

Les entreprises d'économie mixte et de droit public organisées selon le droit privé

Autor(en): **Dénéreáz, David**

Objekttyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **72 (1953)**

PDF erstellt am: **22.07.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-896112>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Les entreprises d'économie mixte et de droit public organisées selon le droit privé

Rapport présenté par
David Dénéreaz
Notaire à Vevey

Sommaire

| | Pages |
|---|-------|
| I. Introduction | 2a |
| II. Cas divers de participation de l'Etat | 3a |
| Participation occasionnelle | |
| Placement de fonds | |
| Distinction entre l'action à but idéal et l'entreprise économique | |
| III. Généralités sur les causes de l'intervention de l'Etat | 6a |
| IV. Formes diverses de l'intervention de l'Etat | 8a |
| A. Système de la régie directe | 8a |
| B. Système de la régie plus ou moins autonome | 10a |
| Avantages et inconvénients | |
| C. Système de la concession | 19a |
| Avantages et inconvénients | |
| V. Généralités sur la forme d'entreprise mixte | 24a |
| VI. A. Formes possibles d'entreprise mixte: | 27a |
| Arrêt du TF du 16 ^e décembre 1941 | |
| Licéité des contrats restreignant la liberté de la société d'économie mixte | |
| B. Différenciation des entreprises d'économie mixte selon leurs buts | 33a |
| C. Sociétés d'économie mixte pour la défense nationale économique | 34a |

| | Pages |
|--|-------|
| D. Sociétés d'économie mixte tendantes à porter secours à certaines branches de l'activité | 38a |
| E. Autres sociétés d'économie mixte | 40a |
| Inexistence d'une législation générale | |
| Existence de lois spéciales | |
| Cas particuliers | |
| F. Examen du cas de la Compagnie Vaudoise d'Electricité | 46a |
| G. Dérogations au droit commun prévues aux articles 762 et 926 CO | 49a |
| Précisions à fixer dans les statuts | |
| H. Autres dérogations au droit commun | 53a |
| VII. Entreprises de droit public organisées d'après le droit privé | 57a |
| VIII. Observations générales | 59a |
| IX. Conclusions | 60a |
| Bibliographie | 64a |

I.

Introduction

Il est devenu banal de constater l'extension toujours croissante des tâches assumées par l'Etat — ce dernier terme étant pris dans son sens général de pouvoir public et visant aussi bien la Confédération que les cantons et les communes.

Dans son texte originel, la Constitution fédérale de 1874 se bornait, dans la déclaration de principe sur les buts de la Confédération, à prévoir l'accroissement de la prospérité commune; le principe de la liberté du commerce et de l'industrie y était affirmé et seuls quelques domaines bien définis étaient soumis à la compétence législative du pouvoir fédéral. De son côté le CO de 1881 comportait la seule

disposition de l'art. 613 sur les établissements fondés sur des lois cantonales spéciales et érigés en sociétés anonymes.

Dès lors, les modifications constitutionnelles apportées notamment aux art. 31 et suiv. ont confié à la Confédération des pouvoirs en principe considérables comportant le droit et la tâche de prendre les mesures propres à augmenter le bien-être général et à procurer la sécurité économique des citoyens, de prendre des mesures en faveur de certaines branches économiques ou professions, de légiférer sur les moyens de procurer du travail, de prévenir les crises économiques et de combattre le chômage. De leur côté, tant le CCS (art. 52 et suiv.) que le CO révisé (art. 762 et 763 pour les sociétés anonymes; art. 829, 915 et 926 pour les sociétés coopératives) prévoient la participation de l'Etat à des sociétés privées, commerciales ou non, comme aussi l'organisation de toutes pièces de pareilles sociétés par la corporation de droit public.

