

## EXPOSE DES MOTIFS ET PROJET DE LOI

**visant à modifier l'alinéa 1 de l'article 10 de la loi sur les participations de l'Etat et des communes à des personnes morales (LPECPM)**

et

## PREAVIS DU CONSEIL D'ETAT AU GRAND CONSEIL

**à l'initiative législative Jean-Yves Pidoux**

### **Rappel de l'initiative législative**

*L'alinéa 1 de l'article 10 de la Loi sur les participations de l'Etat et des communes à des personnes morales (LPECPM) est ainsi libellé :*

#### *Art. 10 Durée et fin de la mission*

*Les représentants de l'Etat sont nommés pour la durée prévue par les dispositions applicables à la personne morale ou, à défaut, pour une durée de trois ans renouvelable. Ils sont relevés d'office de leur mission à la fin de l'année où ils atteignent septante ans, sauf s'ils sont membres du Conseil d'Etat. S'ils ont été désignés par le Conseil d'Etat à raison d'une fonction particulière, leur mission prend fin avec celle-ci.*

*Les discussions parlementaires du printemps 2005 ont amendé cet alinéa sur un point, par rapport au projet du Conseil d'Etat (adjonction de la proposition " sauf s'ils sont membres du Conseil d'Etat "). Sinon, cette disposition n'a pas suscité de débat. Toutefois, elle pose un problème pratique — et peut-être juridique. En effet les administrateurs qui arrivent à l'âge fatidique doivent, selon la lettre de la loi, remettre leur mandat à la fin de l'année civile qui suit l'année de leur septante ans.*

*Mais l'approbation de l'exercice par les assemblées générales des sociétés ne se déroule évidemment pas à si brève échéance. En toute logique, les personnes morales dans lesquelles l'Etat et les communes délèguent des représentants, doivent organiser, au cours du printemps, une assemblée générale annuelle qui décharge de leur mandat diverses instances (dont le Conseil d'administration). Si c'est bien le cas, il serait opportun que les administrateurs délégués par les collectivités publiques puissent (à l'instar des autres administrateurs) assumer leurs responsabilités jusqu'au moment de l'adoption du rapport annuel et des comptes, et donc jusqu'à ce qu'ils soient dûment déchargés de leurs responsabilités face à la société qu'ils administraient.*

*Ainsi, les nouveaux représentants délégués par l'Etat et les communes n'auraient pas, pour quelques mois, à endosser les responsabilités des anciens administrateurs. Ces nouveaux représentants pourraient entamer leur mandat, avec le nouvel exercice.*

*L'article 10 pourrait dès lors être formulé de la manière suivante :*

#### *Art. 10 Durée et fin de la mission*

*Les représentants de l'Etat sont nommés pour la durée prévue par les dispositions applicables à la personne morale ou, à défaut, pour une durée de trois ans renouvelable. Ils sont relevés d'office de leur mission à l'issue de l'assemblée générale qui clôt l'année civile où ils ont atteint septante ans, sauf s'ils sont membres du Conseil d'Etat. S'ils ont été désignés par le Conseil d'Etat à raison d'une fonction particulière, leur mission prend fin avec celle-ci.*

*(al. 2 et 3 inchangés).*

*Cette question paraît de pure rationalité légale et organisationnelle, et ne pas devoir occasionner de controverse politique. C'est pourquoi son auteur souhaite qu'elle soit transmise directement au Conseil d'Etat. Il l'exprime sous la forme idoine d'une initiative législative, mais souhaite que, au cas où les services juridiques de l'Etat auraient une meilleure formulation que celle de la présente proposition tout en conservant l'esprit, ils puissent y recourir.*

Lausanne, le 19 mars 2007

### **Prise en considération**

En date du 27 mars 2007, le Grand Conseil a renvoyé cette initiative au Conseil d'Etat pour étude et rapport avec 2 avis contraires et 1 abstention.

