.8 Die öffentlich-rechtlichen Körperschaften	28
4.9 Die privatrechtlichen Körperschaften	29
<b>5. EINE VERGLEICHENDE ANALYSE</b>	<b>30</b>
5.1 Der Bund	30
5.2 Kantone	31
5.2.1 Aargau	31
5.2.2 Basel-Landschaft	31
5.2.3 Bern	31
5.2.4 Genf	32
5.2.5 Jura	32
5.2.6 Luzern	32
5.2.7 Wallis	32
5.2.8 Waadt	32
5.2.9 Graubünden	33
5.3 Fazit	33
<b>6. DIE VERFÜGBAREN RECHTLICHEN KONTROLLINSTRUMENTE</b>	<b>33</b>
6.1 Die gesetzlichen Grundlagen (inklusive de lege ferenda)	33
6.1.1 Die Kantonsverfassung	33
6.1.2 Ein kantonales Gesetz über die Beteiligungen?	35
6.1.3 Das allgemeine öffentliche Recht zur Funktionsweise des Staates	36
6.1.4 Die kantonalen Spezialgesetze	36
6.2 Die Statuten der privatrechtlichen Gesellschaften	37
6.3 Die Verwaltungsmassnahmen	37
6.3.1 Die Vertreter des Staates	38
6.3.2 Die Information	39
<b>7. ZUSAMMENFASSUNG UND SCHLUSSFOLGERUNGEN</b>	<b>40</b>

**1. ZUSAMMENFASSUNG DES POSTULATS**

Die Grossräte Moritz Boschung, sel., und Alex Glardon verlangen vom Staatsrat, dass er einen Bericht im Sinne der Public Corporate Governance verfasse über die Zweckmässigkeit von Richtlinien zu den Beteiligungen des Kantons, insbesondere im Hinblick auf die Wahrung kantonaler Interessen innerhalb von öffentlich-rechtlichen Anstalten und öffentlichen oder gemischtwirtschaftlichen Unternehmen. Zur Stützung ihres Postulats machen sie geltend, dass es im Staat Freiburg sehr unterschiedliche Arten von staatlicher Beteiligung an Un-

ternehmen, Anstalten und Institutionen gibt. Ein oder mehrere Staatsräte haben Einsitz in den Verwaltungsräten der betroffenen Einheiten. So sind zum Beispiel drei (recte: zwei) Staatsräte Mitglieder im Verwaltungsrat der Freiburgischen Verkehrsbetriebe AG (TPF), dem 11 Mitglieder angehören, während bei der Freiburger Kantonalbank (FKB) nur ein Staatsrat neben 10 (recte: 7) weiteren Mitgliedern im Verwaltungsrat Einsitz nimmt. Bei der Kantonalen Gebäudeversicherung (KGV) wird der 9-köpfige Verwaltungsrat vom Staatsrat präsiert und das Landwirtschaftliche Institut des Kantons Freiburg in Grangeneuve (LIG) verfügt über eine Konsultativkommission mit 11 Mitgliedern, der ein Staatsrat vorsteht.

Die Grossräte machen geltend, dass was im gegenwärtigen politischen Umfeld eine Selbstverständlichkeit zu sein scheint, auch eine Kehrseite aufweist. Zwar habe der Staatsrat durch seinen Einsitz in den Verwaltungsräten die Möglichkeit, die Politik des Unternehmens zu bestimmen oder zumindest zu beeinflussen, die Unternehmen müssten jedoch in einem geöffneten Markt unter Umständen Ziele verfolgen, die nicht unbedingt mit denen des Staatsrats als politischer und für das Gesamtwohl des Kantons verantwortlicher Behörde übereinstimmen. Sie schliessen daraus, dass der Staatsrat zweifellos in die Strategie des Unternehmens eingebunden und in seiner politischen Handlungsfreiheit somit eingeschränkt ist. Der Staatsrat sei also in einer Doppelrolle; er sei gleichzeitig Miteigentümer und Auftraggeber, und habe in diesen beiden Rollen in der Regel unterschiedliche Interessen zu verteidigen. Als Eigentümer sei er primär an Wertsteigerung interessiert, als Auftraggeber an der effizienten Umsetzung des Leistungsauftrags.

Die Grossräte beziehen sich auf einen Bericht des Bundes aus dem Jahr 2006 und halten fest, dass der jetzige Zustand, nämlich die Vermischung von Politik und Unternehmensstrategie vermieden werden sollte. Der Staatsrat müsse daher Kriterien festlegen, wie er seine Interessen wahrnehmen will, und Richtlinien dafür, wie er seine Beteiligung in verwaltungsexternen Einheiten regeln will.

## 2. EIN BREITES UNTERSUCHUNGSFELD

- Die Problematik der Public Corporate Governance deckt ein sehr bereits Studienfeld ab, das schon vor mehreren Jahren in Angriff genommen worden ist und dem zahlreiche Werke, sowohl in der Schweiz als auch im Ausland gewidmet sind. Mehrere Gemeinwesen, unter anderem der Bund und einige Kantone, haben sich bereits mit dieser Thematik auseinandergesetzt, sei dies in Form von Berichten, Studien oder der Anpassung ihrer Gesetzgebung. Um auf die Anfrage der Verfasser dieses Postulats zu antworten, wird sich dieser Bericht mit der zentralen Frage befassen, ob und wie der Staat Entscheidungen der Einheiten, bei denen er finanziell beteiligt ist oder Eigeninteressen wahrnehmen will, beeinflussen kann. Zur Beantwortung dieser Frage müssen die folgenden Elemente nacheinander untersucht werden:
  - Die verschiedenen Kategorien von Einheiten im «Eigentum» des Staates;

- Das Ausmass der Kontrolle, das ein Gemeinwesen allgemein und abstrakt betrachtet auf jede Art Einheit ausüben kann;
- Rechtliche und Kontrollinstrumente, die dem Staat zur Verfügung stehen oder zur Verfügung stehen könnten (sollten).
- Mit den oben vorgeschlagenen Themen ist die Problematik der Public Corporate Governance bei Weitem nicht erschöpfend behandelt. Vom Bericht ausgeschlossen sind:
  - Der Bereich der Subventionen;
  - Die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben innerhalb von Vereinen;
  - Das Recht des Staates an sich, Beteiligungen zu haben;
  - Die Verfahren der Dezentralisierung oder der Partnerschaft mit Privaten
  - Unternehmensinterne Fragen (Organisation, Management, Kontrolle) oder das öffentliche Beschaffungswesen des Unternehmens;
  - Die Vorschriften zur Regelung der Rechte und Pflichten des Staates als gewöhnlicher oder staatlicher Teilnehmer;
  - Die potenzielle Verantwortung des besagten Gemeinwesens für seine (direkten oder durch seine Vertreter getätigten) Handlungen.
- Auch wenn sie die Public Corporate Governance nicht direkt betreffen, so streifen doch mehrere parlamentarische Vorstösse verschiedene der behandelten Themen. Es geht um:
  - Die Anfrage Louis Duc über die unausgewogene Verteilung in den Verwaltungsräten;
  - Die Motion Pierre Mauron/Andrea Burgener Woeffray über die politische Repräsentativität in den Verwaltungsräten der grossen Unternehmen in staatlicher Hand;
  - Die Motion Nicolas Rime/René Thomet über transparente öffentliche Unternehmen;
  - Das Postulat Valérie Piller Carrard/Ursula Schneider Schüttel über die Vertretung von Frauen in leitenden Funktionen von Grossunternehmen.

Die speziellen Punkte, die in diesen Vorstössen aufgeworfen werden, werden in den Optionen, bzw. den Lösungen, die in diesem Bericht vorgeschlagen werden, geprüft, wobei jeder Vorstoss selbstverständlich auch noch einzeln beantwortet wird.

- In Anbetracht des breiten Untersuchungsfelds, das in diesem Kapitel angetönt wurde, den verschiedenen komplexen Aspekten der aufgeworfenen Fragen und der umfangreichen Literatur zur Public Corporate Governance wurde beschlossen, Jean-Baptiste Zufferey, Professor an der Universität Freiburg, vorgängig mit einer wissenschaftlichen Studie zu beauftragen. Sie diene weitgehend als Vorlage für diesen Bericht, machte eine Bestandaufnahme möglich und erlaubte es, die wichtigsten Schlussfolgerungen abzustützen.

### 3. DAS VERWALTUNGSVERMÖGEN DES KANTONS FREIBURG

#### 3.1 Überblick

##### Finanz- und Verwaltungsvermögen

Der Kanton Freiburg hält Beteiligungen an rund vierzig öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Einheiten zu einem Buchwert von nahezu 170 000 000 Franken.<sup>1</sup> Rund 10% dieses Betrags gehören zum Finanzvermögen des Kantons; es handelt sich also um Finanzanlagen in Aktien und Anteilscheinen von Aktiengesellschaften oder Genossenschaften, deren Verwaltung der Kanton weder aus einer gesetzlichen Pflicht noch aus einem Anspruch heraus beeinflusst.<sup>2</sup>

Beim restlichen Betrag handelt es sich um das sogenannte Verwaltungsvermögen des Staates; es umfasst Beteiligungen an von der dezentralisierten Verwaltung unabhängigen Einheiten, also entweder öffentlich-rechtliche Anstalten oder Stiftungen, an denen der Kanton Eigentum hat, oder aber privatrechtliche Aktiengesellschaften, bei denen der Kanton, je nach Fall, Mehrheits- oder Minderheitsaktionär ist.

Die Beteiligung des Kantons an diesen Einheiten des Verwaltungsvermögens ergibt sich daraus, dass diese den Staat bei der Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben unterstützen sollen. Angesichts dessen erscheint es nur natürlich, dass der Staat über Mittel verfügt, um die strategischen Entscheide und die Führung dieser Einheiten zu beeinflussen. Vor allem ihnen gelten daher die Analysen in den folgenden Abschnitten; man sollte jedoch nicht zu sehr auf diesen Kategorien beharren: Der Staat kann sich mit einer politischen Frage im Zusammenhang mit einer seiner Beteiligungen konfrontiert sehen, auch wenn sie zu seinem Finanzvermögen gehört. Im Übrigen müssen die Fälle vorbehalten sein, in denen sich der Staat lediglich an den Betriebskosten der Einheiten des Verwaltungsvermögens beteiligt (z. B.: Sanima – Nutztiersversicherungsanstalt), Darlehen subventioniert oder gewährt (z. B.: Cremo), jedoch nicht beabsichtigt, eine aktive Rolle einzunehmen.

In einer Demokratie sind Einfluss und Kontrolle unerlässlich. Angesichts der politischen Verantwortung der Regierung und des Gesetzgebers ist es nicht zulässig, dass ihnen die Einheiten des Verwaltungsvermögens nicht unterworfen sind; sie müssen unter dem Gesichtspunkt ihres gesetzlichen und/oder satzungsmässigen Zwecks geführt werden. Diese Aussage drängt sich auch

unter dem Gesichtspunkt des finanziellen Risikos für das Gemeinwesen auf, was jedoch noch lange nicht heisst, dass es deren finanzielle Entscheide für sich beanspruchen muss, denn ein solches Vorgehen würde gegen deren Autonomie sprechen.

#### 3.2 Die wichtigsten Einheiten des öffentlichen Rechts

Im Kanton gibt es heute mehrere autonome Einheiten des öffentlichen Rechts. Jede dieser Einheiten wird in einem separaten Gesetz behandelt, das die rechtliche Stellung, den Zweck, den Tätigkeitsbereich und die Verwaltungsmodalitäten der fraglichen Einheit festlegt. Es handelt sich um folgende Gesetze:

- Gesetz vom 6. Mai 1965 über die Versicherung der Gebäude gegen Brand und andere Schäden<sup>3</sup>.
- Gesetz vom 7. Mai 1996 über das Amt für Strassenverkehr und Schifffahrt<sup>4</sup>.
- Gesetz vom 19. November 1997 über die Universität<sup>5</sup>.
- Gesetz vom 22. November 1988 über die Freiburger Kantonalbank<sup>6</sup>.
- Gesetz vom 27. Juni 2006 über das Freiburger Spitalnetz<sup>7</sup>.

Die KGV, das ASS und das FSN sind die wichtigsten öffentlich-rechtlichen Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit, die einer der Direktionen des Staatsrats administrativ zugewiesen sind. Die Universität Freiburg und die FKB gelten als «juristische Personen öffentlichen Rechts», wobei erstere «im Rahmen des Gesetzes autonom», und letztere «vom Staat getrennt» ist. Die Universität ist der Aufsicht des Staatsrates unterworfen (durch die Direktion für Erziehung, Kultur und Sport). Im Übrigen werden acht von sechzehn Mitgliedern ihres «beschliessenden Organs» (der Senat) vom Staat bezeichnet.

Die FKB – die einzige dieser Einheiten, die über Eigenkapital verfügt – untersteht der Aufsicht der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA). Die Grundsätze ihrer Politik werden vom Verwaltungsrat der Bank festgelegt, von dessen sieben Mitgliedern sechs vom Staat ernannt werden (drei vom Grossen Rat und drei vom Staatsrat). Dadurch, dass separate Gesetze die Tätigkeiten dieser Einheiten regeln, sind Konflikte zwischen ihren eigenen Interessen und den Interessen des Staates weitgehend ausgeschlossen.

#### 3.3 Die wichtigsten Einheiten des privaten Rechts

Wie aus der Verwaltungsrechnung 2010 des Kantons Freiburg hervorgeht, präsentiert sich die Situation wie folgt:

1. Der Staat ist Mehrheitsaktionär zweier Aktiengesellschaften: bei Groupe E hält er 78,5% der Aktien zu einem Nominalwert von 54 000 000 Franken; und bei der Freiburgischen Verkehrsbetriebe AG (TPF) gehören ihm 56,6% der Aktien zu einem Nominalwert von 9 443 000 Franken.

<sup>1</sup> Die Zusammensetzung der Aktiven in der Vermögensbilanz des Staates ist in Art. 14 des Freiburger Gesetzes vom 25. November 1994 über den Finanzhaushalt des Staates (SGF 610.1) geregelt:

<sup>1</sup> Die Aktiven werden in Finanz- und Verwaltungsvermögen gegliedert.

<sup>2</sup> Das Finanzvermögen besteht aus jenen Vermögenswerten, die ohne Beeinträchtigung der Erfüllung öffentlicher Aufgaben veräussert werden können.

<sup>3</sup> Das Verwaltungsvermögen umfasst jene Vermögenswerte, die unmittelbar der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen.

<sup>2</sup> Auf Bundesebene sieht das Gesetz vom 7. Oktober 2005 über den eidgenössischen Finanzhaushalt (Finanzhaushaltsgesetz, FHG) in Artikel 62 zur Anlage verfügbarer Gelder Folgendes vor:

<sup>1</sup> Die EFV legt die für den Zahlungsbedarf nicht benötigten Gelder so an, dass ihre Sicherheit sowie ein marktkonformer Ertrag gewährleistet sind. Sie sind unter dem Finanzvermögen zu erfassen.

<sup>2</sup> Grundstücke oder Beteiligungsrechte an Erwerbsunternehmen dürfen nicht zu Anlagezwecken erworben werden.

<sup>3</sup> Gelder von Spezialfonds, die durch einen Rechtserlass geschaffen worden sind, können nach den Bestimmungen über die berufliche Vorsorge angelegt werden.

<sup>3</sup> SGF 732.1.1.

<sup>4</sup> SGF 122.23.7.

<sup>5</sup> SGF 430.1.

<sup>6</sup> SGF 961.1.

<sup>7</sup> SGF 822.0.1.

2. Er hält ausserdem weitere namhafte Beteiligungen z. B. bei der Télégruyère SA (48,0% mit einem Nominalwert von 96 000 Franken), bei der Société anonyme pour le chauffage à distance du Plateau de Pérolles Placard SA (33,0% mit einem Nominalwert von 495 000 Franken), der SAIDDEF (25,2% mit einem Nominalwert von 6 800 000 Franken), der Y-Parc SA (23,8% mit einem Nominalwert von 50 000 Franken), der Schifffahrtsgesellschaft des Neuenburger- und Murteensees AG (21,0% mit einem Nominalwert von 713 380 Franken), der Société immobilière Grenette SA (19,0% mit einem Nominalwert von 190 000 Franken) und bei der Agy Expo SA, an der er nunmehr zu 47,3% beteiligt ist (mit einem Nominalwert von 8 150 000 Franken). Ebenfalls erwähnt sei die neue gemischtwirtschaftliche Gesellschaft «Freiburgische Bergbahnen A.G.», die am 21. Dezember 2009 mit einem Aktienkapital von 100 000 Franken gegründet wurde und von welcher der Kanton 40% des Stammkapitals besitzt. Schliesslich sei die Beteiligung des Staates Freiburg an der Capital Risques Fribourg SA in der Höhe von 1,833 Millionen (Stammkapital 7,5 Millionen) erwähnt. Im Jahr 2010 wurden neue Beteiligungen an folgenden Gesellschaften und zu folgenden Beträgen erworben:
- Belgaz SA für 390 000 Franken (65% des Aktienkapitals);
  - Seed Capital für 2 000 000 Franken.