Cette évolution profonde des idées et des mœurs, comme de la législation qui les exprime, peut être examinée à bien des points de vue; l'économiste, le sociologue, le moraliste, le politique y trouveront des raisons de se réjouir ou de se lamenter. Un regard sur les pays voisins leur montrera une évolution semblable, plus ou moins continue. Ce n'est pas l'objet de ce travail de porter sur ces faits un jugement de valeur; encore faut-il essayer de se rendre compte des causes de cette énorme extension des tâches et partant des pouvoirs de l'Etat et des buts auxquels, plus ou moins apparemment, elle tend, pour apprécier la portée et l'efficacité des solutions législatives imaginées.

II.

Cas divers de participation de l'Etat à une affaire économique

L'Etat peut se trouver impliqué dans une affaire et participant à une entreprise en quelque sorte occasionnelle-

ment et sans l'avoir voulu ou demandé — ce par le fait notamment d'une libéralité entre vifs ou à cause de mort qui lui serait advenue. Cette intervention, due au fait d'autrui, ne rentre pas dans le cadre de cette étude; les dispositions du droit privé détermineront la position de l'Etat comme héritier, co-héritier, légataire ou donataire et la législation fédérale ou cantonale fixera la mesure en laquelle il pourra conserver la participation ainsi acquise ou devra au contraire s'en dégager.

La situation est dans la règle semblable dans tous les cas où l'Etat, en s'intéressant à une affaire quelconque, ne cherche qu'à placer des fonds disponibles. Gérant ses fonds propres ou ceux d'institutions dont l'administration lui est confiée — que l'on songe notamment à l'énormité des sommes à placer par l'AVS — il fait des investissements en immeubles, en obligations, peut-être même en actions si la législation le lui permet, tout comme un particulier et sans rechercher autre chose que la sécurité et le rendement de ses capitaux. Là également l'Etat se trouve soumis à la législation civile comme propriétaire, créancier, obligataire ou actionnaire.

On serait tenté de mettre à part, comme une catégorie spéciale d'interventions, les cas où la corporation de droit public, sans prendre elle-même l'initiative d'une affaire ni participer activement à sa direction, apporte son aide à l'action privée. Mentionnons particulièrement la floraison d'entreprises de transports, nées avec le XX^{ème} siècle, que l'Etat a subventionnées dès leur début ou à l'occasion d'assainissement; pensons à l'action contre les maladies sociales, à la création d'hôpitaux et de cliniques, colonies de vacances et autres institutions semblables; aux nombreuses institutions de cautionnement mutuel et professionnel; à la lutte contre les taudis et, spécialement ces temps derniers, à la production de logements. Toutes les formes possibles d'interventions sont utilisées: le subventionnement à fonds perdus; l'octroi de prêts plus ou moins garantis, avec ou sans intérêts; la participation au capital;

le cautionnement simple ou solidaire. Très souvent, dans ce genre d'activité, l'Etat ne tient pas à jouer un rôle actif dans la direction et l'administration de l'entreprise. Il apporte son aide parce que, en soi, l'œuvre est profitable au bien public, et il en reste là, se rapportant pour le surplus à l'initiative privée. Mais cette abstention n'est pas de règle. Même si, en fait, l'Etat ne participe pas effectivement à la conduite de l'affaire, il ne serait pas empêché de le faire ou tout au moins de contrôler l'activité et les comptes de l'entreprise aidée. Il n'y a donc qu'une nuance de fait et non une différence de droit entre ces cas et les entreprises dont nous allons parler et qui, elles, comportent une action plus incisive de l'Etat.

Avant d'aller plus avant il faut préciser également que cet essai d'analyse porte exclusivement sur ce que notre texte appelle des «entreprises», en donnant à ce mot le sens d'action à caractère industriel ou commercial. Est ainsi laissée de côté la participation exclusive ou plus ou moins majoritaire et effective de l'Etat dans des institutions à but idéal ou non essentiellement lucratif, telles que, à titre d'exemple, l'Ecole polytechnique, la Bibliothèque nationale, la Chambre suisse du Cinéma, les universités, les instituts de recherches, les foires d'échantillons (?), le Registre professionnel, les diverses ligues et fondations pour la protection de la nature, pour la vieillesse, la jeunesse, la santé, les sciences, etc.