### **Bref exposé du problème**

Selon l'art. 10 LPECPM, les représentant-e-s de l'Etat nommé-e-s à la haute direction d'une personne morale sont relevé-e-s d'office de leur mission à la fin de l'année civile où ils/elles atteignent septante ans, sauf s'ils/elles sont membres du Conseil d'Etat. Or l'approbation de l'exercice par l'organe suprême d'une personne morale n'a pas lieu à la fin de l'année civile mais dans le courant de l'année qui suit. Les administrateurs/-trices ayant atteint septante ans dans l'année ne sont alors plus présent-e-s au sein de ladite personne morale. La question est de savoir s'il serait opportun de faire coïncider le départ de l'administrateur/-trice avec la tenue de l'organe suprême, en particulier au regard de l'entrée en fonction d'un-e représentant-e de l'Etat nouvellement désigné-e.

### **Préavis du Conseil d'Etat**

Comme l'illustre la modification proposée, on observe que le texte de l'initiative est axé sur les sociétés composées d'une assemblée générale et d'un conseil d'administration. Le présent préavis s'articulera donc sur les arguments présentés dans l'initiative et s'intéressera à ce même type de sociétés.

Il convient ensuite de préciser que le/la délégué-e de l'Etat qui doit arrêter sa mission en raison de son âge n'est pas le seul cas dans la vie d'une société où un-e administrateur/-trice n'est plus en fonction au sein du conseil d'administration lors de la tenue de l'assemblée générale. Il en est ainsi d'un membre du conseil d'administration entrant dans l'un des cas de figure suivants, et dont le départ peut avoir lieu à tout moment de l'année : démission, décès ou perte de la capacité de discernement, disparition des conditions d'éligibilité, révocation par l'assemblée générale ou encore fin de mission en application de l'art.10 2ème phrase LPECPM.

Comme le/la représentant-e de l'Etat de plus de septante ans, l'administrateur/-trice ne sera donc plus présent-e au sein du conseil d'administration lors de l'assemblée générale. En revanche, son poste sera repourvu avec la tenue de cette assemblée générale alors que, pour le/la représentant-e désigné-e par l'Etat, il n'est nul besoin d'attendre cette assemblée. En effet l'Etat peut immédiatement désigner un-e nouveau/-elle représentant-e (art.762 al. 2 CO) qui pourra entrer en fonction au début de l'année civile et comptable.

La situation des administrateurs/-trices délégué-e-s par l'Etat relevé-e-s de leur mission avant la tenue de l'assemblée générale n'est donc pas un cas de figure isolé dans la vie d'une société. Si ce n'est "à l'instar des autres administrateurs", l'initiative pose la question de savoir si les administrateurs/-trices délégué-e-s par l'Etat devraient assumer leurs responsabilités jusqu'à ce que l'assemblée générale leur donne décharge.

Selon l'art.716a al.1 ch.6 CO, le conseil d'administration est responsable de l'établissement du rapport de gestion à remettre aux actionnaires et aux tiers, rapport qui se compose des comptes annuels, du rapport annuel et lorsque la loi le prescrit, des comptes de groupe. Selon l'art.698 al.2 CO, l'assemblée générale a le droit intransmissible d'approuver le rapport annuel et les comptes de groupe (ch.3), d'approuver les comptes annuels [...] (ch.4) et de donner décharge aux membres du conseil d'administration (ch.5).

Plusieurs solutions s'offrent à l'assemblée générale face au rapport de gestion. Elle peut l'approuver, le refuser ou y apporter des réserves. "Si elle refuse totalement ou partiellement le rapport de gestion, le conseil d'administration doit alors en préparer un autre, l'organe de révision doit réexaminer les comptes annuels et une nouvelle assemblée générale du groupe doit se prononcer" (Montavon P., Droit suisse de la SA, Editions juridiques AMC, 2004, p. 487). La préparation d'un nouveau rapport de gestion ne nous semble donc pas entravée par le départ du conseil d'administration du membre délégué-e par l'Etat.

S'agissant de la décharge, si elle devrait de préférence être donnée à chacun des membres du conseil d'administration pris individuellement, "dans la pratique elle est toutefois conférée de manière globale à l'ensemble du conseil d'administration" (Tercier, Amstutz, Code des obligations II, Helbing Lichtenhahn, 2008, Art. 698 n°30).