Für all diese Einheiten ist die Situation komplexer als für die Einheiten des öffentlichen Rechts: Obwohl sie auf die eine oder andere Art eine öffentliche Aufgabe erfüllen (oder sich zumindest für eine Tätigkeit von öffentlichem Interesse engagieren), sind sie aufgrund ihrer rechtlichen Stellung als Aktiengesellschaft nicht der direkten Staatsgewalt unterstellt; der Einfluss des Staates auf ihre Strategie und Führung beschränkt sich a priori auf die Rechte, die das Obligationenrecht den Aktionären gewährt. Technisch gesprochen steht das Schweizer Gesellschaftsrecht über dem öffentlichen Recht der Kantone, da es eine abschliessende Rechtsordnung bildet (vgl. Art. 6 ZGB).

Diese Situation birgt ein Konfliktpotenzial, das jederzeit eskalieren kann, wenn die Interessen des Staates es erfordern, dass die private Gesellschaft, die mit einer öffentlichen Aufgabe beauftragt wurde, in einer Weise handelt, die sich angesichts der Interessen und des satzungsmässigen Zwecks der Gesellschaft an sich nicht oder nur schwerlich rechtfertigen lassen. Ein aktuelles Beispiel dafür liefern die Diskussionen rund um die Ankündigung von Groupe E im Mai 2008, dass sie beabsichtige, 162 000 000 Franken in ein Kohlekraftwerk in Norddeutschland zu investieren: Während Groupe E ihre Entscheidung durch die Notwendigkeit rechtfertigte, sich so ökonomisch wie möglich mit Energie zu versorgen, widersetzten sich Mitglieder des Grossen Rats, indem sie sich auf Argumente in Zusammenhang mit den Interessen des Staates beim Umweltschutz und der Unterstützung von lokalen Unternehmen beriefen. In seiner Antwort vom 8. Juli 2008 auf die Anfrage eines Grossratsmitglieds hebt der Staatsrat hervor, dass er zu dieser Investition nicht im Voraus konsultiert worden sei und auch nicht zu konsultieren gewesen wäre. Ungeachtet dessen, dass Groupe E schliesslich entschied, von dieser Investition abzusehen, haben die durch dieses Dossier ausgelösten Debatten klar gezeigt, dass es nützlich wäre, die Verhältnisse zwischen dem Staat und den Unternehmen, die mit der Ausführung von öffentlichen Aufgaben beauftragt sind, besser zu definieren.

### 3.4 Öffentlich-rechtliche Anstalten

Ob auf kantonaler oder interkantonaler Ebene, ob mit oder ohne juristische Rechtspersönlichkeit, dies wird in der folgenden Liste nicht unterschieden; ihr Zweck ist es einzig und allein, die Bedeutung der Anstalten aufzuzeigen, die das freiburgische Verwaltungsvermögen ausmachen:

1. Das Staatsarchiv, die Kantons- und Universitätsbibliothek, das Konservatorium, das Archäologische Museum, das Museum für Kunst und Geschichte, das Naturhistorische Museum gemäss Artikel 3 des Gesetzes vom 2. Oktober 1991 über die kulturellen Institutionen des Staates<sup>1</sup>. In diesem Zusammenhang könnte man auch alle kantonalen Kollegien oder die Fachmittelschule Freiburg (FMSF) nennen (vgl. Art. 3 des Gesetzes vom 11. April 1991 über den Mittelschulunterricht<sup>2</sup>).
2. Die Freiburger Kantonalbank (FKB) gemäss Artikel 1 des Gesetzes vom 22. November 1988 über die Freiburger Kantonalbank<sup>3</sup>.
3. Die Öffentliche Arbeitslosenkasse des Kantons Freiburg gemäss Art. 35 des Gesetzes vom 6. Oktober 2010 über die Beschäftigung und den Arbeitsmarkt (BAMG)<sup>4</sup>.
4. Das Interprofessionelle Weiterbildungszentrum (IWZ) gemäss Artikel 1 des Reglements des Interprofessionellen Weiterbildungszentrums vom 6. Juli 2004<sup>5</sup>.
5. Die Krankenpflegeschule gemäss Artikel 2 des Gesetzes vom 21. Juni 1994 über die Krankenpflegeschule<sup>6</sup>.
6. Die Anstalten von Bellechasse gemäss Artikel 1 des Gesetzes vom 2. Oktober 1996 über die Anstalten von Bellechasse<sup>7</sup>.
7. Die Kantonale Gebäudeversicherung (KGV) gemäss Artikel 10 des Gesetzes vom 6. Mai 1965 über die Versicherung der Gebäude gegen Brand und andere Schäden<sup>8</sup>.
8. Die Kantonale Sozialversicherungsanstalt (welche die Kantonale AHV-Ausgleichskasse, die Kantonale Ausgleichskasse für Familienzulagen sowie die Kantonale Invalidenversicherungs-Stelle umfasst) gemäss Artikel 1 des Ausführungsgesetzes vom 9. Februar 1994 zum Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung und zum Bundesgesetz über die Invalidenversicherung<sup>9</sup>.
9. Das Interkantonale Gymnasium der Region Broye gemäss Artikel 2 der interkantonalen Vereinbarung vom 9. Dezember 2002 über die Schaffung und den Betrieb des Interkantonalen Gymnasiums der Region Broye<sup>10</sup>.
10. Die Fachhochschule Freiburg für Technik und Wirtschaft (FHF-TW) gemäss Artikel 1 des Gesetzes vom

<sup>1</sup> SGF 481.0.1.

<sup>2</sup> SGF 412.0.1

<sup>3</sup> SGF 961.1.

<sup>4</sup> SGF 866.1.1.

<sup>5</sup> SGF 423.31.

<sup>6</sup> SGF 821.12.4.

<sup>7</sup> SGF 341.1.1.

<sup>8</sup> SGF 732.1.1.

<sup>9</sup> SGF 841.1.1.

<sup>10</sup> SGF 412.1.8.

2. Oktober 2001 über die Fachhochschule Freiburg für Technik und Wirtschaft<sup>1</sup>.
11. Die Fachhochschule Freiburg für Soziale Arbeit (FHF-SA) gemäss Artikel 2 des Gesetzes vom 9. September 2005 über die Fachhochschule Freiburg für Soziale Arbeit<sup>2</sup>.
  12. Die Pädagogische Hochschule (PH) gemäss Artikel 2 des Gesetzes vom 4. Oktober 1999 über die Pädagogische Hochschule<sup>3</sup>.
  13. Die Fachhochschule der Westschweiz (FH Westschweiz) gemäss Artikel 5 des interkantonalen Konkordats vom 9. Januar 1997 über die Errichtung der Fachhochschule der Westschweiz (FH Westschweiz)<sup>4</sup>.
  14. Die Fachhochschule Westschweiz für Gesundheit und Soziale Arbeit (FH-GS) gemäss Artikel 5 der interkantonalen Vereinbarung vom 6. Juli 2001 über die Errichtung der Fachhochschule Westschweiz für Gesundheit und Soziale Arbeit<sup>5</sup>.
  15. Das Landwirtschaftliche Institut des Kantons Freiburg gemäss Artikel 2 des Gesetzes vom 23. Juni 2006 über das Landwirtschaftliche Institut des Kantons Freiburg<sup>6</sup>.
  16. Die Kantonale Lehrmittelverwaltung gemäss Artikel 1 des Gesetzes vom 13. September 2007 über die Kantonale Lehrmittelverwaltung<sup>7</sup>.
  17. Das Amt für Strassenverkehr und Schifffahrt (ASS) gemäss Artikel 1 des Gesetzes vom 7. Mai 1996 über das Amt für Strassenverkehr und Schifffahrt<sup>8</sup>.
  18. Das Freiburger Netz für die Pflege im Bereich psychische Gesundheit (FPN) gemäss Artikel 4 des Gesetzes vom 5. Oktober 2006 über die Organisation der Pflege im Bereich psychische Gesundheit<sup>9</sup>.
  19. Das Freiburger Spitalnetz (FSN) gemäss Artikel 4 des Gesetzes vom 27. Juni 2006 über das Freiburger Spitalnetz<sup>10</sup>.
  20. Die Nutztiersicherungsanstalt Sanima gemäss Artikel 11 des Gesetzes vom 13. Februar 2003 über die Nutztiersicherung<sup>11</sup>.
  21. Die Industriellen Betriebe der Stadt Freiburg gemäss Artikel 1 des Reglements vom 19. September 1988 über die Organisation der Industriellen Betriebe der Stadt Freiburg.
  22. Die Universität gemäss Artikel 3 des Gesetzes vom 19. November 1997 über die Universität<sup>12</sup>.

### 3.5 Öffentlich-rechtliche Stiftungen

Auch sie können eine ausschliesslich kantonale oder interkantonale Verankerung haben:

<sup>1</sup> SGF 428.4.  
<sup>2</sup> SGF 428.9.  
<sup>3</sup> SGF 412.2.1.  
<sup>4</sup> SGF 428.2.  
<sup>5</sup> SGF 428.8.  
<sup>6</sup> SGF 911.10.1.  
<sup>7</sup> SGF 413.4.1.  
<sup>8</sup> SGF 122.23.7.  
<sup>9</sup> SGF 822.2.1.  
<sup>10</sup> SGF 822.0.1.  
<sup>11</sup> SGF 914.20.1.  
<sup>12</sup> SGF 430.1.

1. Das Schloss Greyerz gemäss Artikel 4 des Gesetzes vom 2. Oktober 1991 über die kulturellen Institutionen des Staates<sup>13</sup>.
2. Die Interkantonale Försterschule in Lyss gemäss Artikel 1 Abs. 2 der Vereinbarung vom 21. März 1968 über die Errichtung und den Betrieb der Interkantonalen Försterschule in Lyss<sup>14</sup>.
3. Die «Ecole supérieure de viticulture, d'œnologie et d'arboriculture et Ecole d'Ingénieurs ETS en viticulture, œnologie et arboriculture de Changins» gemäss Artikel 1 der Statuten vom 20. November 1987 der Stiftung «Ecole supérieure de viticulture, d'œnologie et d'arboriculture et Ecole d'ingénieurs ETS en viticulture, œnologie et arboriculture de Changins»<sup>15</sup>.
4. Die Stiftung Bellevue gemäss Artikel 1 des Beschlusses vom 1. Mai 1990 über die Errichtung und die Organisation der öffentlich-rechtlichen Stiftung «Bellevue» für psychisch und geistig behinderte Personen<sup>16</sup>; das Gesetz vom 3. November 2006 hebt das Gesetz über die Errichtung der öffentlich-rechtlichen Stiftung «Bellevue» für psychisch und geistig behinderte Personen auf und errichtet ein Baurecht zu Gunsten der Stiftung «HorizonSud»<sup>17</sup>.
5. Die Stiftung Altenryf gemäss Artikel 1 des Beschlusses vom 27. Dezember 1966 über die Errichtung der Stiftung Altenryf<sup>18</sup>.
6. Die Westschweizer Stiftung für Rauschgiftabhängige im Straf- und Massnahmenvollzug gemäss Artikel 1 des Reglements vom 10. Dezember 1987 über die Stiftung für Rauschgiftabhängige im Straf- und Massnahmenvollzug<sup>19</sup>.
7. Der Sozialfonds gemäss Artikel 1 des Reglements vom 13. Dezember 1988 über den Sozialfonds<sup>20</sup>.

### 3.6 Die privatrechtlichen Stiftungen

Auch privatrechtliche Stiftungen gehören dem Staat. Hier einige Beispiele:

1. Mikrokredit Solidarität Schweiz – Fondation Georges Aegler
2. Die Fondation franco-suisse pour la recherche et la technologie (Französisch-Schweizerische Stiftung für Forschung und Technologie)
3. Die Stiftung Seed Capital Freiburg
4. Die FSRM Schweizerische Stiftung für mikrotechnische Forschung
5. Die Hochschule für Theater der Westschweiz (HETSR) gemäss Artikel 6 der interkantonalen Vereinbarung vom 31. Mai 2001 über die Hochschule für Theater der Westschweiz<sup>21</sup>
6. Parloca Fribourg, Fondation pour la location-participation

<sup>13</sup> SGF 481.0.1.  
<sup>14</sup> SGF 921.4.  
<sup>15</sup> SGF 911.2.31.  
<sup>16</sup> SGF 834.1.41.  
<sup>17</sup> SGF 834.1.4.  
<sup>18</sup> SGF 191.23.31.  
<sup>19</sup> SGF 342.17.  
<sup>20</sup> SGF 122.73.61.  
<sup>21</sup> SGF 428.5.



7. Vitrocentre Romont, Schweizerisches Forschungszentrum für Glasmalerei und Glaskunst
  8. Vitromusée Romont, Schweizerisches Museum für Glasmalerei und Glaskunst
  9. Stiftung Espace Jean Tinguely – Niki de Saint Phalle
- Es kommt auch vor, dass der Staat an bedeutenden privatrechtlichen Stiftungen «beteiligt» ist, wie z. B. an der Stiftung, die seit 1965 den Ertragsüberschuss der Vereinigung des Kantonalen Berufsbildungszentrums (VKBZ) verwaltet.

### 3.7 Die gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften

Es handelt sich um die Einheiten, an denen der Staat eine Mehrheits- oder eine stärkere Beteiligung hat:

1. Agy Expo SA
2. Groupe E AG
3. Freiburgerische Bergbahnen AG
4. Rose de la Broye AG
5. Kehrlichtverbrennungsanlage des Kantons Freiburg und der Waadtländer Broye (SAIDF)
6. Freiburgerische Verkehrsbetriebe AG

### 3.8 Die reinen Aktiengesellschaften und Genossenschaften

An diesen hat der Staat lediglich Minderheitsbeteiligungen und seine Position ist nicht durch eine erhöhte Vertretung verstärkt. Im amtlichen Dokument «Inventar – Aktien und Anteilscheine – Darlehen und Beteiligungen an gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen» vom 31. Dezember 2010 werden die unten stehenden Elemente genannt, die jedoch schwer einzuordnen sind; es scheint, dass der Staat in sehr unterschiedlichen Bereichen «aktiv» ist. Vielleicht könnte man aber dennoch je nach Art der Leistungen, welche die Unternehmungen erbringen, zwischen den hauptsächlich in der Industrie tätigen und den hauptsächlich im Finanzbereich tätigen Unternehmen unterscheiden; diese Einteilung berücksichtigt nicht das finanzielle Gewicht der Staatsbeteiligung, die von einer Unternehmung zur anderen sehr unterschiedlich ist:

1. Bains de la Motta SA; Zentrum für Sammlung und Identifizierung von Sonderabfällen (CRIDEC AG); BLS AG; Montreux-Berner-Oberland-Bahn AG; Coopérative fribourgeoise pour les fromages d'alpage; Espace Gruyère SA; Schweizer Mustermesse (derzeit: MCH Group); Heliswiss Schweizerische Helikopter AG; Kompostieranlage Seeland AG; Schweizer Rheinsalinen AG; Société anonyme pour le chauffage à distance du Plateau de Pérolles PLACAD SA; Schifffahrtsgesellschaft des Neuenburger- und Murtensees AG; Société du Tunnel du Grand-St-Bernard SA; Société immobilière Grenette SA; Zuckerfabrik Aarberg + Frauenfeld AG; Télégruyère SA; Transhelvetica AG; Y-Parc SA.
2. Risikokapital Freiburg AG; Bürgerschaftsgenossenschaft des Freiburgischen Gewerbes für die KMU (seit 18. Juni 2008 in Liquidation), ersetzt durch die Coopérative Romande de cautionnement immobilier; Bürgerschaftsgenossenschaft Westschweiz – KMU; Bäuerliche Bürgerschaftsgenossenschaft des Kantons Freiburg.

### 3.9 Die öffentlich-rechtlichen Aktiengesellschaften und Genossenschaften

Gemäss dem erwähnten Inventar hat der Kanton Freiburg keine Einheit dieser Art gebildet. Er ist jedoch beteiligt an der Schweizerischen Nationalbank (SNB), einer öffentlich-rechtlichen Aktiengesellschaft, sowie an der Schweizerischen Gesellschaft für Hotelkredit, einer öffentlich-rechtlichen Genossenschaft.

## 4. DAS MÖGLICHE AUSMASS DER KONTROLLE ÜBER DIE VERSCHIEDENEN EINHEITEN

Je nachdem, um welche Art der oben aufgelisteten Einheiten es sich handelt, kann der Staat eine mehr oder weniger strenge Kontrolle ausüben, vor allem wenn er entscheidet, eine Eignerpolitik anzuwenden. Die Autonomie des Kantons Freiburg ist jedoch beschränkt und punktuell.

### 4.1 Das gesetzte Ziel und dessen Einfluss auf die «Eignerpolitik»

Allein schon die Tatsache, dass der Staat entscheidet, sich an Dritteinheiten zu «beteiligen» – insbesondere an einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft – setzt voraus, dass dessen Tätigkeit (vor allem die kommerzielle) einem gewissen öffentlichen Interesse entspricht. Man kann daher grundsätzlich davon ausgehen, dass für diese Einheiten die Rechtspflicht besteht, zusätzlich zur Gewinnmaximierung auch die Förderung des öffentlichen Interesses anzustreben; und zwar ohne dass diese Dimension des öffentlichen Interesses zwingend in ihren Statuten erwähnt ist.