Un simple coup d'œil dans cette direction fait constater l'existence d'un nombre considérable d'institutions de droit public ou de droit privé, érigées en associations, en fondations ou en sociétés commerciales, ayant des rapports plus ou moins étroits avec l'Etat, souvent aidées par lui. A cette catégorie se rattachent également les innombrables groupements professionnels, qui, en eux-mêmes et pour eux-mêmes, ne poursuivent pas un but lucratif mais tendent à représenter les intérêts communs de leurs membres spécialement à l'égard des autorités (voir art. 31bis al. 4 et 32 al. 3

de la Constitution fédérale, ainsi que l'art. 1 de la loi vaudoise du 12 décembre 1944 sur l'organisation professionnelle), remplissant ainsi en un certain sens une tâche de droit public, puisqu'elles participent à l'élaboration de lois et à l'application des prescriptions d'exécution.

III.

Généralités sur les causes de l'intervention de l'Etat

Nous en arrivons maintenant aux cas où l'Etat, seul, ou bien en concours avec d'autres corporations de droit public ou avec des particuliers, exerce une activité industrielle ou commerciale, ou bien encore participe à une telle activité et, dans ce dernier cas, entend la diriger et, en tout cas, avoir sur elle une action décisive d'administration et de contrôle. Nous avons déjà relevé que ces cas étaient de plus en plus fréquents. Chargé constitutionnellement des tâches économiques indiquées plus haut, l'Etat s'installe naturellement dans son rôle de providence, à qui le peuple demande beaucoup, qui veut bien donner ce qu'on lui demande mais qui entend en contre-partie exercer ses pouvoirs et, s'il le faut, la contrainte. Il s'agit de satisfaire aux besoins continuels et essentiels de la population; la notion de ce qui est essentiel et nécessaire se modifie et s'élargit avec le développement matériel et matérialiste de la civilisation et l'évolution des idées et des mœurs. Ainsi le besoin d'un four banal ne se fait plus guère sentir, mais bien encore celui d'un poids public, d'une fontaine commune, de machines agricoles chères. Ces besoins doivent être couverts à bon compte et sans que l'esprit de lucre en tire un profit exagéré; or, la libre concurrence, habile en principe à réduire les marges de gain, est restreinte par toutes sortes de formes d'entente et par la concentration des entreprises. Le juste prix de revient lui-même est parfois trop élevé et l'Etat est appelé à le diminuer soit en se chargeant de livrer le produit en cause, soit en en subventionnant la

production ou la distribution. La crise économique des années 1930 puis la guerre ont encore accentué ce processus d'intervention étatique. Pour sa propre défense et pour assurer l'existence de ses habitants, l'Etat s'est fait, directement ou indirectement, producteur, importateur, stockeur, revendeur des biens indispensables à l'armée et à la population civile. La protection du travail national et de la monnaie a provoqué des accords de commerce et de paiement passés entre les Etats, où les convenances personnelles, les arrangements librement conclus entre fournisseurs et acheteurs, les règlements de comptes individuels ont dû céder le pas à des nécessités nationales.

Bref, il est inutile d'insister. Par le jeu des exigences de l'Etat et des particuliers, par le fait des habitudes prises ou de vues doctrinaires patiemment poursuivies et réalisées, le nombre et l'importance des tâches économiques confiées aux pouvoirs publics n'ont cessé de s'accroître et la défense contre cet étatisme envahissant s'est révélée jusqu'ici assez faible, dispersée et inefficace.

Quelle que soit l'opinion qu'on en ait, une autre constatation s'impose: l'Etat, chargé d'une tâche économique, entend l'exercer à fond. Dans la règle, son action tendra à obtenir avec toute la continuité nécessaire le résultat d'utilité publique, d'intérêt général qu'il met à la base de son action; la nécessité de l'intervention fondée sur la sauvegarde du bien commun et sur l'insuffisance ou l'impuissance de l'initiative privée, sera affirmée; la raison puissante de l'intérêt économique et fiscal de l'Etat — qu'on pense à certains services industriels et à certaines grandes régies — sera vraisemblablement discrètement laissée à l'arrière-plan. Mais, de toute façon, pour une raison ou pour une autre ou pour les deux réunies, l'action de l'Etat nécessitera en sa faveur une participation, un contrôle, une influence directe qu'il voudra s'assurer, quelle que soit la forme juridique utilisée. C'est une indication qui sera déterminante lors de l'examen des moyens employés.

