

RÉPONSE DU CONSEIL D'ETAT

à l'interpellation Guy-Philippe Bolay - Gouvernance des entreprises publiques et semi-publiques - Notre canton est-il doté de règles claires et transparentes ?

Rappel de l'interpellation

La gouvernance d'entreprise est un thème dont les sociétés privées se préoccupent depuis plusieurs années. De nombreux progrès ont été réalisés en matière d'indépendance et de professionnalisation des conseils d'administration. Le temps des conseils "politiques" qui avaient encore cours il y a quinze ans et qui ont conduit à des débâcles de type Swissair est révolu. Le processus d'optimisation n'est bien sûr pas achevé, mais il se poursuit, grâce notamment à la pression constante des actionnaires.

Du côté des entreprises en mains de l'Etat, qu'elles soient des sociétés de droit public ou des sociétés anonymes de droit public, la situation diverge selon les cantons ou la Confédération. Cette dernière s'est dotée de principes directeurs exemplaires — notamment en formalisant les compétences requises des administrateurs à nommer — alors que certains cantons naviguent encore à vue, établissant les profils des candidats recherchés au cas par cas. La récente affaire de la désignation du président des Transports publics genevois a récemment mis en lumière l'importance de disposer de critères clairs et transparents pour procéder aux meilleures décisions possibles.

Il est dans l'intérêt des entreprises publiques, et plus encore de leurs clients, que l'organe suprême des sociétés en mains de l'Etat soit pourvu d'administrateurs dotés des meilleures compétences, indépendamment de leur appartenance politique. Les compétences spécifiques et l'aptitude à exercer son mandat de manière indépendante doivent primer sur toute autre considération.

L'Etat de Vaud dispose d'un système de contrôle des dépenses publiques qui repose sur plusieurs lois adoptées en 2005. Cet édifice législatif cohérent précise les règles régissant l'utilisation des deniers publics, fournit une bonne vue d'ensemble des finances de l'Etat de Vaud et l'analyse des risques qu'il encourt.

Entrée en vigueur le 1er janvier 2006, la loi sur les participations règle les problèmes de gouvernance de manière très générale, en posant quelques principes de base. Le but de mon interpellation est que le Conseil d'Etat précise sa position avec les questions suivantes :

- 1. Comment le Conseil d'Etat recrute-t-il les administrateurs des sociétés dans lesquelles il détient la majorité du capital ?*
- 2. Existe-t-il des directives précises, similaires à celles qui existent au niveau fédéral ?*
- 3. Concrètement, le canton exige-t-il également que les personnes qu'il nomme défendent prioritairement l'intérêt de l'entreprise dans laquelle ils siègent ?*
- 4. Le cumul des mandats d'administrateurs dans plusieurs sociétés publiques est-il limité, soumis à des exceptions qui doivent être motivées ?*
- 5. La Confédération stipule dans son code de conduite que les personnes nommées par le Conseil fédéral dans des entreprises ne peuvent recevoir des instructions que dans des cas exceptionnels déterminés. Est-ce également le cas dans le canton de Vaud ?*
- 6. Si le canton ne dispose pas de directives aussi précises que celles en vigueur au niveau fédéral, le Conseil d'Etat compte-t-il en établir rapidement ? Si ce n'est pas le cas, pourquoi ?*

Réponse

1. Comment le Conseil d'Etat recrute-t-il les administrateurs des sociétés dans lesquelles il détient la majorité du capital ?

Le cadre et les exigences applicables à la désignation de représentants de l'Etat au sein d'organes de haute direction de personnes morales sont en premier lieu fixés par la loi sur les participations de l'Etat et des communes à des personnes morales (LPECPM), plus précisément ses articles 7 à 9. Pour mémoire, ces dispositions légales prévoient notamment que seul le Conseil d'Etat est compétent pour désigner un représentant de l'Etat au sein de la haute direction d'une personne morale et que ces nominations doivent être fondées sur des critères liés aux compétences et expériences professionnelles, au temps disponible pour exercer le mandat et à l'absence de conflits d'intérêts. Il est également précisé que le département concerné, en collaboration avec la personne morale, établit une liste des compétences et connaissances dont doivent disposer ces représentants et que le Conseil d'Etat désigne ces derniers en fonction des critères contenus dans cette liste. Ces exigences, qui sont appliquées par analogie aux participations personnelles de l'Etat de Vaud, sont par ailleurs rappelées au chapitre 12.3 de la Directive du Conseil d'Etat sur les compétences et responsabilités en matière de participations financières et personnelles qui prévoit notamment que *"les propositions au Conseil d'Etat (PCE) relatives à la désignation d'un ou plusieurs représentants de l'Etat au sein de la haute direction d'une personne morale exposent et justifient, à l'attention du Conseil d'Etat, l'adéquation du profil du ou des candidats sous l'angle de ces critères généraux et spécifiques"*.