Der Umfang dieser Pflicht des öffentlichen Interesses ist jedoch nicht für alle staatlichen Beteiligungen gleich; er variiert je nach Art der ausgeübten Tätigkeit und dem Ausmass des Engagements, das das Gemeinwesen in der Strategie und der Führung der fraglichen Unternehmung beabsichtigt. In diesem Zusammenhang kann unterschieden werden zwischen Unternehmen, denen das Gemeinwesen die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe überträgt und Unternehmen, deren Tätigkeit nicht in der Erfüllung einer übertragenen Aufgabe besteht, sondern deren Tätigkeit von Natur aus einem öffentlichen Interesse entspricht.

Folge dieser Unterscheidung:

1. Die Einheiten, die mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betraut sind, sind grundsätzlich verpflichtet, in ihrer Tätigkeit die gleichen verfassungsrechtlichen Grundsätze einzuhalten, die auch für die Verwaltungsbehörden gelten; Artikel 35 Abs. 2 der Bundesverfassung sieht ausdrücklich vor: «Wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen.» Infolgedessen und unabhängig davon, wie hoch die Beteiligung des Gemeinwesens ist, geht es nicht an, dass die Gewinnmaximierung das einzige Ziel einer solchen Einheit ist; sie muss gleichzeitig einem öffentlichen Interesse dienen. Dieses überwiegt denn auch in Situationen, in denen die beiden Ziele nicht vereinbar sind.
2. Für die Einheiten, die eine Tätigkeit im öffentlichen Interesse ausüben (jedoch ohne eine öffentliche Aufgabe im engeren Sinne zu erfüllen), hängt die Pflicht, die Grundrechte zu beachten und zur Verwirklichung

der fraglichen öffentlichen Interessen beizutragen, von der Höhe der Beteiligung des Gemeinwesens ab, und zwar ohne Bezug auf die Rechtsform der betroffenen Einheit. Die Höhe der Beteiligung legt auch fest, ob eine Eignerpolitik für den Staat in Frage kommt:

- Wo das Gemeinwesen über eine qualifizierte Mehrheit von mindestens zwei Dritteln der Stimmrechte verfügt – im Kanton Freiburg ist dies der Fall bei Groupe E – kann davon ausgegangen werden, dass die Einheit sowohl an die Grundrechte der betroffenen Bürgerinnen und Bürger als auch an das öffentliche Interesse gebunden ist, da das Gemeinwesen die Resultate der Abstimmungen in den Leitungsorganen (insbesondere die Generalversammlung) selbständig bestimmen kann. Das fragliche Unternehmen kommt in solchen Fällen einem staatlichen Unternehmen gleich und der Staat kann darin eine Eignerpolitik entwickeln oder Leistungsaufträge festlegen.
- Wenn das Gemeinwesen nur eine einfache Mehrheit der Stimmrechte besitzt – dies ist der Fall bei den TPF – muss ebenfalls angenommen werden, dass die Einheit verpflichtet ist, die Grundrechte der Bürgerinnen und Bürger sowie das öffentliche Interesse zu respektieren; ohne die ausdrückliche oder implizite Zustimmung des beteiligten Gemeinwesens kann kein Entscheid gefällt werden. In diesen Fällen kann man von einem staatlichen Unternehmen mit privater Beteiligung sprechen; der Staat kann auch hier eine Eignerpolitik verfolgen.
- Nur wenn das Gemeinwesen Minderheitsaktionärin ist, haben wir es mit einem eigentlichen privaten Unternehmen mit staatlicher Beteiligung zu tun; hier ist es stets möglich, dass das Gemeinwesen seine Ansichten zu den Fragen, über die das oberste Organ der Einheit (die Generalversammlung bei Aktiengesellschaften) abstimmt, nicht durchzusetzen vermag. In einem solchen Fall ist es nicht wahrscheinlich, dass der Staat eine Eignerpolitik anstrebt.

Die Höhe der Beteiligung des Gemeinwesens hat hingegen keinen Einfluss auf seine Pflicht, seine Aktionärsrechte – und alle anderen Rechte, die ihm je nach Rechtsform der betroffenen Einheit zustehen – so wahrzunehmen, dass die Verwirklichung der Grundrechte und des öffentlichen Interesses am besten berücksichtigt werden und dass so gut wie möglich dazu beigetragen werden kann. Diese Pflicht gilt für alle Vertreter des Gemeinwesens in den Organen der Einheit und in ihren Beziehungen zur Einheit, ob sie nun im Namen des Gemeinwesens handeln (zum Beispiel indem sie als Aktionär an der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft abstimmen) oder als Auftrag- oder Arbeitnehmer des Gemeinwesens (zum Beispiel als Mitglied eines Verwaltungsrates). Um in Situationen, in denen sich das wirtschaftliche Interesse der Gesellschaft nicht mit dem öffentlichen Interesse deckt, jeden potenziellen Konflikt zwischen den Pflichten dieser Vertreter zu verhindern, dürften die Statuten der (insbesondere kommerziellen) Einheiten, für die eine staatliche Beteiligung vorgesehen ist, das Ziel der Einheit nicht auf die Gewinnmaximierung beschränken.

## 4.2 Die Wahl der Rechtsform

Errichtet das Gemeinwesen eine Einheit, so hat es mehr Freiheiten, wenn es sich für die Form einer juristischen

Person des öffentlichen Rechts entscheidet als wenn es eine juristische Person des privaten Rechts bildet; im letzteren Fall sind ausschliesslich die Bestimmungen des Privatrechts anwendbar. Die Form einer öffentlich-rechtlichen Einheit erlaubt dem Gesetzgeber hingegen, diese relativ frei zu gestalten, was ihre Organisation und ihre Führungs- und Kontrollmechanismen betrifft; dieser Konfigurationsvorgang verläuft nach Massgabe des für ihre Gründung anzuwendenden Rechts.

Verschiedene Rechtsinstrumente erlauben es dem Gemeinwesen, einer solchen ausgelagerten Einheit mehr oder weniger Autonomie zuzugestehen:

1. Ihre Autonomie geht aus der Erteilung der Rechtspersönlichkeit hervor. Das Fehlen der Persönlichkeit führt hingegen zu einer Einschränkung der Kompetenzen der Einheit, die demnach nur innerhalb des gesetzlich streng festgelegten Rahmens handeln kann.
2. Die Organisation der Einheit kann ebenfalls deren Grad an Autonomie beeinflussen. So kann das Gesetz ihre Organisation weitgehend bestimmen oder sie ihr im Gegenteil selbst überlassen.
3. Der Gesetzgeber kann dem Gemeinwesen auch eine Ernennungsbefugnis erteilen oder aber den Status der Arbeitnehmer festlegen.
4. Der Gesetzgeber könnte der ausgelagerten Einheit weiter eine mehr oder weniger ausgedehnte finanzielle Autonomie gewähren (einfaches Sondervermögen oder freie Verwendung der Gelder).
5. Schliesslich können die Richtlinien, die die ausgelagerte(n) Aufgabe(n) der betroffenen Einheit festlegen, mehr oder weniger exakt definiert sein, was ihre Selbstverwaltung, d. h. ihre Freiheit in der Erfüllung dieser Aufgaben verändern kann.

Eine öffentliche Rechtsform erlaubt dank der Mechanismen, die der Gesetzgeber einführen kann, also eine stärkere Kontrolle der Einheit.

## 4.3 Die Autonomie des kantonalen Rechts: das Beispiel der FKB

Ist die betreffende Einheit öffentlich-rechtlich, so hindert der Bundesgesetzgeber die kantonalen Gesetzgeber praktisch nicht daran, die Kontrolle im gewünschten Masse auszuüben und die entsprechenden Rechtsmechanismen festzulegen. Bei den privatrechtlichen Einheiten ist dies nicht der Fall. Hier lässt das Bundesrecht den kantonalen Gesetzgebern nur sehr wenig Autonomie.

In gewissen Sektoren stellt das Bundesrecht jedoch eine besondere Regelung auf. In der Perspektive der hier untersuchten staatlichen Kontrolle stellt der Bankenbereich für Freiburg ein besonderes Interesse dar:

1. Gemäss Artikel 3a des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen (BankG) gilt als Kantonalbank eine Bank, die aufgrund eines kantonalen gesetzlichen Erlasses als Anstalt oder Aktiengesellschaft errichtet wird. Der Kanton muss an der Bank eine Beteiligung von mehr als einem Drittel des Kapitals halten und über mehr als einen Drittel der Stimmen verfügen. Er kann für deren Verbindlichkeiten die vollumfängliche oder teilweise Haftung übernehmen. Es braucht also ein Gesetz im formellen Sinne, das die Errichtung und die Organisation der Bank regelt, sowie eine qualifizierte Beteiligung des Kantons; die Staatsgarantie ist nicht mehr erforderlich. Der kantonale Gesetzgeber

ist durch die Bedingungen unter Artikel 3 BankG gebunden. Diese müssen erfüllt sein, damit die fragliche Bank die Bewilligung des Bundes erhält. Es steht dem kantonalen Gesetzgeber jedoch frei, ob er ihr die Form einer gewöhnlichen Aktiengesellschaft (Art. 620 ff. OR), einer Aktiengesellschaft nach Artikel 762 bzw. 763 OR oder einer öffentlichrechtlichen Anstalt verleihen will.

2. Der Kanton Freiburg hat sich dafür entschieden, eine kantonale öffentlich-rechtliche Anstalt zu errichten (das Projekt zur «Privatisierung» der Bank wurde nie umgesetzt). An sich erlaubt die qualifizierte Beteiligung des Kantons, so wie sie im Bankengesetz des Bundes vorgesehen ist, ihm bereits, auf die Entscheidungen der Bank gewissen Einfluss zu nehmen. Für die FKB hat der kantonale Gesetzgeber die folgende Regelung festgelegt:

- Nach Artikel 1 des Gesetzes vom 22. November 1988 über die Freiburger Kantonalbank (FKBG) ist die Bank eine juristische Person; sie ist somit rechtlich selbständig.
- In Artikel 2 FKBG konnte der Gesetzgeber den Zweck der Bank anschliessend selbst festlegen. Dieser besteht darin, die Wirtschaft des Kantons zu fördern, die Befriedigung der Finanzbedürfnisse der Bevölkerung zu erleichtern und die sichere Anlage ihrer Ersparnisse und Kapitalien zu ermöglichen und schliesslich dem Kanton Einnahmequellen zu erschliessen. Als Gegenleistung für die Staatsgarantie ist eine Abgeltung vorgesehen, die in gegenseitigem Einvernehmen zwischen dem Staatsrat und dem Verwaltungsrat festgelegt wird (Art. 3). Der Staat muss der Bank das Dotationskapital zur Verfügung stellen, dessen Höhe vom Grossen Rat festgelegt wird (Art. 5 Abs. 1 und 2). Die Ausgabe von Partizipationsscheinen ist beschränkt und wird nicht durch die Staatsgarantie gedeckt (Art. 5 Abs. 3).
- Der kantonale Gesetzgeber hat auch den Geschäftskreis der Bank festgelegt (Art. 8). Die Autonomie der Bank wird mit Artikel 9 eingeschränkt, der die Beteiligung der Bank an Unternehmen nur genehmigt, wenn dies im direkten Interesse der Bank oder der freiburgischen Wirtschaft liegt oder zur vorübergehenden Sicherung von Krediten nötig wird.
- Die Jahresrechnung wird zusammen mit den Berichten des Verwaltungsrates und der Revisionsstelle dem Grossen Rat zur Genehmigung unterbreitet (Art. 14).
- Die Organe der Bank sind ebenfalls durch das Gesetz bestimmt (Art. 15) wie auch die Unvereinbarkeiten, um darin Einsitz zu nehmen (Art. 16). In den Artikeln 20–42 werden die einzelnen Organe beschrieben. In Artikel 20 legt das Gesetz die Zusammensetzung des Verwaltungsrats fest: drei Mitglieder werden vom Grossen Rat, drei vom Staatsrat und ein Mitglied vom Verwaltungsrat selber ernannt. In den Artikeln 21 ff. geht es um die Funktionsweise und die Kompetenzen des Verwaltungsrats, in den Artikeln 32 ff. um die Generaldirektion, in den Artikeln 40 ff. um die externe Revisionsstelle und in Artikel 42 um die interne Revision.
- Der Präsident des Verwaltungsrates und der Präsident der Generaldirektion informieren regelmässig

die Finanzdirektion (Art. 21 Abs. 2) und die externe Revisionsstelle unterbreitet dem Grossen Rat einen Bericht (Art. 41 Abs. 3), der dem Bericht des Verwaltungsrates beigelegt wird, im Hinblick auf die in Artikel 14 vorgesehene Genehmigung.

- In den Artikeln 46 ff. werden die Jahresrechnung, die Bilanz und die Gewinnverteilung behandelt.
- Artikel 50 beauftragt den Staatsrat schliesslich mit dem Vollzug des Gesetzes.

Es lässt sich somit feststellen, dass der kantonale Gesetzgeber die Kantonalbank weitestgehend nach seinem Willen organisieren und regeln konnte.

#### 4.4 Die Anstalten und die Stiftungen

Stiftungen liefern im Allgemeinen finanzielle Leistungen (Subventionen), während die Anstalten eher materielle Leistungen gewährleisten (Die Post, Universitäten, Spitäler). Im ersten Fall ist somit das Vermögen das zentrale Element der Einheit, während die zweite juristische Konstruktion auch Personen und Sachen mit einbezieht, um die angestrebten Ziele zu erreichen. Öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Stiftungen unterscheiden sich durch ihre Errichtung und ihre Unterstellung unter das öffentliche Recht oder das Privatrecht und nicht durch die Beteiligung des Gemeinwesens; die Errichtung einer privatrechtlichen Stiftung untersteht den Vorschriften von Artikel 81 ZGB während eine öffentlich-rechtliche Stiftung durch ein Gesetz geschaffen wird. Wenn sich das Gemeinwesen und Dritte an der Finanzierung der Stiftung beteiligen und sie gemeinsam errichten, so untersteht sie dem Zivilgesetzbuch, unter anderem der in Artikel 84 ZGB vorgesehenen Aufsicht, und ist somit privatrechtlich. Errichtet das Gemeinwesen alleine eine Stiftung, so kann es zwischen der privatrechtlichen und der öffentlich-rechtlichen Form wählen. Eine privatrechtliche Stiftung erlangt das Recht der juristischen Persönlichkeit durch die Eintragung in das Handelsregister (Art. 52 Abs. 1 ZGB) während eine öffentlich-rechtliche Stiftung die juristische Persönlichkeit durch das Gesetz, das sie errichtet, erlangt, ohne dass eine Eintragung ins Handelsregister nötig wäre (Art. 52 Abs. 2 ZGB).

#### 4.5 Die privatrechtlichen Stiftungen

Die Organisation und die Funktionsweise einer privatrechtlichen Stiftung sind sehr frei. Wie jede andere juristische Person ist die Stiftung handlungsfähig, sobald sie die nach Gesetz und Statuten dafür unentbehrlichen Organe bestellt hat (Art. 54 ZGB). Die gesetzlichen Bestimmungen über die Organisation von Stiftungen sind kurzgefasst. Nach Artikel 83 ZGB müssen in der Stiftungsurkunde die Organe der Stiftung und die Art der Verwaltung angegeben sein. Gemäss dem Grundsatz der Freiheit des Stifters kann dieser die Funktionsweise der Stiftung nach Belieben regeln. Das Gesetz verlangt lediglich, dass die Stiftung über ein oberstes Stiftungsorgan verfügt, oft «Stiftungsrat» genannt (Art. 81 Abs. 2 in fine, 83a Abs. 1 und 83b Abs. 1 ZGB), und in gewissen Fällen über eine Revisionsstelle (Art. 83b und 83c ZGB). Nach Artikel 84 ZGB unterstehen die Stiftungen zudem einer Aufsichtsbehörde. Im Übrigen kann der Stifter frei über die Organisation der Stiftung entscheiden; er kann beschliessen, sich zum einzigen Mitglied des Stiftungsrats zu ernennen, seine Stellvertreter in den Stiftungsrat zu delegieren oder die Entscheide der Stiftung seiner Be-

willigung zu unterstellen. Das Gesetz sieht bezüglich der Bezeichnung der Stiftungsratsmitglieder und ihrer Rolle nichts vor (abgesehen von der Führung der Geschäftsbücher gemäss Artikel 83a Abs. 1 ZGB). Der Stiftungsrat ist ein Exekutivorgan, das versucht, den Willen des Stifters umzusetzen; eine Stiftung hat kein «gesetzgebendes» Organ, da sie nicht selbst über sich verfügen kann. Gemäss Artikel 55 Abs. 1 ZGB vertritt der Stiftungsrat die Stiftung und haftet für sie.