IV.

Formes diverses de l'intervention de l'Etat

Nous en arrivons donc à passer sommairement en revue les moyens à la disposition de la corporation de droit public pour l'exécution des tâches économiques qu'elle assume.

A. Système de la régie directe

Le premier consiste à attribuer cette tâche à l'Etat lui-même, à en faire une branche de l'administration traitée comme n'importe quelle autre partie de l'appareil étatique.

Citons à titre d'exemple de cette façon de faire :

sur le terrain fédéral : l'inspection des travaux publics, la direction des constructions fédérales, le service technique militaire, l'office fédéral des assurances sociales, la Monnaie fédérale, l'administration des blés, le bureau du délégué à la défense nationale économique,

sur le terrain cantonal vaudois : la régale des sels, la gestion de divers domaines, établissements, laboratoires et hospices,

sur le terrain communal vaudois : les services de production et de distribution d'eau, gaz, électricité de certaines communes (Lausanne, Yverdon, Ste-Croix, Nyon, etc.), l'exploitation d'une carrière à Bex.

Ces activités économiques — dont certaines portent sur des sommes considérables — incorporées aux comptes de la corporation publique, se trouvent soumises à toutes les dispositions légales y relatives. On rappelle à ce sujet :

les règles concernant le budget, qui doit être annuel, universel (avec indication de toutes les recettes et de toutes les dépenses et non avec la simple mention du solde), spécial (c'est-à-dire divisé en postes bien définis, avec interdiction de transfert d'une rubrique à l'autre ou de report à nouveau),

les règles relatives aux comptes, qui doivent satisfaire aux mêmes exigences,

celles relatives à l'engagement de dépenses en capital, à leur financement et à leur amortissement, notamment les règles spéciales quant à l'acquisition et l'aliénation de biens meubles et immeubles,

celles qui fixent les conditions d'engagement, d'avancement, de renvoi, de rémunération du personnel, qu'il s'agisse de chefs à grande responsabilité ou de n'importe quel employé,

enfin, d'une façon générale, les prescriptions qui soumettent l'activité, les comptes, les actes de disposition à la vérification et à la sanction de divers organes compétents, jusque et y compris l'ensemble des électeurs en cas de referendum.

Relevons à cette occasion la question qui se pose de savoir dans quelle mesure la corporation de droit public — et plus particulièrement celle de rang inférieur telle que la commune — est en droit d'assumer une activité économique sortant du cadre des tâches propres ou déléguées qui lui compétent naturellement ou de par la législation en vigueur. La loi vaudoise détermine les attributions et les compétences des autorités communales et elle énumère leurs tâches respectives; elle apparaît destinée à fixer les objets dont chaque organisme communal doit s'occuper, plutôt que règle normative limitant l'activité de la commune. Il n'en reste pas moins que toute activité a une conséquence budgétaire et se trouve, à ce titre, soumise au contrôle de l'autorité cantonale. L'art. 80 de la Constitution vaudoise garantit l'existence des communes; elles jouissent de l'autonomie en matière politique, patrimoniale et administrative, mais dans la mesure compatible avec le bien de l'Etat et la bonne administration des communes elles-mêmes. Un avant-projet de loi actuellement à l'étude, parlant des conventions à passer entre communes pour l'exploitation en commun d'un service public, réserve l'approbation de ces conventions par le Conseil d'Etat, qui s'assure de leur conformité avec la constitution et la législation et veille à ce qu'elles trouvent une solution opportune,

équitable et judicieuse aux problèmes à résoudre. Le Conseil d'Etat serait donc juge non seulement de la légalité mais encore de l'opportunité de cette action communale.