En pratique, ce sont le service métier et la direction du département concerné qui "recrutent" et proposent les candidats au Conseil d'Etat. Ces dossiers sont traités par le biais du bordereau du Conseil d'Etat (soit un processus relativement formalisé et documenté) et doivent, avant leur inscription à une séance du gouvernement, avoir été contrôlés et visés positivement par le Département des finances et des relations extérieures qui contrôle le respect de la réglementation en matière de participations (informations suffisantes à l'attention du Conseil d'Etat, conformité aux statuts de la personne morale, élaboration d'un avenant au cahier des charges ou d'une lettre de mission, etc.). La compétence du Conseil d'Etat pour nommer ces représentants est exclusive (en particulier, elle ne fait l'objet d'aucune délégation, même temporaire ou limitée à certaines participations, en faveur de Chefs de département ou de Chefs de service) et ce dernier veille particulièrement, depuis plusieurs années, à "dépolitiser" ces nominations, si nécessaire en refusant le ou les candidats proposés et en renvoyant le dossier au département en charge du dossier. Par ailleurs, les membres du Conseil d'Etat ont également spontanément pris l'initiative de réduire leurs propres mandats, notamment en limitant leur nombre et, en particulier, en renonçant à siéger au sein d'un conseil d'administration d'une société anonyme cotée en bourse. Ceci étant précisé, le Conseil d'Etat a conscience que la professionnalisation de ces processus peut et doit encore être améliorée. En particulier, il s'agira notamment d'examiner quel support supplémentaire peut être apporté aux services et départements pour "recruter" des candidats en dehors des cadres et chefs de service de l'administration ou des réseaux de connaissances des personnes en charge de ou concernées par ce "recrutement".

2. Existe-t-il des directives précises, similaires à celles qui existent au niveau fédéral ?

Il est renvoyé aux réponses apportées aux autres questions avec la précision que l'Etat de Vaud ne dispose pas d'une réglementation en tout point similaire à celle de la Confédération.

3. Concrètement, le canton exige-t-il également que les personnes qu'il nomme défendent prioritairement l'intérêt de l'entreprise dans laquelle ils siègent ?

Il est tout d'abord rappelé que si l'Etat détient des participations et dispose, en particulier, de représentants au sein de la haute direction de personnes morales, c'est en raison du fait que ces entités exercent une activité dans un domaine où il existe un intérêt public d'une certaine importance qui doit être pris en considération. Si tel n'est pas ou plus le cas, l'Etat doit, suivant le cas, renoncer à acquérir la participation ou se désengager de la participation (voir notamment l'article 4 al.1 LPECPM) et ce, évidemment, autant du point de vue de son éventuelle participation au capital que de sa représentation au sein de la haute direction de la personne morale. Il en résulte donc logiquement que les représentants de l'Etat au sein de la haute direction d'une personne morale ont notamment pour mission de veiller à la prise en compte des éléments d'intérêt public.

Par ailleurs et en pratique, lorsqu'il s'agit de sociétés anonymes dont l'Etat de Vaud est actionnaire, la majorité de ces sociétés sont soumises au "régime" de l'article 762 du Code des obligations (CO) qui prévoit notamment que la corporation publique assume, à l'égard des tiers, la responsabilité primaire à

raison des actes des administrateurs qu'elle a désignés au sein de l'organe de haute direction.

Ceci étant précisé, il n'en demeure pas moins que mis à part la question de la responsabilité, les représentants de l'Etat au sein d'un organe de haute direction ont les mêmes droits et obligations que les administrateurs "ordinaires" et qu'en conséquence, ils doivent avant tout exercer leur mandat conformément aux exigences légales (en particulier aux dispositions ad hoc du CO pour les sociétés anonymes), notamment sous l'angle des devoirs de loyauté et de fidélité à l'égard de la société et qu'en cas de conflit d'intérêts, ce sont ceux de cette dernière qui doivent primer. Ce cadre et ces exigences s'imposent d'elles-mêmes de par le droit fédéral.