Um in Erfahrung zu bringen, über welche Zuständigkeiten das oberste Stiftungsorgan verfügt, kann man sich auf die Stiftungsurkunde, die Statuten und den Vertrag, der das oberste Stiftungsorgan an die Stiftung bindet, sowie auf Artikel 84 Abs. 2 ZGB beziehen, der verlangt, dass das Stiftungsvermögen seinen Zwecken gemäss verwendet wird. In der Praxis lenkt die Aufsichtsbehörde die Wahl des Stifters, indem sie mittels Musterstatuten Modelle vorschlägt. Wenn ein Mangel in der Organisation vorliegt, so ermöglicht Artikel 83d Abs. 1 ZGB der Aufsichtsbehörde, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen. Sie kann insbesondere der Stiftung eine Frist ansetzen, binnen derer der rechtmässige Zustand wieder herzustellen ist oder das fehlende Organ oder einen Sachwalter ernennen. Ist eine Neuorganisation nicht möglich, so sieht Artikel 83d Abs. 2 ZGB vor, dass das Vermögen einer anderen Stiftung mit möglichst gleichartigem Zweck zugewendet wird. Braucht es eine einfache Änderung der Organisation, ist Artikel 85 ZGB anwendbar. Artikel 86a ZGB ist eine Neuerung der Revision von 2004 und ermöglicht es dem Stifter, zu den erwähnten Bedingungen eine Zweckänderung der Stiftung zu verlangen. Das Recht auf eine Zweckänderung ist jedoch beschränkt, wenn die Stiftung einen öffentlichen oder gemeinnützigen Zweck verfolgt (Art. 86a Abs. 2 ZGB). In diesem Fall muss der geänderte Zweck aus steuerlichen Gründen ebenfalls öffentlich oder gemeinnützig sein. Nach Artikel 95 Abs. 1 Bst. i und m der Handelsregisterverordnung müssen alle Mitglieder des Stiftungsrates sowie – wenn vorhanden – die Revisionsstelle im Handelsregister eingetragen sein.

Die Stiftung Seed Capital Freiburg ist ein neueres Beispiel, bei dem diese Regelung angewendet wurde: Artikel 2 legt den Stiftungszweck fest. Der Stiftungsrat setzt sich aus drei Mitgliedern zusammen, die vom Staatsrat bezeichnet werden (Art. 3). Die finanziellen Mittel der Stiftung sind in Artikel 4 festgelegt, die Art, wie der Stiftungszweck umgesetzt werden soll, in Artikel 5 (Darlehen oder Beteiligungen) und die Kriterien, die erfüllt sein müssen, um in den Genuss der Leistungen zu kommen in Art. 6. Artikel 7 sieht den Mindestinhalt der Vereinbarungen vor, die mit den Empfängerinnen und Empfängern der finanziellen Leistungen abgeschlossen werden. Dem Staatsrat muss jährlich ein Geschäftsbericht vorgelegt werden (Art. 8). Die Auflösung der Stiftung ist in Art. 9 geregelt.

Diese Regelung zeigt, wie gross der Handlungsspielraum des Staates ist, um seine privatrechtlichen Stiftungen zu «kontrollieren», vorausgesetzt er denkt bei ihrer Errichtung daran und er macht vollumfänglich Gebrauch von den Rechtsinstituten, die ihm das Zivilgesetzbuch zu diesem Zweck zur Verfügung stellt.

#### 4.6 Die öffentlich-rechtlichen Stiftungen

Die Organisation und die Funktionsweise hängen vom Gesetz ab, das der Errichtung der Stiftung zu Grunde liegt.

Nach Artikel 59 ZGB ist das Privatrecht nicht anwendbar. Der Gesetzgeber kann sich indessen an der privatrechtlichen Regelung orientieren, die folglich ihre Wirkung als ergänzendes Recht entfaltet. Die öffentlich-rechtliche Stiftung unterscheidet sich von einem einfachen Fonds dadurch, dass der Gesetzgeber ihr die Rechtspersönlichkeit verleiht. Der Zweck, die Autonomie und die Aufgaben der Stiftung sind ebenfalls gesetzlich festgelegt. Die Freiheit, die dem Gesetzgeber in diesem Zusammenhang im Verhältnis zum Privatrecht gegeben ist, ist weniger frappant als bei anderen Arten von Einheiten (Aktiengesellschaft oder Genossenschaft des öffentlichen Rechts) angesichts der grossen Freiheit, die der Errichter einer privatrechtlichen Stiftung genießt.

Die Stiftung Altenryf ist ein Beispiel für die Kontrollbefugnis, die der kantonale Gesetzgeber dem Staat einräumen kann<sup>1</sup>: In Artikel 1 des Errichtungsbeschlusses ist der Zweck dieser Stiftung festgelegt, dann werden die Zusammensetzung des Stiftungsrats und die Art, wie er gewählt wird (Art. 6: drei vom Staatsrat bezeichnete Vertreter des Staates und der Vereinigung der Freunde von Altenryf sowie zwei Vertreter des begünstigten Gemeinwesens) sowie seine Rechte (Art. 7) bestimmt. Zudem bedürfen gewisse rechtliche Handlungen der Bewilligung des Grossen Rates und des Staatsrates (Art. 7 Abs. 1 2. Satz und Abs. 2). Auch Vorschriften zur Rechnungsprüfung sind vorgesehen (Art. 8 Abs. 2, 9 und 10). Und schliesslich sind die Fälle einer Auflösung der Stiftung in der kantonalen Gesetzgebung geregelt (Art. 12).

#### 4.7 Die Körperschaften

Körperschaften sind Verbindungen von Personen, die durch ihre Teilhabe den Willen der Einheit bestimmen. Für sie gelten die Vorschriften in den Artikeln 52 Abs. 2 und 59 Abs. 1 ZGB. Eine Eintragung ins Handelsregister ist somit nicht konstitutiv; die öffentlich-rechtlichen Körperschaften erlangen die Rechtspersönlichkeit unabhängig von jeglicher Eintragung (Art. 52 Abs. 2 ZGB). Artikel 59 Abs. 1 ZGB formuliert einen allgemeinen Vorbehalt des öffentlichen Rechts für die ihm unterstellten Einheiten.

#### 4.8 Die öffentlich-rechtlichen Körperschaften

Körperschaften des öffentlichen Rechts können Gemeinwesen sein, Gemeindeverbände, Aktiengesellschaften oder Genossenschaften. Bei all diesen öffentlich-rechtlichen Körperschaften behält der Staat eine Kontrolle bei, je nachdem, welche Aufgaben sie verwalten, wobei den einzelnen Körperschaften eine gewisse Autonomie gewährleistet wird. Die Errichtung einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft bedarf immer einer gesetzlichen Grundlage.

Gemeinwesen sind Personenverbindungen (die «Mitglieder»), die eine dem öffentlichen Recht unterstehende juristische Person bilden. Es sind Rechtssubjekte, die Rechte und Pflichten erwerben können. Dezentralisierte Gemeinwesen haben die Besonderheit, von einem anderen (zentralen oder nicht zentralen) Gemeinwesen abhängig zu sein; sie müssen somit von der übergeordneten Einheit errichtet, oder zumindest anerkannt worden sein und von ihr beaufsichtigt werden. Ein Beispiel für

<sup>1</sup> Beschluss vom 27. Dezember 1966 über die Errichtung der Stiftung Altenryf (SGF 191.23.31).

dezentralisierte Gemeinwesen sind die Gemeinden oder auch die Kirchgemeinden; sie sind nicht Thema dieses Berichts.

In den Gemeindeverbänden (des öffentlichen Rechts) schliessen sich Gemeinden zusammen, um kommunale Aufgaben gemeinsam wahrzunehmen (vgl. Art. 109 ff. des Gesetzes vom 25. September 1980 über die Gemeinden<sup>1</sup>). Wenn er einmal errichtet ist, ist der Gemeindeverband eine gegenüber den Gemeinden, die ihm angehören, eigenständige juristische Person. Die Einzelheiten der Errichtung dieser Art Einheit sind im kantonalen Recht geregelt; das Genehmigungsverfahren gewährleistet eine Kontrolle durch den Staat. Auch die Gemeindeverbände sind nicht Thema dieses Berichts.

Der (kantonale oder eidgenössische) Gesetzgeber hat die Möglichkeit, durch einen öffentlich-rechtlichen Akt eine Gesellschaft des öffentlichen Rechts nach dem Modell der Aktiengesellschaft zu errichten. Er errichtet somit eine juristische Person mit einem Kapital, das in Aktien aufgeteilt ist, auf die aber die Vorschriften des Privatrechts nicht angewendet werden können, ausser eventuell ergänzend aufgrund eines Verweises im Gesetz, das sie konstituiert (z. B. Art. 1 Abs. 2 der Loi vaudoise organisant la Banque cantonale vaudoise vom 20. Juni 1995). Artikel 763 OR setzt dem kantonalen Gesetzgeber jedoch gewisse Grenzen, was die Errichtung solcher juristischer Personen betrifft: Er verlangt, dass die Gründung in Form eines Gesetzes erfolgt, dass die subsidiäre Haftung des Kantons vorgesehen ist (es sei denn, die Gründung ist vor 1883 erfolgt), dass die Gesellschaft einem allgemeinen öffentlichen Interesse dient und unter Mitwirkung öffentlicher Behörden verwaltet wird. Die fragliche Gesetzesgrundlage muss unter anderem den Zweck, die Organisation und die finanziellen Mittel der Einheit regeln. Die Spezialgesetze, mit denen öffentlich-rechtliche Aktiengesellschaften gegründet werden, verwenden verschiedene Mittel, um die Einflussnahme des Staates auf deren Willensbildung zu gewährleisten: eine Genehmigung ist erforderlich, es muss garantiert sein, dass der Staat die Mehrheit innehat, der Staat muss im Verwaltungsrat vertreten sein; je nach gewähltem System ist die Unabhängigkeit der Aktiengesellschaft mehr oder weniger ausgeprägt.

Der (kantonale oder eidgenössische) Gesetzgeber kann auch eine Gesellschaft gründen, für die er sich an der Struktur der Genossenschaft orientiert. Artikel 829 OR erwähnt die Existenz solcher Genossenschaften, stellt jedoch keine Bedingungen. Fest steht, dass ihre Errichtung durch einen gesetzlichen Erlass erfolgt und ein öffentliches Interesse bestehen muss.

Im Kanton Freiburg gibt es bis heute keinen Fall einer Aktiengesellschaft oder einer Genossenschaft des öffentlichen Rechts.

#### 4.9 Die privatrechtlichen Körperschaften

Die privatrechtlichen Körperschaften fassen die (reinen oder gemischtwirtschaftlichen) Aktiengesellschaften, die übrigen Handelsgesellschaften und die übrigen privatrechtlichen Körperschaften wie die Vereine unter sich zusammen. Diese Körperschaften sind privatrechtliche Rechtsträger; die Einheiten werden von Aktionären oder Gesellschaftern und nicht vom Gemeinwesen errichtet.

<sup>1</sup> SGF 140.1

Bei den privatrechtlichen Körperschaften vom Typ reine Aktiengesellschaft handelt es sich um Fälle einer einfachen Beteiligung an gewöhnlichen Aktiengesellschaften im Sinne von Artikel 620 ff. OR. Das Gemeinwesen kann als einfacher Minderheitsaktionär auftreten. Das Privatrecht findet in diesem Fall vollumfänglich Anwendung und gibt dem Gemeinwesen allerhöchstens die Möglichkeit, in seiner Funktion als Minderheitsaktionär einen besonderen Schutz im Sinne von Artikel 709 Abs. 2 OR zu verlangen.

Die gemischtwirtschaftliche Gesellschaft bezeichnet Fälle, in denen das Gemeinwesen die Mehrheit an einer Privatgesellschaft hält, oder an sich eine Minderheitsbeteiligung hat, die jedoch durch Artikel 762 OR verstärkt ist. Diese Gesellschaften müssen einem öffentlichen Interesse dienen, das eine Beteiligung des Staates rechtfertigt. Groupe E und die TPF gehören zu dieser Kategorie. Die Gesellschaft kann erstens ganzheitlich in den Händen des Gemeinwesens sein; in diesem Fall ist sie dem Privatrecht unterstellt, wird aber vom Gemeinwesen geführt. Zweitens kann das Gemeinwesen Mehrheitsaktionär sein; auch diese Situation fällt unter das Privatrecht. Seine Vertreter im Verwaltungsrat werden daher von der Generalversammlung gewählt und nicht direkt ernannt; sie haben die gleiche Funktion und Stellung wie die übrigen Verwaltungsratsmitglieder. Bei einer Vertretung im Verwaltungsrat von gewöhnlichen Aktiengesellschaften kann das Gemeinwesen seinen Vertreter nicht einfach abberufen (ausser wenn es Mehrheitsaktionär ist), im Gegensatz zum Fall, in dem dieser Vertreter auf der Grundlage von Artikel 762 OR abgeordnet wurde.

Drittens erlaubt es die gemischtwirtschaftliche Gesellschaft im Sinne von Artikel 762 OR dem Gemeinwesen, Vertreter in den Verwaltungsrat oder in die Revisionsstelle abzuordnen, wodurch sie einen besonderen Platz einnimmt. Es braucht keine Zustimmung der Generalversammlung. Dieses Privileg kann ihm auch eingeräumt werden, wenn es nicht Aktionärin ist. Dafür wird die Haftung für seine Vertreter auf das Gemeinwesen abgewälzt (Art. 762 Abs. 4 OR). Die Bildung einer verstärkten gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft im Sinne von Artikel 762 OR ist nur dann interessant, wenn der Staat nicht bereits Mehrheitsaktionär ist, da er dann über eine Entscheidungsbefugnis verfügt, die genügt, um die Gesellschaft zu führen. Zwei Voraussetzungen müssen für diese Art Gesellschaft erfüllt sein: (1) Die Statuten müssen die Vertretung des Staates vorsehen und ein öffentliches Interesse muss dieses staatliche Engagement rechtfertigen. (2) Zur Überführung einer Aktiengesellschaft in eine gemischtwirtschaftliche Gesellschaft bedarf es der absoluten Mehrheit (Art. 703 OR) oder der Einhaltung des Quorums in Artikel 704 OR resp., wenn der Gesellschaftszweck geändert (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 1 OR) oder die Gewinnstrebigkeit aufgehoben wird (Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR).

Aus Sicht dieses Berichts stellt die privatrechtliche Gesellschaft dem Gemeinwesen, das eine solche Einheit schaffen will oder eine bestehende übernimmt, im Allgemeinen drei Arten von Fragen:

1. Sind die Zwecke (insbesondere die wirtschaftlichen) vereinbar mit den Merkmalen einer Handelsgesellschaft? (1) Diese sollte im Wesentlichen einen Gewinn bringen («Gewinnstrebigkeit»); sie hat daher a priori keinen moralischen Ansprüchen zu genügen und muss keine Bedürfnisse ausser den ihren erfüllen. (2) Der Gewinn, den diese Gesellschaft erzielt, muss grund-

sätzlich den Aktionären als Ertrag ihrer Investitionen und als Vergütung für die Risiken zukommen, die sie eingehen; somit unterscheidet sich das Aktienkapital vom Dotationskapital, das das Gemeinwesen seinen ausgelagerten Einheiten zur Verfügung stellt. (3) Die Gesellschaft ist auf einer grundsätzlichen Trennung zwischen Eigentum und Kontrolle aufgebaut: Die Aktionäre delegieren die Verwaltung ihrer Investitionen an die Gesellschaftsorgane. Zahlreiche wirtschaftliche Mechanismen wurden im Laufe der Zeit ausgearbeitet und eingeführt, um zu verhindern, dass diese Organe ihre persönlichen Interessen zum Nachteil der Interessen der Gesellschaft in den Vordergrund rücken; dies ist insbesondere der Zweck aller Formen der Vergütung nach Anteil am Geschäftsergebnis.

2. Wie müssen die Vertreter des Gemeinwesens in den Gesellschaftsorganen mit dem Risiko von Interessenkonflikten umgehen? Dieses Risiko besteht, auch wenn es dadurch eingeschränkt ist, dass die Gesellschaft indirekt ein öffentliches Interesse verfolgen sollte und dass deshalb das öffentliche Interesse und das Interesse der Gesellschaft übereinstimmen sollten; dies ist insbesondere der Fall, wenn das öffentliche Interesse in den Statuten festgeschrieben ist, die die Gesellschaft steuern. Besteht das Problem trotzdem weiterhin, sind folgende Lösungen in Betracht zu ziehen: (1) Zwischen Gesellschafts- und öffentlichem Interesse muss das Gesellschaftsinteresse überwiegen, jedoch ohne dass das öffentliche Interesse vergessen geht. (2) Im Fall von unlösbaren Konflikten: Wenn die Anweisungen des Gemeinwesens von seinen Vertretern eingehalten werden müssen, geht es das Risiko ein, dass es bei Entscheiden gegen das Gesellschaftsinteresse haftet; wenn es zulässt, dass die Vertreter den Anweisungen nicht folgen, riskiert man, das Gemeinwesen für Entscheide verantwortlich zu machen, die es nicht gefällt hat. Die Stellung des Gemeinwesens ist also in beiden Fällen nicht ohne Risiko, wenn das öffentliche vom Interesse der Gesellschaft abweicht. Das Gemeinwesen muss an dieser Abweichung arbeiten und die sich aufdrängenden Schlüsse daraus ziehen, notfalls muss es seine Beteiligung aufgeben. Behält es sie aufrecht, muss es sich darum kümmern, dass das öffentliche Interesse (Tätigkeitsgebiet und -art) und seine Priorität in Bezug auf den Zweck, Gewinne zu erzielen, in den Gesellschaftsstatuten festgeschrieben wird; die Vertreter des Gemeinwesens im Verwaltungsrat können in Übereinstimmung mit ihrem «Auftrag» handeln, ohne dass sie selbst oder das Gemeinwesen haftbar gemacht werden können. Es wäre hingegen illusorisch, die Frage zu regeln, indem den Vertretern des Gemeinwesens in den Statuten der Gesellschaft ein Recht eingeräumt würde, das öffentliche Interesse zu privilegieren, und daraus keine Konsequenzen für die Haftung zu ziehen.