B. Système de la régie plus ou moins autonome

Ce système de l'activité économique constituée en branche de l'administration est susceptible de certaines variantes, auxquelles s'applique tout ou partie des règles légales sommairement rappelées ci-dessus. Ainsi on trouve notamment :

sur le terrain fédéral : l'administration des PTT et celle des CFF qui, bien que n'ayant pas de personnalité juridique propre, tiennent des comptes séparés et sont soumises à une organisation particulière et autonome dans la mesure fixée par leur législation respective. Il est curieux de relever en passant, que, bien que simple branche de l'administration fédérale, les CFF sont inscrits en tant que tels au Registre foncier comme propriétaires d'immeubles — tandis que les PTT ont leurs propriétés inscrites au chapitre de la « Confédération Suisse PTT », de même que les immeubles militaires figurent au chapitre de la « Confédération Suisse DMF » et que les autres immeubles, affectés notamment aux douanes, à l'administration centrale, à l'Ecole polytechnique fédérale, sont immatriculés au nom de la « Confédération Suisse. Administration des finances » — le tout selon la circulaire du Département fédéral de justice et police, des 22 et 25 juin 1951.

Par contre, la Régie des alcools possède la personnalité civile et tient une comptabilité indépendante, tout en ressortissant administrativement du Département des finances et des douanes et ayant ses fonctionnaires et employés soumis au statut des fonctionnaires. Son bénéfice net est porté aux recettes du Département des finances ;

le « Fonds de compensation de l'AVS » est un « fonds indépendant », chargé de toutes les opérations financières de l'AVS, administré par un conseil de quinze membres

nommés par le Conseil fédéral, qui remet chaque année à ce dernier ses comptes et un rapport sur le placement des fonds;

la «Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accident à Lucerne» est un établissement qui «est de plein droit personne morale». Il est administré par un conseil de quarante membres nommés par le Conseil fédéral; il est soumis à la haute surveillance de la Confédération; ses règlements organiques, ses rapports et ses comptes sont soumis à l'approbation du Conseil fédéral;

la «Caisse de prêts de la Confédération Suisse» est une personne juridique dont le fonds de garantie est fourni pour trois quarts par la Confédération et dont le conseil d'administration est nommé par le Conseil fédéral; le rapport sur les comptes est remis au Conseil fédéral et le bénéfice d'exploitation va trois quarts à la Confédération et un quart aux banques intéressées;

L'«Office suisse de compensation» à Zurich est une corporation de droit public dont sont membres la Confédération, la Banque nationale et diverses organisations semi-officielles; la direction est nommée par le Conseil fédéral; l'office gère ses affaires pour le compte de la Confédération et un solde actif éventuel en cas de liquidation serait versé à la Caisse fédérale.

Sur le terrain cantonal, on trouve des caisses, des fonds, des services, des offices, des établissements dits de droit public qui jouissent d'une autonomie plus ou moins grande. En voici quelques exemples:

Canton de Vaud

L'établissement d'assurances contre l'incendie; l'assistance publique vaudoise; la caisse cantonale vaudoise des retraites populaires; la caisse cantonale de compensation pour l'AVS; la caisse générale d'allocations familiales en faveur des employés, ouvriers et fonctionnaires. Toutes ces institutions ont la personnalité juridique et une administration plus ou moins indépendante mais le rapport annuel

de gestion du Conseil d'Etat contient leurs comptes et les indications nécessaires sur leurs activités et, par ce moyen, ces dites institutions sont soumises au contrôle de l'autorité législative.

Canton de Fribourg

La Banque de l'Etat de Fribourg est un établissement distinct de l'Etat; il a qualité de personne morale; l'Etat lui a remis un capital de dotation; le bénéfice va exclusivement aux réserves, à l'Université et à l'Etat. Il n'y a pas d'actionnaires privés. Les administrateurs sont nommés par le Grand Conseil et par le Conseil d'Etat.