Il en résulte que l'Etat ne demande pas à ses représentants de prioritairement et sans exception défendre les intérêts de l'Etat mais expose les éléments d'intérêt public qu'il souhaite voir pris en considération dans le cadre de l'activité de la personne morale, tout en précisant expressément, par le biais des avenants aux cahiers des charges et lettres de mission, que la prise en compte des objectifs fixés par l'Etat est limité par le droit impératif précité, en particulier en cas de conflit entre les intérêts de la personne morale et ceux de l'Etat.

4. Le cumul des mandats d'administrateurs dans plusieurs sociétés publiques est-il limité, soumis à des exceptions qui doivent être motivées ?

Il n'existe pas de limite précise du nombre de mandats qui peuvent être exercés, en parallèle, par une seule et même personne, au sein de plusieurs hautes directions de participations, financières ou personnelles, rattachées à l'Etat. Cette question est néanmoins traitée dans le cadre de l'examen du respect des conditions générales applicables à toute nomination d'un représentant de l'Etat au sein d'un organe de haute direction puisque ces dernières prévoient notamment que la personne désignée par le Conseil d'Etat doit disposer du temps nécessaire pour exécuter le mandat en question et que l'exercice de ce dernier ne doit pas la placer dans une situation de conflit d'intérêts.

5. La Confédération stipule dans son code de conduite que les personnes nommées par le Conseil fédéral dans des entreprises ne peuvent recevoir des instructions que dans des cas exceptionnels déterminés. Est-ce également le cas dans le canton de Vaud ?

La communication d'instructions précises aux personnes qui représentent l'Etat de Vaud au sein de la haute direction de personnes morales constitue également une exception à l'Etat de Vaud. En particulier et en principe, les avenants aux cahiers des charges et lettres de mission formulent les objectifs stratégiques fixés aux représentants d'une manière relativement générale. Par ailleurs, ces documents font référence à d'éventuelles instructions comme à une pratique occasionnelle et non comme à une règle de fonctionnement systématique entre l'Etat et son représentant. Qui plus est, les avenants aux cahiers des charges et lettres de mission indiquent expressément que les éventuelles instructions communiquées par l'Etat sont soumises aux limites du droit impératif, en particulier aux règles applicables en cas de conflit d'intérêts.

La réglementation actuelle de l'Etat de Vaud n'est pas plus détaillée sur la question car il est difficile de prévoir, de manière générale, abstraite et exhaustive, les cas précis dans lesquels la communication d'instructions de la part de l'Etat est autorisée. Il s'agit avant tout d'une question d'appréciation fondée sur les circonstances du cas d'espèce. Et ce d'autant plus que comparativement à la Confédération, l'Etat de Vaud gère un nombre de participations (participations financières et participations personnelles confondues) beaucoup plus important et varié. En effet, il peut tout aussi bien s'agir : de sociétés anonymes cotées ou non en bourse ; de sociétés anonymes ou de sociétés coopératives dont l'Etat est actionnaire unique, majoritaire ou minoritaire ; d'établissements ou de fondations de droit public régis par des lois et règlements ou encore d'associations et fondations de droit privé subventionnées par l'Etat.

6. Si le canton ne dispose pas de directives aussi précises que celles en vigueur au niveau fédéral, le Conseil d'Etat compte-t-il en établir rapidement ? Si ce n'est pas le cas, pourquoi ?

De manière générale, le Conseil d'Etat constate que la gestion des participations et les questions de bonne gouvernance y relatives sont constitutives de problématiques complexes et évolutives et que la réglementation étatique ad hoc, en particulier les directives et modèles d'avenants aux cahiers des charges et lettres de mission, doivent être mis en oeuvre par paliers et régulièrement réexaminés et adaptés. Il en résulte que le Conseil d'Etat en général et le Département des finances et des relations extérieures en particulier veilleront, lors de la prochaine mise à jour de ces documents (au cours de cette année ou de l'année suivante), à réexaminer l'ensemble des questions abordées dans le cadre de la présente interpellation en vue notamment de déterminer s'il paraît nécessaire ou utile de préciser

certaines points.

Ainsi adopté, en séance du Conseil d'Etat, à Lausanne, le 20 mars 2013.

Le président :

P.-Y. Maillard

Le chancelier :

V. Grandjean