Befolgen die Vertreter des Gemeinwesens seine Anweisungen nicht, kann es diese abberufen (Art. 762 Abs. 2 OR), aber es kann die getroffenen Entscheide nicht rückgängig machen. Die Generalversammlung kann die Vertreter des Gemeinwesens natürlich nicht abberufen; hingegen kann sie das Gemeinwesen wenn nötig durch Klageeinreichung darum ersuchen, wenn wichtige Gründe bestehen. Die Vertreter des Gemeinwesens in der Generalversammlung einer Gesellschaft sind diesen Problemen nicht ausgesetzt. Der allgemeine Betrieb nach Art. 689b OR erlaubt ihnen, die

Anweisungen zu befolgen und im Übrigen haften die Aktionäre nicht.

Die Vertreter des Gemeinwesens im Sinne von Artikel 707 Abs. 3 OR hingegen können auf der Grundlage von Artikel 705 OR von der Generalversammlung abberufen werden.

3. Welche Informationen kann/muss das Gemeinwesen von seinen Vertretern in der Gesellschaft erhalten? Es muss zwingend informiert werden – mindestens bis zu einem gewissen Grad – damit es seine Weisungen herausgeben kann. Diese Informationspflicht muss allerdings den Rahmen des öffentlichen Interesses, dessen Zweck die Gesellschaft hat, nicht sprengen; sie untersteht im Übrigen dem zwingenden Recht, insbesondere wenn es sich um eine börsennotierte Gesellschaft handelt.

## 5. EINE VERGLEICHENDE ANALYSE

Die Bezugnahmen in den nachfolgenden Ausführungen ermöglichen das Errichten eines schweizerischen Rechtsstandards; gestützt auf diesen Standard kann der Kanton Freiburg seine aktuelle Stellung einschätzen und die Lösung ausarbeiten, die er einzuführen gedenkt.

### 5.1 Der Bund

Am 13. September 2006 hat der Bundesrat einen Bericht über die Corporate Governance verabschiedet<sup>1</sup>. In der Folge wurden vier Postulate eingereicht, die 2009 zum Erstellen eines Zusatzberichts über dasselbe Thema geführt haben<sup>2</sup>.

Der Bericht aus dem Jahr 2006 ordnet die Aufgaben des Bundes vier Aufgabentypen zu: Ministerialaufgaben, Dienstleistungen mit Monopolcharakter, Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht, Dienstleistungen am Markt; damit soll geklärt werden können, ob eine Aufgabe ausgelagert werden kann (Kap. 3). Anschliessend werden im Bericht 28 Leitsätze zu acht Steuerungselementen für ausgelagerte Einheiten aufgeführt: Rechtsform, Organe, Bundesvertreter, Haftungen, besondere Kompetenzen, strategische Ziele, Kontrolle und Oberaufsicht, Finanzen und Steuern (Kap. 4). Diese Leitsätze werden auf die Aufgabentypen mit Auslagerungseignung angewandt und zu einem aufgabentypenspezifischen Steuerungsmodell zusammengefasst (Kap. 5). Der Bericht legt zudem die Rollenverteilung innerhalb des Bundes fest (Kap. 6).

Der Bericht 2009 ergänzt den Bericht 2006 in folgenden Punkten: Instruierbare Bundesvertreter in Verwaltungsräten (Kap. 3), Personalpolitik und Pensionskassen (Kap. 4), eine angemessene Vertretung der Geschlechter und der Sprachregionen (Kap. 5), bundesrätliches Controlling (Kap. 6).

Die Organisationsform, welche für die in Betracht gezogenen Einheiten gewählt wurde, muss «dem Bund als Eigner den Einfluss und die Kontrolle sichern, die der öffentlichen Zweckbestimmung seines Eigentums bzw. seiner Beteiligung entspricht». Die Autonomie der Ge-

<sup>1</sup> Bericht des Bundesrates vom 13. September 2006 zur Auslagerung und Steuerung von Bundesaufgaben, BBl 2006, S. 8233 ff. (im Folgenden: Bericht 2006).

<sup>2</sup> Zusatzbericht des Bundesrates vom 25. März 2009 zum Corporate-Governance-Bericht – Umsetzung der Beratungsergebnisse des Nationalrats, BBl 2009, S. 2659 ff. (im Folgenden: Bericht 2009).

sellschaft darf jedoch nur so weit als nötig eingeschränkt werden. Was die Vertretung in den Verwaltungsräten betrifft und unter Berücksichtigung der Interessenkonflikte, die zwischen dem Bund und der betroffenen selbstständigen Einheit entstehen können, soll «der Bund mit instruierbaren Vertretern und Vertreterinnen nur noch in Verwaltungs- oder Institutsräten Einsitz nehmen, wo dies erforderlich ist». Eine solche Vertretung wird dann als notwendig erachtet, wenn die Beteiligung des Bundes aufgrund dessen spezifischer Kenntnisse erforderlich ist, oder wenn er keine anderen Mittel hat, um seine Interessen zu verteidigen. Aus diesen Überlegungen ergibt sich folgender Grundsatz: «Der Bund soll mit instruierbaren Vertreterinnen und Vertretern nur noch in Verwaltungs- oder Institutsräten verselbständigter Einheiten Einsitz nehmen, wenn sich seine Interessen ohne diese Vertretung nicht im erforderlichen Mass wahrnehmen lassen oder wenn das Anforderungsprofil des Verwaltungs- oder Institutsrats dies nahelegt.» Der Bund hat ausserdem den Auftrag, die Ziele festzulegen.

Aufgrund eines Postulats einer der Geschäftsprüfungskommissionen des Parlaments<sup>1</sup> hat der Bericht 2009 die Problematik der Vertretung des Bundes in Verwaltungsräten erörtert. Es werden besonders zwei Aspekte behandelt: (1) der privilegierte Informationszugang, der durch die Beteiligung entsteht; (2) die Interessenkonflikte zwischen dem Bund und der betroffenen Gesellschaft. Was die Weitergabe von Informationen betrifft, müssen die vom Aktienrecht (Art. 717 Abs. 2 OR) sowie vom Finanzmarktrecht (Art. 1 BEHG) gesetzten Grenzen berücksichtigt werden. Für den Fall von Interessenkonflikten sieht der Bund den Vorrang des Gesellschaftsinteresses vor. Er schätzt ausserdem das Risiko für Konflikte als minim ein, da sich seine Präsenz durch ein öffentliches Interesse an der Gesellschaft erklärt, das vom statutarischen Gesellschaftszweck reflektiert werden muss; das öffentliche Interesse und das Gesellschaftsinteresse sollen demnach konvergieren.

Im März 2010 wurde eine parlamentarische Initiative eingereicht, die vom Bund verlangt, die Frage, wie das Parlament seine Oberaufsichtsfunktion wahrnehmen soll, vertieft anzugehen. Der Bundesrat soll in diesem Rahmen strategische Ziele erlassen, welche als Anknüpfungspunkt dieser Aufsicht dienen sollen. Das Parlament wird beim Erlass dieser strategischen Ziele mitwirken können. Schliesslich schlägt die Initiative vor, die Berichte des Bundesrats zu vereinheitlichen<sup>2</sup>.

## 5.2 Kantone

Im Folgenden werden diejenigen Kantone aufgeführt, die sich besonders intensiv mit ihrer Möglichkeit einer Kontrolle der Einheiten, die sie besitzen oder an denen sie beteiligt sind, befasst haben:

### 5.2.1 Aargau

Im Jahr 2007 hat der Kanton Aargau «Richtlinien»<sup>3</sup> erlassen, um eine einheitliche Verwaltung seiner Beteili-

gungen sicherzustellen. Die Richtlinien regeln das Verhältnis zwischen dem Kanton und seinen Beteiligungen, sie legen die Teilnahmebedingungen fest und beschreiben, welche institutionelle Struktur notwendig ist. Sie verlangen insbesondere einen jährlichen «Beteiligungsreport». Überdies müssen die Ziele und Strategien unter Berücksichtigung der Kantonsinteressen festgelegt werden. Diese müssen in der Folge regelmässig evaluiert werden (R 16). Die wichtigen Dokumente sind öffentlich zugänglich (R 20), was die Transparenz sicherstellt. In diesen Richtlinien ist jedoch das Recht, Kantonsvertretern Weisungen zu erteilen, nicht vorgesehen.

Es ist vorgesehen, diese Richtlinien auf der Grundlage der gemachten Erfahrungen zu überprüfen. Diese Revision könnte neue Elemente hervorbringen, zum Beispiel eine differenzierte Behandlung der Mehrheits- und Minderheitsbeteiligungen, eine Vereinfachung der Aufgabe des kantonalen Finanzdepartements, das Aufstellen von Selektionskriterien für die Mitglieder der Verwaltungsräte und das Festlegen ihrer Entlohnung.

### 5.2.2 Basel-Landschaft

Der Kanton Basel-Landschaft hat eine «Verordnung» erlassen, die am 1. Juli 2009 in Kraft getreten ist. Diese Verordnung legt die Rolle der Behörden fest (§ 4–7) und regelt die Steuerung der kantonalen Beteiligungen (§ 8–22) sowie die Kantonsvertretung (§ 23–28).

Die zu verfolgenden Ziele und Strategien müssen klar definiert werden (§ 8 ff.). Eine Kantonsvertretung ist nur erforderlich, wenn dies strategisch notwendig ist (§ 23). Bezüglich der Beziehungen zwischen den kantonalen Behörden und ihren Vertretern sagt das Gesetz weder etwas darüber aus, ob die Vertreter durch die vom Kanton angenommenen Ziele und Strategien gebunden sind, noch ob ihnen Weisungen gegeben werden können.

### 5.2.3 Bern

Der Kanton Bern hat im Jahr 1995 «Grundsätze über das Verhältnis des Kantons zu seinen öffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmen» verabschiedet; im Jahr 2007 wurde dieser Text erneut überprüft, darauf wurde von der Regierung ein Bericht verfasst. In der Folge hat der Regierungsrat am 3. März 2010 eine Richtlinie mit dem Titel «Gesamtkonzept der Aufsicht und des Controllings gegenüber den kantonalen Beteiligungen, Unternehmen und Institutionen» angenommen. Mit dieser Richtlinie werden die Instrumente und Verfahren für die Kontrolle festgelegt; sie schafft auch eine gewisse Transparenz.

Konkret legt sie die Rollen und Zuständigkeiten der verschiedenen Behörden fest (Kap. 3), sie gibt die Kernelemente der Aufsicht und des Controllings vor und legt sie dar: Es sind dies die Eignerstrategien, die Aufsichtskonzepte, die Anforderungsprofile für Verwaltungs- und Stiftungsräte, ein jährliches standardisiertes Reporting, die Spezialberichterstattungen, die Controlling-Gespräche mit den Leitungen der Organisationen sowie die anderen Instrumente und Tätigkeiten (Kap. 4–11).

Das Finanzkonzept muss Zweck und Interesse des kantonalen Engagements enthalten sowie die Ziele, Rollen und Aufgaben einer Kantonsvertretung in einem Verwaltungs- oder Stiftungsrat (Kap. 6.2); die Richtlinie legt jedoch nicht jedes dieser verschiedenen Elemente ausführ-

<sup>1</sup> Postulat der Geschäftsprüfungskommission des Nationalrats vom 23. November 2007, Nr. 07.3772.

<sup>2</sup> Parlamentarische Initiative, Parlamentarisches Instrumentarium zu den strategischen Zielen der verselbstständigten Einheiten. Bericht der Finanzkommission des Nationalrates vom 29. März 2010, BBl 2010, S. 3377 ff.

<sup>3</sup> Richtlinien zur Public Corporate Governance (PCG-Richtlinien) vom 7. März 2007.

lich dar. Ebensovienig wird auf die Frage der Erteilung allfälliger Weisungen an Kantonsvertreter eingegangen.

#### 5.2.4 Genf

In Anlehnung an die vom Bund (weiter oben Kap. 5.1) und von internationalen Organisationen wie der OECD definierten Leitlinien hat der Kanton Genf einen «Gesetzesentwurf» erarbeitet, der die Reform der Governance und der Kontrolle der öffentlich-rechtlichen Anstalten zum Ziel hat. Der Entwurf hat die wichtigsten rechtlich selbstständigen öffentlich-rechtlichen Anstalten und Stiftungen im Blick, welche Aufgaben aus dem Bereich des kantonalen Rechts ausführen und der Aufsicht des Staatsrats unterstellt sind. Ziel ist eine Kontrolle sowie eine kohärente Aufsicht dieser Einheiten.

Die Frage der Beteiligungen des Kantons an den Gesellschaften ist nicht geregelt.

#### 5.2.5 Jura

Am 24. März 2009 hat der Kanton Jura «Richtlinien» zur Kantonsvertretung in Partnereinheiten erlassen. Diese Richtlinien legen fest, wie die zu verfolgende Strategie bestimmt werden soll (Art. 3), sie regeln die Kantonsvertretung (Art. 4–10 und 12–13) und verlangen eine Überwachung der Beteiligungen (Art. 11).

Die Kantonsvertreter in Führungsorganen juristischer Personen erhalten ein «Auftragsschreiben», welches die angestrebten Ziele festlegt (Art. 8). Die Überwachung der Tätigkeit dieser Vertreter erfolgt über mindestens einmal jährlich stattfindende Treffen (Art. 10).

Die Kantonsvertreter in den Generalversammlungen der Einheiten erhalten Weisungen zu den Abstimmungen (Art. 12 Abs. 3).

Trotz der Möglichkeit, seine Vertreter zu instruieren, hat der Kanton keine Garantie, dass sein Wille respektiert wird; die Entscheide sowohl in den Generalversammlungen als auch in den Verwaltungs-, Instituts- oder Stiftungsräten werden nämlich mit Mehrheitsbeschluss gefällt.

#### 5.2.6 Luzern

Im Jahr 2007 hat der Kanton Luzern «Corporate Governance-Richtlinien» angenommen (Verordnung 1630). Dieser Text ist der Öffentlichkeit nicht zugänglich. Ausserdem ist er überholt; zum Zeitpunkt der Redaktion dieses Berichts läuft ein Gesetzesentwurf über dieses Thema, das im Kanton ständig diskutiert wird.

#### 5.2.7 Wallis

Die Walliser Kantonsverfassung sieht in Art. 40 vor, dass die vom Grossen Rat ausgeübte Oberaufsicht über die Tätigkeiten des Staates sich auch auf die Kantonsvertreter in den Gesellschaften bezieht, an denen der Kanton eine Mehrheitsbeteiligung besitzt.

Der Kanton Wallis hat im Jahr 2009 auch einen «Gesetzesvorentwurf» über die Beteiligung des Staates an juristischen Personen erarbeitet. Dieser Vorentwurf legt die Bedingungen für Erwerb und Veräusserung von Beteiligungen fest (Art. 3–5), er reglementiert die Vertretung des Kantons in Organen juristischer Personen (Art. 6–19) und sieht eine finanzielle Überwachung der Beteiligungen vor (Art. 20–25). Ein Gesetz über die Beteiligung des

Staates an juristischen Personen und anderen Einrichtungen ist vom Grossen Rat am 7. März 2011 angenommen worden.

Bei Vertretungen in Organen der Oberleitung sieht Art. 12 Abs. 1 des Vorentwurfs vor, dass die Vertreter das öffentliche Interesse verteidigen und über die Einhaltung der Ziele wachen, welche von der Behörde festgelegt wurden. Von Amtes wegen oder auf Gesuch hin erhalten sie Weisungen (Art. 12 Abs. 2). An den obligatorischen Besprechungen zwischen den Vertretern und der Behörde werden die Zielsetzungen aktualisiert und die Vertreter erstellen einen Situationsbericht (Umsetzung der Ziele, Interessenkonflikt) (Art. 20). Bei Vertretungen in Generalversammlungen gibt die Behörde den Vertretern Stimminstruktionen (Art. 21).

Wie beim Kanton Jura ist auch hier aufgrund der Mehrheitserfordernisse die Möglichkeit der Stimminstruktion keine Garantie, dass das gewünschte Resultat erzielt wird.