"La décharge est le quitus que donne l'assemblée générale aux administrateurs pour leur gestion durant l'exercice clôturé, sur la base des comptes annuels et de l'exposé de la marche des affaires de la société" (Montavon P., Droit suisse de la SA, Editions juridiques AMC, 2004, p. 821). Par cette décision, "l'assemblée générale renonce à exercer une action en responsabilité à l'encontre de l'un de ses organes" (Tercier, Amstutz, Code des obligations II, Helbing Lichtenhahn, 2008, Art. 698 n°30). A l'inverse, le refus de l'assemblée d'accorder la décharge lui donne la possibilité d'entamer une action en responsabilité envers le conseil d'administration.

"En pratique un refus de décharge affecte surtout la réputation des administrateurs concernés" c'est-à-dire présent-e-s pendant l'année sous gestion (Tercier, Amstutz, Code des obligations II, Helbing Lichtenhahn, 2008, Art. 698 n°33). Mais

si une action en justice de la part de l'assemblée générale à l'encontre du conseil d'administration avait lieu, l'administrateur/-trice délégué-e par l'Etat répondrait des dommages causés à la société pour la période où il/elle était administrateur/-trice et ce comme tout-e autre administrateur/-trice. Plusieurs textes en matière de responsabilité pourraient alors s'appliquer, la responsabilité d'une personne pour les faits pouvant avoir plusieurs fondements juridiques selon la jurisprudence du Tribunal fédéral. Entrent en considération les statuts de la société, les articles 41 et ss CO, les articles 754 et ss CO ou la loi sur la responsabilité de l'Etat, des communes et de leurs agents (LRECA).

Hormis les cas où il/elle continue à exercer une activité d'organe de fait, la responsabilité de l'administrateur cesse en principe dès qu'il/elle n'est plus inscrit-e au registre du commerce (Tercier, Amstutz, Code des obligations II, Helbing Lichtenhahn, 2008, Art. 754 n°2). Au sujet de la responsabilité des membres nouvellement nommé-e-s par l'Etat, ils/elles ne peuvent être tenu-e-s pour responsables de la gestion de leurs prédécesseurs/-euses. Leur responsabilité débute en effet avec leur désignation, désignation qui peut avoir lieu au premier jour de l'année civile. Les nouveaux membres de l'administration n'endossent donc pas la responsabilité des anciens.

Ainsi la distinction entre les responsabilités des anciens et des nouveaux membres du conseil d'administration est claire en l'état actuel de l'art.10 LPECPM. Idéalement l'Etat peut désigner son/sa nouveau/-elle représentant-e au 1er janvier. La ligne de partage des responsabilités est alors le début de l'année civile qui correspond en outre au début de l'année comptable.

De manière plus générale, la responsabilité du/de la représentant-e de l'Etat atteint-e par la limite d'âge couvre l'année comptable de la société dans son entier. Et l'assemblée générale donne ou non une décharge au conseil d'administration pour l'année écoulée, quel que soit le moment de la nomination d'un-e nouveau/-elle représentant-e par l'Etat. Au vu des éléments présentés, le fait qu'un membre n'est plus présent au sein du conseil d'administration au moment de l'assemblée générale ne fait pas obstacle au bon déroulement de la vie de la société, en particulier sous l'angle de sa responsabilité envers la société.

#### ***Commentaire du texte de loi***

L'auteur de l'initiative propose de faire coïncider la fin du mandat du/de la représentant-e de l'Etat avec la tenue de l'assemblée générale de la société pour que la fin de sa responsabilité corresponde à l'éventuel quitus donné par l'assemblée. C'est donc dans ce sens que le présent texte de loi est modifié.