#### 5.2.8 Waadt

Die Verfassung des Kantons Waadt sieht in Art. 108 vor, dass der Grosse Rat über die Beteiligung des Kantons an juristischen Personen entscheidet. Die Artikel 161 ff. der Verfassung regeln die Finanzordnung des Kantons; in diesem Kontext sieht Art. 162 Abs. 1 vor, dass der Kanton und die Gemeinden sich an juristischen Personen beteiligen oder solche gründen können. In einem zweiten Satz wird angefügt, dass das Gesetz die Einzelheiten der Kontrolle dieser juristischen Personen festlegt.

Um diesen in Art. 162 formulierten Auftrag ausführen zu können, hat der Kanton Waadt am 17. Mai 2005 ein eigentliches «Gesetz» über die Beteiligungen von Staat und Gemeinden an juristischen Personen verabschiedet (LPECPM)<sup>1</sup>; das Gesetz ist am 1. Januar 2006 in Kraft getreten.

Dieses Gesetz legt die Bedingungen für Erwerb und Veräusserung von Beteiligungen fest (Art. 3–4), es reglementiert die Vertretung des Gemeinwesens in den Organen juristischer Personen (Art. 5–14), sieht eine finanzielle Überwachung der Beteiligungen vor (Art. 15–19) und legt Anforderungen für die Revision der betreffenden juristischen Personen fest (Art. 20–21).

Was die Vertretung in der Oberleitung von juristischen Personen angeht, hat der Staatsrat den Auftrag, die strategischen und finanziellen Ziele festzulegen und seinen Vertretern oder der juristischen Person selber zu kommunizieren (Art. 6, 11 und 15 Bst. a). Die Vertreter müssen periodisch einen Bericht über ihre Tätigkeit erstellen und allfällige Interessenkonflikte erwähnen (Art. 15).

Was die Vertretung in Generalversammlungen angeht, gibt der Staatsrat den Vertretern des Kantons Stimminstruktionen (Art. 16).

Für die Waadt gilt dasselbe wie für die Kantone Jura und Wallis: Trotz der Möglichkeit zur Stimminstruktion hat der Kanton keinerlei Garantie, dass seine Weisungen die gewünschten Resultate bringen, da die Entscheide mit Mehrheitsbeschluss gefällt werden.

Am 1. November 2010 hat der Rechnungshof des Kantons Waadt seinen «Audit sur la gestion des participations financières dans dix communes vaudoises» veröf-

<sup>1</sup> RSV 610.20.



fentlich. Er analysiert die Anwendung des kantonalen Gesetzes, stellt Mängel fest (insbesondere beim Informationsfluss) und schlägt Verbesserungen vor. Der Hof stellt ebenfalls fest, dass das Gesetz in gewissen Gemeinden noch verkannt wird, dass die Gemeinden sich über den administrativen Aufwand beklagen, den das Gesetz mit sich bringt, dass keine systematische Überwachung ihrer Beteiligung besteht und dass die Vertreter in den Organen der kommunalen Einheiten vor allem Mitglieder der Gemeindebehörden sind, «was Vorteile hat, aber auch gewisse Risiken in sich birgt».

### 5.2.9 Graubünden

Im September 2010 hat der Regierungsrat einen Bericht über die Umsetzung der «Public Corporate Governance» und einen Entwurf für eine Verordnung veröffentlicht<sup>1</sup>.

Im Bericht werden 22 Grundsätze formuliert. Der Bericht zeichnet sich insbesondere dadurch aus, dass je nach Situation eine differenzierte Vorgehensweise gewählt wird, besonders was die Rechtsformen und die klare Trennung zwischen Führungsmitteln und Kontrollmitteln angeht.

Die Erklärungen zur Vertretung des Kantons sind sehr einschneidend: Vertreter des Kantons werden nur noch ausnahmsweise in Verwaltungsräten der betroffenen Einheiten Einsitz nehmen können, dies aufgrund des Risikos von Interessens- und Rollenkonflikten, wie es bei jeder Situation von Selbstkontrolle besteht.

### 5.3 Fazit

Als Erstes kann festgestellt werden, dass sowohl der Bund als auch etliche Kantone Texte zum Gegenstand des vorliegenden Berichts ausgearbeitet haben oder momentan daran arbeiten. Gemeinsam ist diesen Texten, dass sie erst kürzlich entstanden sind und sich mehr oder weniger mit denselben konkreten Fragestellungen beschäftigen. Auch greifen sie zum Beantworten dieser Fragen im Grossen und Ganzen auf ähnliche Rechtsinstitute zurück. Schon aus diesem Gesichtspunkt entspricht also die Situation im Kanton Freiburg nicht dem, was nach und nach zu einem schweizerischen juristischen Standard geworden ist, da ja bis jetzt kein Text erarbeitet wurde, der sich spezifisch mit der Frage der kantonalen Beteiligungen, Anstalten oder Stiftungen befassen würde. Es trifft zu, dass der Kanton Freiburg weniger Beteiligungen an Gesellschaften besitzt und weniger Stiftungen und Anstalten gegründet hat als andere Kantone.

Aus einem formalen Gesichtspunkt sind die Rechtsinstrumente entweder in einem Verwaltungsakt (Richtlinien) oder in einem Erlass (formelles und/oder materielles Gesetz) enthalten; von dieser Feststellung abgesehen ist es kaum möglich zu ermitteln, in welchem Fall aus welchem Grund eine bestimmte Lösung einer anderen vorgezogen wird. Schliesslich gibt es Kantone, die sogar über eine spezifische verfassungsrechtliche Grundlage verfügen; dies ist allerdings nicht Standard und darum kann man in Bezug auf diesen Punkt auch nicht sagen, die Freiburger Rechtsordnung sei untypisch.

Aus einem materiellen Gesichtspunkt können nach der Durchsicht der aufgeführten Texte drei Feststellungen gemacht werden. Falls der Kanton Freiburg ebenfalls einen administrativen Text oder einen Erlass erarbeiten

sollte, wäre er wahrscheinlich mit denselben Bedingungen konfrontiert:

1. Bei der Kontrolle dezentralisierter Einheiten sind zwei Vorgehensweisen möglich: (1) die eine beruht auf Transparenz (Reporting an den Kanton, dieser hat Zugang zu den Informationen); dies ist insbesondere im Kanton Aargau der Fall, ebenso in den Kantonen Basel-Land und Bern. (2) Der andere Ansatz ist einschneidender: Das Verwalten der kantonalen Interessen wird nicht nur über eine intensive Kommunikation zwischen Behörden und Vertretern geführt, sondern auch über die Verpflichtung der Vertreter, die Ziele und Weisungen, welche der Kanton festlegt, zu respektieren (so in den Kantonen Jura, Wallis, Waadt).
2. Die Systeme, die eingerichtet wurden, geben keine Garantie dafür, dass die Gesellschaft nach dem Willen des Gemeinwesens verwaltet wird. Die Transparenz zwingt die Gesellschaft keineswegs dazu, auf eine gewisse Weise zu handeln, höchstens sehr indirekt über einen gewissen öffentlichen Druck (dessen Zustandekommen jedoch ungewiss ist). Die Weisungen, die den Vertretern gegeben werden, können kein Resultat garantieren, da die Entscheide in den Gesellschaften, Instituten und Stiftungen im Allgemeinen mit Mehrheitsbeschluss gefällt werden.
3. Das Problem der potenziellen Interessenkonflikte wird häufig nicht thematisiert. Insbesondere die Texte aus den Kantonen der Romandie (Jura, Wallis, Waadt) stellen ein Kommunikationssystem auf, welches das Aufdecken allfälliger Konflikte ermöglicht, sie sagen jedoch nicht, wie diese Konflikte geregelt werden sollen. Vielleicht sind diese Kantone der Meinung, dass das öffentliche Interesse den Vorrang haben soll, auf der Grundlage des öffentlichen kantonalen Rechts und des Ziels, das dieses für jede Einheit festlegt. Der Bund hat seinerseits eine Lösung umrissen: Das Interesse der Gesellschaft hat Vorrang; dies hat jedoch zur Folge, dass die Möglichkeiten, die Entscheide der betroffenen Einheit im Sinn des öffentlichen Interesses zu beeinflussen, entsprechend kleiner sind.

## 6. DIE VERFÜGBAREN RECHTLICHEN KONTROLLINSTRUMENTE

Diese Kontrollinstrumente sind unterschiedlich, wie auch ihre gesetzlichen oder statutarischen Grundlagen; der Entscheid des Gemeinwesens darüber, ob sie eingesetzt werden oder nicht, hängt sehr stark vom angestrebten Ziel ab.

### 6.1 Die gesetzlichen Grundlagen (inklusive *de lege ferenda*)

Die Aufzählung ist nicht nach Priorität geordnet, der Kanton Freiburg könnte die Instrumente auch kombinieren. Gewisse Instrumente sind im Freiburger Recht bereits vorhanden (*de lege lata*); andere könnten eingeführt werden (*de lege ferenda*).

#### 6.1.1 Die Kantonsverfassung

Es zeigt sich, dass die im Jahr 2004 revidierte Verfassung des Kantons Freiburg keine Bestimmung über die Fragen enthält, welche durch die Beteiligungen des Staates (oder von Gemeinden) an dezentralisierten Einheiten

<sup>1</sup> Bericht an den Grossen Rat, Heft Nr. 6/2010-2011 (ist auch auf der Internetseite des Kantons Graubünden verfügbar).

(seien dies Gesellschaften oder Anstalten) aufgeworfen werden. Die Verfassung enthält wohl Bestimmungen, die sehr indirekt auf gewisse Aspekte dieses Themas eingehen. Beispiel: Artikel 88 Abs. 2 schreibt den Mitgliedern des Grossen Rates und des Staatsrats sowie den Oberamtspersonen vor, alle ihre privaten und öffentlichen Interessenbindungen offenzulegen. Diese Art Verfassungsnormen waren offensichtlich nicht für die Beteiligungen des Staates gemeint und können daher nicht ausreichen als Grundlage für eine Politik und eine umfassende Gesetzgebung in dieser Sache.

Artikel 54 regelt die Erfüllung von staatlichen Aufgaben durch Dritte und behandelt Möglichkeit und Bedingungen (Rechtmässigkeit und öffentliches Interesse). Die Absätze 2 und 3 sind dagegen sehr kurz gefasst: Das Gemeinwesen übt die Aufsicht über die übertragenen staatlichen Aufgaben aus, jedoch ohne dass die Verfassung Ausmass, Ziel und Modalitäten definieren würde; für die Beteiligungen an privaten Einheiten ist keine Aufsicht vorgesehen. Es wäre wahrscheinlich möglich, eine solche Bestimmung einzuführen, wenn der Kanton die Pflicht des Staates zur Überwachung der Verwaltung seiner Beteiligungen in Gesellschaften und seiner Anstalten verstärken möchte. Mehrere Kantone sind, mit unterschiedlichen Formulierungen, in diesem Sinne vorgegangen. Hier einige Beispiele. Der Inhalt ist ziemlich unterschiedlich, manchmal geht er nicht viel weiter als oben zitierter Artikel 54:

1. Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005:

#### **B. Übertragung öffentlicher Aufgaben**

##### **Art. 98**

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

<sup>2</sup> Die Übertragung einer kantonalen Aufgabe erfolgt durch Gesetz.

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

<sup>4</sup> In den betreffenden Erlassen sind zu regeln:

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

##### **Art. 99**

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

<sup>2</sup> Dieses prüft regelmässig die Qualität und die Wirtschaftlichkeit der Auftrags Erfüllung.

2. Verfassung des Kantons Luzern vom 17. Juni 2007:

#### **§ 14 Übertragung von Aufgaben**

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

<sup>2</sup> Sie können Organisationen des öffentlichen und des privaten Rechts schaffen oder sich daran beteiligen.

<sup>3</sup> Das Gesetz stellt den Rechtsschutz und die Aufsicht sicher.

#### **§ 15 Überprüfung der Aufgaben**

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

3. Die Verfassung des Kantons Jura sieht auf verschiedenen Ebenen Mechanismen zur Kontrolle der Beteiligungen vor, man kann jedoch nicht von einer wirklichen Aufsicht sprechen:

##### **Art. 108 Participations**

<sup>1</sup> Le Grand Conseil décide de la participation de l'Etat aux personnes morales.

<sup>2</sup> La loi prévoit des exceptions.

##### **Art. 162 Participations**

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

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

4. Die Verfassung des Kantons Waadt wurde praktisch zur gleichen Zeit revidiert wie diejenige des Kantons Freiburg (2003). Sie beinhaltet zwei einschlägige Bestimmungen; die zweite gibt dem Gesetzgeber ausdrücklich die Pflicht, die Kontrolle der kantonalen Beteiligungen zu regeln:

##### **Art. 78 Référendum facultatif**

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

...

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

##### **Art. 84 Autres compétences**

Sous réserve des droits du peuple, le Parlement:

...

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

##### **Art. 92 Autres compétences**

<sup>1</sup> Le Gouvernement, sous réserve des compétences du peuple et du Parlement:

...

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

##### **Art. 128 Autres établissements**

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

Eine Änderung der Freiburger Verfassung wäre also zwar möglich, aber sie ist nicht unbedingt notwendig:

1. Das Problem, mit dem der Kanton konfrontiert ist, besteht nicht darin, dass neue Einheiten geschaffen oder neue Beteiligungen in vorhandenen Gesellschaften

ten übernommen werden müssten; es besteht lediglich darin, dass sichergestellt werden muss, dass die Beteiligungen und Anstalten, die der Kanton bereits besitzt, angemessen verwaltet werden. Dafür ist der Staatsrat, in seiner Rolle als Verwalter des kantonalen Verwaltungsvermögens (vgl. Art. 110 der Verfassung) zuständig. Eine zusätzliche spezifische Rechtsgrundlage ist daher nicht Voraussetzung für dieses Handeln.

2. Der Verfassungsgeber von 2004 wollte dem Gesetzgeber nicht ausdrücklich die Aufgabe zuweisen, umfassend über die Staatsbeteiligungen und die entsprechenden Kontrollmodalitäten zu legislieren. Wenn die Regierung, unter Berücksichtigung dieses erst vor wenigen Jahren ausgedrückten Willens, kein umfassendes Gesetzgebungsverfahren zu den kantonalen Beteiligungen und Anstalten in die Wege leiten will, gibt es kaum einen rechtlichen Grund für eine Verfassungsrevision.
3. Der Kanton Freiburg besitzt, wie bereits ausgeführt, und im Vergleich zu anderen Kantonen (insbesondere Waadt) nur wenige wichtige Beteiligungen. So genügt ein pragmatisches und punktuell Vorgehen, um die Probleme im Zusammenhang mit der Kontrolle zu lösen. Eine spezifische Verfassungsgrundlage ist dazu nicht unbedingt notwendig.

### 6.1.2 Ein kantonales Gesetz über die Beteiligungen?

Wie bereits erwähnt, haben mehrere Kantone in den letzten Jahren Rechtsvorschriften erlassen, die eine generell-abstrakte Regelung der Probleme einführen, welche durch die Beziehungen zwischen dem Kanton und «seinen» dezentralisierten Einheiten entstehen können. Diese Rechtsvorschriften konzentrieren sich teils auf die Beteiligungen des Kantons an juristischen Personen (beispielsweise die «Loi vaudoise du 17 mai 2005 sur la participation et de l'Etat et des communes à des personnes morales»), teils auf die öffentlich-rechtlichen kantonalen Institutionen (beispielsweise beim Genfer Gesetzesentwurf):

1. Bezüglich der Kontrolle der Beteiligungen führen diese Gesetze Instrumente ein, wie sie im Kapitel über die Administrativmassnahmen beschrieben werden (weiter unten Kap. 6.3).
2. Wenn das Gesetz die Governance von öffentlich-rechtlichen Institutionen (Anstalten und Stiftungen) zum Ziel hat, ist in der Regel Folgendes vorgesehen: (1) Qualitätskontrollen der Geschäftsführung, insbesondere indem dem Staatsrat Machtbefugnisse vergleichbar jenen der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft übertragen werden (Finanzausweis und Tätigkeitsberichte genehmigen; externes Audit wählen; strategische Ziele festlegen und Leistungsverträge abschliessen); (2) Verwaltungsabläufe für die Kontrolle der Zielerreichung dieser Institutionen (wie sie in anderen Bereichen der staatlichen Tätigkeit üblich sind, beispielsweise bei den Subventionen); (3) Grundsätze zur Governance (Zusammensetzung der Organe; Art und Weise der Ernennung durch den Kanton; Professionalisierung, keine politische Vertretung); (4) Regeln für die Entlohnung der Organe und zur Personalpolitik.

Der Kanton Freiburg besitzt keine solchen generell-abstrakten Erlasse. Juristisch wäre es möglich, entsprechende Bestimmungen vorzusehen, wie es auch für eine Ver-

fassungsbestimmung gilt. Man kann jedoch daraus nicht schliessen, dass eine derartige Gesetzgebung notwendig wäre:

1. Wie bereits erwähnt ist die Zahl der zu verwaltenen dezentralisierten Einheiten im Kanton Freiburg begrenzt und es besteht überhaupt kein allgemeiner Wille des Staates, ihre Zahl in den kommenden Jahren zu erhöhen. Die Zweckmässigkeit (Kosten–Nutzen) eines gross angelegten Gesetzgebungsprojekts kann daher bezweifelt werden.
2. Ein allgemeines Gesetz ist eine attraktive Lösung aus juristischer Sicht (vereinheitlichte materielle Regelung und einheitliche formelle Grundlage), und vielleicht auch aus politischer Sicht (ein klares Signal wird gegeben und der Wille bekräftigt). Ob ein solches Gesetz einen effektiven Nutzen bringt, ist hingegen nicht klar: (1) Erste Erfahrungen aus Kantonen, die ein solches Gesetz angenommen haben, zeigen, dass eine Umsetzung nicht ganz so einfach ist: Offenbar ist der administrative Aufwand beträchtlich (mit entsprechenden Kosten), besonders für die bezeichnete Direktion; in jedem konkreten Anwendungsfall (Dokumentation, Kompetenz, Abgrenzung zu anderen Gesetzen; Verhältnis zum zwingenden Privatrecht) stellen sich zahlreiche Fragen; es ist schwierig, die Überwachung und Aktualisierung der Strategien für alle Einheiten umzusetzen. (2) Ein solches Gesetz ist vor allem organischer und prozeduraler Art; es löst noch lange nicht die «politischen» Probleme, die bei jedem Fall auftreten können, wo die betroffene Einheit einen unstrittenen Entscheid fällen will; einige sind sogar der Meinung, dass dieses Problem kaum durch ein Gesetz geregelt werden kann. Das Gesetz erlaubt es dem Staat ebenso wenig, die Vor- und Nachteile seiner Beteiligungen zu ermassen, um die zukünftige Entwicklung seiner Beteiligungspolitik bestimmen zu können; insbesondere die Komplexität des Überwachungssystems, die sich aus der Privatisierung ergibt, kann letztendlich Kosten erzeugen, die höher sind als die tatsächlichen oder erwarteten Einsparungen, die sich aus der Übertragung von öffentlichen Aufgaben an Dritte ergeben.
3. Bis jetzt haben im Kanton Freiburg die Beteiligungen an privaten Einheiten (Gesellschaften oder Stiftungen) nur zu einer sehr beschränkten Anzahl grundlegender Probleme geführt. Daher kann davon ausgegangen werden, dass bei Anwendung aller bereits bestehender rechtlicher und politischer Massnahmen auch in Zukunft ad-hoc-Lösungen für auftretende Probleme gefunden werden können, um die Respektierung des öffentlichen Interesses sicherzustellen. Diese Massnahmen sind administrativer Art und ihre Umsetzung verlangt keine gesetzliche Grundlage; es reicht, wenn die Regierung Richtlinien, Kreisschreiben, Grundsätze, strategische Pläne oder andere derartige Texte erlässt.
4. In den privatrechtlichen Gesellschaften ist der kantonale Gesetzgeber durch die Bestimmungen dieses Rechts in seinem Handlungsspielraum eingeschränkt; der kantonale Gesetzgeber könnte daher öffentlich-rechtliche Regeln nur in einem sehr beschränkten Umfang erlassen (zum Beispiel: Wahl der Vertreter, Ausüben der Aktionärsrechte). Er könnte insbesondere keine Bestimmung erlassen, welche den öffentlichen Interessen den Vorrang vor den Privatinteressen geben würde; dasselbe würde für den Informationsfluss

gelten, wo das öffentliche kantonale Recht ebenso nur eine sehr beschränkte Wirkung hätte.

5. Die öffentlich-rechtlichen Institutionen ihrerseits (Anstalten oder Stiftungen) beruhen je auf einem spezifischen Gesetz; wenn der Staat feststellt, dass sie ein besonderes Problem im Bereich der Governance aufwerfen, hat er immer noch die Möglichkeit, eine Änderung des besagten Gesetzes vorzunehmen.
6. Das öffentliche Recht des Kantons Freiburg über die Funktionsweise des Staates im Allgemeinen enthält bereits punktuelle Bestimmungen, die wenn nötig als gesetzliche Grundlage dienen können für die Eignerstrategie, welche die Regierung anwenden möchte.
7. Selbst wenn der Staat nur beschränkt rechtliche Mittel zu Verfügung hat, um Einfluss zu nehmen auf den Entscheidung einer privaten Einheit, deren Tätigkeiten in den Bereich des öffentlichen Interesses fallen, so kann ihn doch nichts daran hindern, seine Meinung öffentlich kundzutun oder seinen Einfluss auf die öffentliche Meinung in dieser Hinsicht geltend zu machen.

### 6.1.3 Das allgemeine öffentliche Recht zur Funktionsweise des Staates

Nur das kantonale Recht ist in den Händen des Freiburger Gesetzgebers und damit als Vektor für eine Beteiligungspolitik des Staates und seiner Anstalten geeignet. In erster Linie geht es um das allgemeine öffentliche Recht (wird hier behandelt), dann aber auch um das spezielle öffentliche Recht (weiter unten Kap. 6.1.4).

Aus der kantonalen Gesetzgebung (zusätzlich zu Art. 54 der Verfassung) wird ersichtlich, dass Freiburg in mehreren Bereichen bereits gesetzliche Grundlagen besitzt, die (mehr oder weniger) denjenigen entsprechen, welche der Bund und die anderen Kantone für das Errichten ihrer Kontrollpolitik bezüglich der dezentralisierten Einheiten (öffentlich oder privat) anwenden. Konkret:

1. Artikel 54 SVOG (Gesetz über die Organisation des Staatsrates und der Verwaltung) bietet eine gesetzliche Grundlage, die es allein schon ermöglicht, viele Fragen bezüglich der Beteiligungen und Anstalten des Kantons zu regeln:

<sup>1</sup> Der Staat wird in öffentlich-rechtlichen oder privat-rechtlichen externen Institutionen vertreten, wenn die Spezialgesetzgebung dies vorsieht oder der Staatsrat dies im Einzelfall beschliesst.

<sup>2</sup> Die Vertreterinnen und Vertreter des Staates informieren den Staatsrat auf geeignete Weise über die Ausübung ihres Mandats.

Drei Bemerkungen hierzu: (1) Diese Bestimmung hat vielleicht zum Ziel, «die Vertretungen einzuschränken, indem für jeden Fall eine gesetzliche Grundlage verlangt wird», Abs. 1 erlaubt es dem Staatsrat aber auch, selbst von Fall zu Fall zu entscheiden. (2) Abs. 2 erlaubt es dem Staat, ein Informationssystem zu errichten; dies ist eine der Verwaltungsmassnahmen zur Kontrolle, die in Betracht gezogen werden müssen. (3) Im jetzigen Zustand ist der Artikel 54 SVOG keine allgemeine gesetzliche Grundlage für eine Eignerpolitik; hierzu müssten einige Elemente hinzugefügt werden: einerseits die für die Kontrolle der Beteiligungen und Anstalten nötigen Verwaltungsmassnahmen (insbesondere der Mechanismus des Auftragsschreibens); andererseits (eventuell) ein Haftungssystem für den Staat und seine Vertreter.

2. Das neue Gesetz vom 9. September 2009 über die Information und den Zugang zu Dokumenten erlaubt es, wenn nötig die Kontrolle über die dezentralisierten Einheiten noch zu verstärken, nicht nur durch den Staatsrat, sondern auch durch Politiker und die Öffentlichkeit. Art. 2 Bst. b InfoG umfasst, gleich wie die Gesetzgebung des Bundes zur Transparenz, die «privaten Unternehmen im Besitz des Staates». (2) Die Artikel 8 bis 10 behandeln den Umfang der Informationspflicht. (3) Artikel 13 regelt das Register der Interessenbindungen der Mitglieder des Grossen Rates, des Staatsrats, der Oberamtmänner und der Gemeinderäte.
3. Das Gesetz über den Finanzhaushalt des Staates (FHG) beinhaltet im jetzigen Zustand, und selbst nach der Revision vom 1. Januar 2011, durch die es an das neue harmonisierte Rechnungslegungsmodell angepasst wurde, kein wirkliches Controlling-Instrument (Festlegung der Ziele, Planung der Massnahmen, um diese zu erreichen, Führung und Kontrolle des staatlichen Handelns), abgesehen einzig von der Finanzkontrolle auf der Grundlage der Artikel 48 ff. FHG. Ein solches Controlling könnte aber auch die Beteiligungen des Staates und seine Anstalten umfassen.

Der Kanton Zürich ist daran, dieses System einzurichten, kraft seines neuen «Gesetzes über Controlling und Rechnungslegung (CRG)»:

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

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

...

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

Im Fall von Freiburg ginge ein solches System wahrscheinlich über das hinaus, was Art. 54 SVOG erlaubt, da es sämtliche staatliche Tätigkeiten und nicht nur die ausgelagerten Einheiten umfassen würde; zudem würde es Auswirkungen haben auf die Umsetzung der allgemeinen Politik des Staates.

### 6.1.4 Die kantonalen Spezialgesetze

Jede öffentlich-rechtliche Anstalt oder Gesellschaft besitzt ihre eigene spezifische Gesetzgebung. Hier legt der kantonale Gesetzgeber das jeweilige Ziel fest, die Art der Tätigkeit und die Organisation. In den Statuten bestehender Einheiten findet man sehr häufig entsprechende Bestimmungen. Der kantonale Gesetzgeber hätte die Kompetenz, in diesen Gesetzen Bestimmungen für eine stärkere Kontrolle jeder berücksichtigten Einheit aufzuführen.

Einige Beispiele aus dem Kantonalen Gesetz über die Freiburger Kantonalbank: Artikel 2 definiert den Zweck des Unternehmens, Artikel 8 den Tätigkeitsbereich, Artikel 9 bestimmt, in welchem Umfang die Bank Beteiligungen besitzen kann, Artikel 20 regelt die Ernennung der Mitglieder des Bankrats und Artikel 21 diejenige des Ratspräsidenten. Mittels dieser Bestimmungen hat das Gemeinwesen die Grundzüge seiner Eignerpolitik festgelegt; alle kantonalen Gesetzgeber sind mit ihrer Kantonalbank so vorgegangen, insbesondere indem der

Aktionsradius (geografisch und/oder ökonomisch) eingeschränkt wurde, ein öffentlicher Zweck (zur Entwicklung der Wirtschaft des Kantons beizutragen) oder sogar vollkommen exogene Ziele (wie die Unterstützung einer Musikgesellschaft oder eines Transportunternehmens) vorgeschrieben wurden und indem der Anteil des Gewinns festgelegt wurde, den die Bank dem Kanton abgeben sowie der Preis, den sie ihm für die Staatsgarantie zahlen muss.

Auf der Grundlage dieser Spezialgesetze kann der Kanton sehr frei für jede betroffene Einheit strategische Ziele, den Aktionsradius, ein Genehmigungssystem für gewisse Entscheide, Weisungs- und Informationsrechte, einen Leistungsauftrag, ein Budget und finanzielle Bedingungen festsetzen; alles Instrumente für die Umsetzung einer Eignerpolitik. Dadurch richtet der Kanton ein ad hoc Führungs- und Kontrollsystem ein, das über den aktuell auf Art. 4 Abs. 2 SVOG beruhenden Minimalstatus hinaus gehen würde.

## 6.2 Die Statuten der privatrechtlichen Gesellschaften

Im Bereich des Privatrechts, das die Gesellschaften regelt, verfügt der Kanton Freiburg einzig im Rahmen der Statuten der Gesellschaften (und nicht einfach nur ihres internen Organisationsreglements) über Kompetenzen. Das Privatrecht räumt dem Eigner, der sich die Möglichkeit sichern will, seine Politik vorschreiben zu können, eine gewisse Autonomie ein:

1. Nach Artikel 620 Abs. 3 OR kann er mit einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft Zwecke verfolgen, die nicht oder nicht ausschliesslich wirtschaftlicher Natur sind. Beispiele finden sich bei Gesellschaften, die Konzessionäre öffentlicher Sachen sind (Wasserkraft) oder für Tourismus und Kultur zuständige Gesellschaften (wie die Greater Zurich AG). Die freiburgischen Gesellschaften haben diesen Handlungsspielraum alle genutzt, als sie ihren Zweck festlegten (so die TPF oder die Groupe E in Artikel 2 ihrer Statuten).
2. Die Artikel 654 ff. OR ermöglichen es, in den Statuten die Ausgabe von Vorzugsaktien (zugunsten des Gemeinwesens) vorzusehen; die Vorrechte können die Stimmrechte oder die Vermögensrechte betreffen. Die Rechtsordnung in der Schweiz (und somit auch im Kanton Freiburg) stellt diesen Modalitäten keine Hindernisse in den Weg, im Gegensatz zum Europarecht, das die «Goldenen Aktien», die sich die Mitgliedstaaten bei grossen Privatisierungen ausstellten, verbietet; es erachtet «Goldene Aktien» als Hindernisse für den freien Kapitalverkehr, da sie private Investoren de facto davon abhalten, in diese Gesellschaften zu investieren.
3. Artikel 698 Abs. 1 OR bezeichnet die Generalversammlung als oberstes Organ der Aktiengesellschaft. Auch wenn Artikel 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR die «unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben» des Verwaltungsrats festlegt, so reichen die der Generalversammlung vom Gesetz übertragenen Befugnisse doch aus, um die Kontrolle der Aktionäre über die Gesellschaft zu gewährleisten. Zudem können die Statuten der Aktiengesellschaft gemäss Artikel 698 Abs. 2 Ziff. 6 OR der Generalversammlung die Zuständigkeit für die Beschlussfassung über andere Gegenstände als die im Gesetz erwähnten vorbehalten; dies tut Artikel 8 der Statuten der Groupe E (vorbehaltne Beschlüsse).

4. Die Artikel 703 ff. OR räumen die Möglichkeit ein, in den Statuten Fälle vorzusehen, die im Obligationenrecht nicht aufgeführt sind und für die nur mit qualifizierter Mehrheit Beschluss gefasst werden kann (vgl. z. B. Artikel 14 der Statuten der Groupe E). Dies stellt für das sich nicht in der Mehrheit befindliche Gemeinwesen (das jedoch eine wichtige Minderheit ist) eine Möglichkeit dar, seine Interessen zu schützen. Diese Bestimmungen über grössere Mehrheiten als die vom Gesetz vorgeschriebenen können nur mit dem vorgeesehenen Mehr eingeführt werden.
5. Durch die Statuten kann ein Gemeinwesen, das Aktionär einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft ist, seinen Wunsch geltend machen, in den Genuss einer privilegierten Vertretung im Sinne von Artikel 762 Abs. 1 OR zu kommen.

Diese Kontrollinstrumente, die dem Gemeinwesen zur Verfügung stehen, sind wichtig und reichen grundsätzlich aus, um eine Umsetzung seiner Eignerpolitik zu gewährleisten bzw. um das Risiko, dass sich die Vertreter des Staates in einem Interessenkonflikt befinden, zu minimieren (wie z. B. im Fall der Groupe E, bei dem es um Beschlüsse über Investitionen im Ausland ging). Das Gemeinwesen muss jedoch ein aktiver Eigentümer sein und von den Kontrollinstrumenten Gebrauch machen; dies schreibt der waadtländische Staatsrat in Artikel 2 des Gesetzes über die Beteiligungen an juristischen Personen («loi sur les participations à des personnes morales») ausdrücklich vor.

In diesem Zusammenhang seien auch die Aktionärsbindungsverträge erwähnt, die es mehreren Gemeinwesen (mit je einer Minderheitsbeteiligung) ermöglichen, ihre Rechte und ihre Position zu stärken. Solche Verträge werden häufig abgeschlossen in Fällen, in denen sich die betreffenden Gemeinwesen finanziell engagieren, um ein Unternehmen oder ein Wirtschaftszweig zu retten, indem sie ihn rekapitalisieren.

Diese Kontrollinstrumente haben jedoch auch ihre Grenzen: Wählt das Gemeinwesen eine Rechtsform des Privatrechts für die betreffende Einheit, dann hat es sich a priori dafür entschieden, sich auf seine Rolle als Eigentümer – nach dem Beispiel eines Privateigentümers – und die Rechte, die das Gesetz letzterem zuerkennt, insbesondere die Mitgliedschaftsrechte, zu beschränken. Hinzu kommt, dass wenn der Schritt der Privatisierung einmal gemacht ist, es praktisch kein Zurück zum alten Zustand mehr gibt, ausser im Falle einer finanziellen Rettung (Rekapitalisierung) oder der Enteignung. Wenn das Gemeinwesen die fragliche Einheit selbst verwalten können will (z. B. indem es über ein Weisungsrecht verfügt), so sollte es auf eine Rechtsform des Privatrechts zurückgreifen.

## 6.3 Die Verwaltungsmassnahmen

Der Zusatz «Verwaltungs-» beschreibt diese Massnahmen passend: Wie das auch in anderen Kantonen der Fall ist, könnte der Kanton Freiburg sie über eine Verwaltungsverordnung des Staatsrats (Weisungen, Leitbilder) oder ganz einfach mit pragmatischen Lösungen für jeden konkreten Einzelfall umsetzen (gegebenenfalls aufgrund eines Gentlemen Agreements mit den betroffenen Unternehmen).