Cependant l'auteur de l'initiative propose de se référer à "l'assemblée générale qui clôt l'année civile où ils ont atteint septante ans". La proposition soulève une double difficulté. D'une part l'assemblée générale peut désigner à la fois un organe et une séance de cet organe. D'autre part la LPECPM s'applique à toutes les personnes morales auxquelles participe l'Etat et pas seulement à celles dotées d'une assemblée générale. Par exemple, les fondations n'ont pas nécessairement d'assemblée générale ou d'organe comparable. C'est la raison pour laquelle il faudrait ici reformuler la modification et mentionner un organe suprême plutôt qu'une assemblée générale. Pour éviter cet écueil, le Conseil d'Etat propose que les représentant-e-s soient relevé-e-s d'office de leur mission à l'issue de la séance de l'organe suprême qui clôt l'année civile où ils ont atteint septante ans, sauf s'ils/elles sont membres du Conseil d'Etat.

## **1 CONSEQUENCES**

### **1.1 Légales et réglementaires (y.c. eurocompatibilité)**

Néant.

### **1.2 Financières (budget ordinaire, charges d'intérêt, autres)**

Néant.

### **1.3 Conséquences en terme de risques et d'incertitudes sur les plans financier et éc**

Néant.

### **1.4 Personnel**

Néant.

### **1.5 Communes**

Néant.

### **1.6 Environnement, développement durable et consommation d'énergie**

Néant.

#### **1.7 Programme de législation (conformité, mise en œuvre, autres incidences)**

Néant.

#### **1.8 Constitution (conformité, mise en œuvre, autres incidences)**

Néant.

#### **1.9 Plan directeur cantonal (conformité, mise en œuvre, autres incidences)**

Néant.

#### **1.10 RPT (conformité, mise en œuvre, autres incidences)**

Néant.

#### **1.11 Simplifications administratives**

Néant.

#### **1.12 Autres**

Néant.

### **2 CONCLUSION**

Fondé sur ce qui précède, le Conseil d'Etat a l'honneur de proposer au Grand Conseil de refuser d'entrer en matière sur le projet de loi modifiant la loi du 17 mai 2005 sur les participations de l'Etat et des communes à des personnes morales.

## Texte actuel

### Art. 10 Durée et fin de la mission

<sup>1</sup> Les représentants de l'Etat sont nommés pour la durée prévue par les dispositions applicables à la personne morale ou, à défaut, pour une durée de trois ans renouvelable. Ils sont relevés d'office de leur mission à la fin de l'année où ils atteignent septante ans, sauf s'ils sont membres du Conseil d'Etat. S'ils ont été désignés par le Conseil d'Etat à raison d'une fonction particulière, leur mission prend fin avec celle-ci.

<sup>2</sup> Le Conseil d'Etat peut relever ses représentants de leur mission en tout temps.

<sup>3</sup> Les dispositions applicables à la personne morale concernée sont réservées.

## Projet

### PROJET DE LOI

### modifiant la loi sur les participations de l'Etat et des communes à des personnes morales (LPECPM) du 17 mai 2005

du 26 novembre 2008

---

LE GRAND CONSEIL DU CANTON DE VAUD

vu le projet de loi présenté par le Conseil d'Etat

*décrète*

### Article premier

<sup>1</sup> La loi du 17 mai 2005 sur les participations de l'Etat et des communes à des personnes morales est modifiée comme suit.

### Art. 10 Durée et fin de la mission

<sup>1</sup> Les représentants de l'Etat sont nommés pour la durée prévue par les dispositions applicables à la personne morale ou, à défaut, pour une durée de trois ans renouvelable. Ils sont relevés d'office de leur mission à l'issue de la séance de l'organe suprême qui clôt l'année civile où ils ont atteint septante ans, sauf s'ils sont membres du Conseil d'Etat. S'ils ont été désignés par le Conseil d'Etat à raison d'une fonction particulière, leur mission prend fin avec celle-ci.

<sup>2</sup> Sans changement.

<sup>3</sup> Sans changement.

### Art. 2 Entrée en vigueur

<sup>1</sup> Le Conseil d'Etat est chargé de l'exécution de la présente loi. Il en publiera le texte conformément à l'article 84, alinéa 1, lettre a) de la Constitution cantonale et en fixera, par voie d'arrêté, la date d'entrée en vigueur.

**Texte actuel**

**Projet**

Ainsi adopté, en séance du Conseil d'Etat, à Lausanne, le 26 novembre 2008.

Le président :

Le chancelier :

*P. Broulis*

*V. Grandjean*