Angesichts der in den vorhergehenden Kapiteln durchgeführten Analyse und in Anbetracht der Situation im Kanton scheinen Verwaltungsmassnahmen im Zusam-

menhang mit den Vertretern und der Information am angebrachten. Es sind allgemeine Massnahmen, die für alle Einheiten gelten; zusätzliche besondere Massnahmen könnten in den kantonalen Spezialgesetzen festgelegt werden.

### 6.3.1 Die Vertreter des Staates

Auch durch ihre Vertreter in den Organen der externen Einheiten kann das Gemeinwesen seine Interessen verteidigen, sei dies in strategischen oder operativen Angelegenheiten. Jedoch auch hier muss sich das Gemeinwesen nach der Rechtsordnung richten, wenn es sich für eine Beteiligung an einer juristischen Person des privaten Rechts entscheidet.

Es handelt sich in erster Linie um Vertreter des Staates in den Generalversammlungen der (privat- oder öffentlich-rechtlichen) Aktiengesellschaften. Wie das die Artikel 14 und 16 des waadtländischen Gesetzes über die Beteiligungen an juristischen Personen vorsehen, müssten drei Grundsätze überwiegen: (1) Das Gemeinwesen ist durch die Mitarbeiter der betreffenden (und vom Staatsrat bezeichneten) Direktion vertreten und nicht durch externe Beauftragte. (2) Diese Vertreter sind unabhängig von den staatlichen Vertretern in den operativen Organen der betreffenden Einheit (Verwaltungs-, Anstalts- oder Stiftungsrat). (3) Der Staatsrat oder die bezeichnete Direktion erteilen ihren Vertretern die Anweisungen zur Stimmabgabe.

Was die Vertreter des Kantons in den operativen Organen betrifft (Verwaltungs-, Anstalts- oder Stiftungsrat) so können die Kontrollmassnahmen die folgenden Elemente betreffen:

1. Die Wahl der Vertreter. Dieses Thema deckt fünf Aspekte ab:
  - Die Auswahlkriterien und Profile: Aus personeller Sicht muss der Staatsrat im Vorhinein die notwendigen Kompetenzen (Kenntnisse und Erfahrung) für jede betroffene Einheit festlegen; es ist immer häufiger gang und gäbe, die Auswertung der Kandidatinnen und Kandidaten einer externen Fachperson anzuvertrauen. Diese muss überprüfen, ob sich die in Frage kommenden Kandidaten nicht in einem Interessenkonflikt befinden. Für die freiburgischen Verhältnisse scheint es unverhältnismässig, eine generell-abstrakte Aufzählung dieser Anforderungen erstellen zu wollen.

Aus institutioneller Sicht hat der Kanton die Wahl zwischen Vertretern vier verschiedener Herkunftstypen:

- Mitglieder der Regierung. Diese Lösung hat Vor- und Nachteile. Zu den Vorteilen gehören: direkte Berücksichtigung der politischen Aspekte und der damit verbundenen Verantwortung; starkes Gewicht des Vertreters im obersten Organ des Unternehmens; Kompetenz und Kenntnisse sowie die Ähnlichkeit der Tätigkeiten erlauben es dem gesamten Verwaltungsrat, die Forderungen und Erwartungen des Staates als Aktionär gut zu verstehen. Nachteile: Haftungsrisiko für den Kanton; Arbeitsbelastung; die Regierung ist den politischen Meinungen stark ausgesetzt (typisches Beispiel: der Bau eines neuen Kernkraftwerkes). Dieses Risiko einer Politisierung ist besonders dann störend, wenn die Einheit ausgerechnet mit dem Ziel, sie dem politischen Einfluss zu entziehen, ausgelagert wurde; dies hat

gewisse Kantone dazu bewogen, jede Vertretung durch Mitglieder der Regierung, oder sogar der Verwaltung und des Parlaments auszuschliessen (Beispiele: Aargau, Richtlinie R13; Projekt des Kantons Graubünden).

- Verwaltungsmitarbeitende. Sie haben ähnliche Vorteile wie die Regierungsmitglieder; zusätzlich stehen sie kaum unter dem Druck der öffentlichen Meinung und sind nicht den politischen Konstellationen unterworfen. Im Allgemeinen bringen sie fachliche Kompetenzen mit sich. Ihre hierarchische Stellung innerhalb eines Verwaltungsrats wird jedoch weniger hoch sein, das Haftungsrisiko für den Kanton bleibt und sie können auch in Rollenkonflikte hineingezogen werden (die jedoch durch eine angemessene Verwaltungsorganisation minimiert werden können).
- Dritte als externe Beauftragte. Damit kann der Staat Kompetenzen «kaufen»; wenn die Beauftragten innerhalb der Grenzen der Vertretung von Artikel 707 Abs. 3 OR handeln und der Kanton kein Haftungssubstrat mit ihnen vereinbart hat, erzeugen sie a priori keinen Rollenkonflikt und auch kein Haftungsrisiko für den Kanton. Diese Art der Vertretung bringt aber auch Nachteile mit sich: erhöhtes Risiko (vor allem für Manager aus der Privatwirtschaft), dass die Beauftragten Rentabilitätsziele über das öffentliche Interesse stellen; die Berichterstattungspflicht und die zu befolgenden Weisungen müssen vertraglich festgelegt werden.
- Parlamentarier (die somit grundsätzlich auch Dritte als externe Beauftragte sind). Hier besteht das Risiko, dass der Grundsatz der Gewaltentrennung verletzt wird. Aus diesem Grund sieht der Bund darin einen Fall von Unvereinbarkeit ad personam (vgl. Art. 14 des Parlamentsgesetzes). In anderen Kantonen wie beispielsweise in Genf wird diese Praxis der politischen Vertretung häufig und offiziell angewandt. Der Kanton Freiburg sieht mit der Tatsache konfrontiert, dass der Grosse Rat, kraft gewisser Spezialgesetze, für die Ernennung der Staatsvertreter zuständig ist; für diese Fälle ist kaum ersichtlich, auf welcher Grundlage ihnen die Regierung dann ein Auftragschreiben auferlegen könnte.
  - Ernennung: Dafür wird grundsätzlich der Staatsrat zuständig sein (oder die Direktion, der er diese Aufgabe delegiert). Wenn das Spezialgesetz, das für die betreffende Einheit gilt, dem Grossen Rat diese Kompetenz zuweist, so erfolgt dies in erster Linie aus politischen und nicht aus juristischen Gründen, auch nicht aus solchen des Controllings.
  - Dauer der Vertretung: (1) es sollte eine Maximaldauer festgelegt werden (zum Beispiel 3 oder 5 Jahre); (2) der Staatsrat behält das Recht, einen Vertreter jederzeit von seiner Aufgabe abzurufen; (3) handelt es sich um einen Amtsträger des Staates, so wird dieser von seiner Aufgabe abgerufen, sobald er von seiner Funktion zurücktritt; (4) diese Prinzipien gelten nur «innerhalb» des Staates; die statutarische oder rechtliche Dauer einer Vertretung in einem Verwaltungs-, Instituts- oder Anstaltsrat bleibt anwendbar. Gemäss einer aktuellen Tendenz liegt diese Dauer bei einem Jahr (verlängerbar).

- Die «Vertretung der Geschlechter»: Es ist erwiesen, dass die Frauen sowohl in privatrechtlichen als auch in öffentlich-rechtlichen und gemischtwirtschaftlichen Einheiten zumindest untervertreten sind. Es ist nicht Gegenstand des vorliegenden Berichts, diese Situation zu analysieren. Da jedoch der Grundsatz der Gleichstellung zu einem Verfassungsgrundsatz sowohl auf Bundes- wie auf Kantonsebene erhoben wurde, wird der Anspruch einer ausgewogenen Vertretung von Männern und Frauen in den erwähnten Verwaltungsmassnahmen berücksichtigt werden müssen, wie dies auch im Reglement vom 31. Oktober 2005 über die Organisation und die Arbeitsweise der Kommissionen des Staates gemacht wurde. Es muss trotzdem erwähnt werden, dass diese Frage in Zusammenhang mit den anderen oben erwähnten Kriterien geprüft werden muss; die Auswahl des Vertreters oder der Vertreter wird nämlich sowohl aufgrund der mit einer staatlichen Aufgabe verbundenen Kompetenzen getroffen werden, als auch unter Personen, die eine mit den Tätigkeiten des betreffenden Unternehmens in Beziehung stehende Funktion innehaben.
- Politische Vertretung: Diese Frage ist sowohl mit der öffentlichen Behörde verbunden, welche den Auftrag hat, die Vertreter des Gemeinwesens und das ihnen anvertraute Mandat zu bestimmen, als auch mit den Zielen, welche die Unternehmen anstreben. Diese können in erster Linie kommerzieller, profitorientierter Art sein, so dass sich hier der Anspruch einer ausgewogenen politischen Vertretung weniger stark aufzudrängen scheint. Besteht jedoch am Auftrag, welcher dem Unternehmen anvertraut wurde, ein überwiegendes öffentliches Interesse, müssen die Verfassungsgrundsätze beachtet werden. Somit drängt sich eine proportionale politische Vertretung umso mehr auf, je mehr die Staatsvertreter, gemäss der Gesetzgebung, durch die Legislative ernannt werden.

## 2. Die Weisungen an die Vertreter:

- Wie bereits ausgeführt, funktioniert dieses Kontrollmittel auf der strategischen Ebene sehr gut; es wurde jedoch nicht für die operative Ebene konzipiert: (1) Die Führungsorgane einer Einheit müssen deren Interessen (und nicht die Interessen des Gemeinwesens als Eigner) in guten Treuen wahren; dies trifft besonders auf Verwalter einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft zu, die in deren Diensten stehen und nicht in dem aller oder gewisser Aktionäre (Art. 717 OR). (2) Das Gemeinwesen kann ihnen daher nicht für jeden konkreten Einzelfall Weisungen erteilen; solche Weisungen würden sie in einen Interessenkonflikt bringen oder für das Gemeinwesen als faktisches Organ der Einheit sogar ein Haftungsrisiko mit sich bringen. (3) Die Vertreter des Gemeinwesens können somit nur in den Fällen, in denen die zu fällende Entscheidung den ausführenden Organen einen grossen Ermessensspielraum lässt, diesen im Sinn der Ziele des Gemeinwesens und damit des öffentlichen Interesses ausüben.
- Innerhalb der hier vorgezeichneten Grenzen kann der Staatsrat das Verhältnis zu seinen Vertretern genauer darlegen, bei Beauftragten mittels eines «Auftragsschreibens», bei Mitgliedern der Kantonsverwaltung durch einen Zusatz im Pflichtenheft. In beiden Texten werden im Wesentlichen die strategischen und finanziellen Ziele festgelegt,

welche der Staat durch seine Beteiligung erreichen will; sie müssen regelmässig aktualisiert werden (beim Bund alle vier Jahre; vgl. auch Artikel 6 der Loi vaudoise sur les participations à des personnes morales). Sie werden jedoch keine operativen Weisungen zu spezifischen Dossiers enthalten.

- Der Kanton Waadt sieht vor, eine spezifische Ausbildung seiner Vertreter einzuführen, insbesondere über die Fragen des Handelsrechts, die sich auf die betroffenen Einheiten beziehen.
3. Vergütung der Vertreter; der Minimalstandard ist der Folgende: (1) Beauftragten Vertretern fallen die Vergütungen zu, die von den Einheiten ausbezahlt werden, bei denen sie tätig sind. Die Höhe dieser Vergütungen – momentan kontrovers diskutiert – fällt in die Zuständigkeit der jeweiligen Einheit, jedenfalls bei privatrechtlichen juristischen Personen. Wenn die Einheit Subventionen erhält, muss geklärt werden, ob bei den ausbezahlten Vergütungen die Gesetzgebung über die Subventionen eingehalten wird. (2) Vertreter, die Mitglieder des Staatsrats oder der Kantonsverwaltung sind, müssen die Vergütungen dem Staat rückabtreten. (3) In beiden Fällen bleiben die für die Spesenerstattung ausbezahlten Summen vorbehalten.

### 6.3.2 Die Information

Wie bereits ausgeführt, schreibt Art. 54 Abs. 2 SVOG den Vertretern des Staates vor, den Staatsrat angemessen über die Ausübung ihres Mandats zu informieren. Diese Pflicht gilt sowohl für externe Beauftragte als auch für die Mitglieder des Staatsrats und der Kantonsverwaltung.

Die Richtlinien des Staatsrats beziehungsweise das Auftragsschreiben oder das Pflichtenheft der Vertreter sollten diese Informationspflicht mindestens in folgenden Punkten konkretisieren:

1. Organisation regelmässiger Treffen (Art. 15 der Loi vaudoise sur les participations à des personnes morales schreibt mindestens ein Treffen pro Jahr vor).
2. Wenn besondere Umstände dies erfordern, wird ad hoc informiert.
3. Diese Informationen sollten mindestens folgende Punkte umfassen: Umsetzung der strategischen und finanziellen Ziele des Staates; klares Aufzeigen der Situationen, in denen die Interessen des Staates und diejenigen der betroffenen externen Einheiten voneinander abweichen; allgemeiner Bericht der Vertreter über die Situation jeder einzelnen Einheit und über ihre Tätigkeiten in diesen Einheiten (insbesondere mit einer Analyse der gegenwärtigen Risikolage und mit den von der Einheit dagegen getroffenen Massnahmen); Mitteilung jedes allfälligen Interessenkonflikts.
4. Die Regeln des zwingenden Privatrechts, welche die Vertreter als Organe einer juristischen Person zur Geheimhaltung der Informationen verpflichten (der Kanton besitzt keine kotierte Gesellschaft, was erschwerend wirken würde). Mit derselben Zielsetzung wird der Kanton interne Regeln für die Weitergabe dieser Informationen aufstellen müssen, um ihre Ausbreitung in der Öffentlichkeit und eine Verletzung des Amtsgeheimnisses zu verhindern.

Eine direkte Informationsbeziehung zwischen dem Staatsrat und den Einheiten selbst (grundsätzlich mit dem operativen Organ: der Generaldirektion einer Ak-

tiengesellschaft, dem Instituts- oder Anstaltsrat) zu gewährleisten, drängt sich hingegen weniger auf. Bei öffentlich-rechtlichen Einheiten erlaubt es das zu Grunde liegende Gesetz, diesen obligatorischen Informationsfluss zu organisieren (Beispiel: Art. 21 Abs. 2 FKBG); ist keine solche Bestimmung vorhanden, kann sich der Staat noch auf sein allgemeines Recht zur Überwachung der öffentlich-rechtlichen Einheiten des Kantons stützen (Art. 54 der Verfassung und Art. 4 Abs. 2 SVOG). Bei einer privatrechtlichen Einheit kann diese Information kaum nur spontan erfolgen; alle gut verwalteten Gesellschaften errichten jedoch Programme zur Information ihrer wichtigen Aktionäre.

## **7. ZUSAMMENFASSUNG UND SCHLUSSFOLGERUNGEN**

Gestützt auf diese Analyse schlägt der Staatsrat Folgendes vor:

1. Gegenwärtig wird kein neues Recht auf Stufe Verfassung oder Gesetz eingeführt, das die verschiedenen Aspekte der Corporate Governance, besonders unter dem Blickwinkel der Staatsvertretung, der Verwaltung seiner Beteiligungen, des Managements und des Controllings, klar regeln würde. Momentan ist auch nicht vorgesehen, beispielsweise das Gesetz vom 16. Oktober 2001 über die Organisation des Staatsrates und der Verwaltung (SGF 122.0.1) zu ändern.
2. Die Bestimmungen in dieser Sache könnten jedoch Gegenstand von Regierungsrichtlinien sein. Diese würden in erster Linie für diejenigen privatrechtlichen Einheiten gelten, bei denen die Beteiligungen des Staates nicht in einem eigentlichen Erlass geregelt sind.

3. Subsidiär könnten diese zu erarbeitenden Richtlinien für öffentlich-rechtliche oder gemischtwirtschaftliche Einheiten gelten, die einem Spezialgesetz unterliegen. Sie werden bei der Anwendung besagter Rechtsvorschriften berücksichtigt werden können. Im Rahmen einer «Eignerstrategie» kann der Staatsrat beispielsweise den allgemeinen Handlungsrahmen für die strategischen Entscheide festlegen.
4. Besagte Richtlinien, besonders im Sinne der Ausführungen dieses Berichts, würden sich in erster Linie auf die Wahl der Staatsvertreter und die Information des Staatsrats (vgl. weiter oben Pkt. 6.3.1 und Pkt. 6.3.2) beziehen:

Folgende Punkte würden ebenfalls behandelt werden:

- Festlegen des Auftrags des Staatsvertreters oder der Staatsvertreter und diesbezüglicher Weisungen;
- das Verhältnis zwischen dem Staat und seinen Vertretern;
- die Entlohnung der Staatsvertreter und die Modalitäten ihrer Veröffentlichung;
- die Information des Staatsrats durch die Staatsvertreter gemäss Art. 54 Abs. 2 SVOG konkretisieren;
- die Modalitäten einer Intervention sowie der Mandatsausführung und des Reportings (Erstellen eines Auftragschreibens);
- die «Vertretung der Geschlechter»;
- die politische Vertretung.

Der Staatsrat lädt Sie ein, von diesem Bericht Kenntnis zu nehmen.

\_\_\_\_\_