Un régime semblable est appliqué aux «Entreprises Electriques Fribourgeoises».

Canton de Genève

La Caisse d'épargne de la République et Canton de Genève, créée en 1816 est une fondation de droit public, placée sous la surveillance du Conseil d'Etat, dont les engagements sont garantis par l'Etat, et qui est administrée par un conseil de dix-huit membres, nommés par le Conseil d'Etat.

Canton de Neuchâtel

La Banque cantonale neuchâteloise, instituée en 1882, «forme un être juridique distinct de l'Etat»; son administration et ses écritures sont entièrement séparées de celles de l'Etat, qui lui a remis un capital de dotation et qui garantit ses engagements. Les administrateurs sont nommés par le Conseil d'Etat; le bénéfice va, en principe, aux réserves et à l'Etat;

l'Etablissement cantonal d'assurance immobilière contre l'incendie, institué en 1810, est un «Service public» de l'Etat, administré par une chambre d'assurance nommée par le Conseil d'Etat et ayant ses finances propres;

la «Caisse cantonale d'assurance populaire», créée en 1898, est également un établissement de droit public,

jouissant de la personnalité civile, administrée par un Conseil composé de délégués désignés par le Conseil d'Etat et par les assurés, avec le concours et sous la surveillance de l'Etat.

Canton du Tessin

La Banca dello Stato del cantone Ticino est une personne juridique distincte, avec un capital de dotation fourni par l'Etat lequel répond de ses engagements; les administrateurs sont nommés par le Conseil d'Etat; le bénéfice annuel va aux réserves et à la Caisse de l'Etat pour elle-même ou pour un fonds spécial de compensation intercommunale.

Sur le terrain communal: les cas paraissent plutôt rares — ce qui peut s'expliquer par le fait que la législation cantonale — dans le canton de Vaud en tout cas — et la législation fédérale ne donnent pas aux communes comme telles la faculté de créer *proprio motu* une corporation de droit public. Les entreprises d'ordre strictement communal ou intercommunal (lesquelles visent essentiellement les affaires d'eau, de gaz, d'électricité, de transports) sont ou bien organisées en branche de l'administration de la commune ou bien constituées en organisation de droit privé. On signale cependant les cas suivants:

Vaud: le Service intercommunal des eaux Vevey-Montreux, dont nous parlerons plus loin,

le Service électrique intercommunal Le Chenit-Le Lieu, administré par un conseil séparé et soumis à des règles spéciales de répartition de bénéfice;

Genève: Les Services industriels de la Ville de Genève, régie autonome de la ville, avec un conseil d'administration de seize membres dont cinq désignés par le Conseil d'Etat, cinq par le Conseil municipal de la Ville, trois par les conseils municipaux des communes et trois par le personnel;

la «Caisse hypothécaire du Canton de Genève», établissement de droit public possédant la personnalité civile, dont le capital, divisé en parts inaliénables sans valeur

nominale, est réparti entre les communes du Canton. Le conseil d'administration est nommé par le Conseil d'Etat, la Ville de Genève et les autres communes du Canton. Il doit rendre compte au canton et aux communes. Le bénéfice va aux réserves et aux communes.

Fribourg: La «Caisse d'épargne de la Ville de Fribourg», créée en 1828 par le Conseil municipal de la Ville, est un établissement de droit public ayant la personnalité juridique et jouissant de la garantie de la Commune de Fribourg à concurrence de trois millions. Elle est placée sous la haute surveillance du Conseil communal de Fribourg qui nomme le conseil d'administration. Le bénéfice va aux réserves et à la caisse de la Ville.

A la fin de ce chapitre consacré à certaines activités économiques exercées par l'Etat en régie directe ou en établissements plus ou moins autonomes, la question se pose des avantages et des inconvénients de ce système. Il faut à ce sujet distinguer la question de la justification théorique et de l'opportunité de l'intervention directe de l'Etat dans la vie économique de la question — le principe de l'intervention étant admis — de la valeur et de l'efficacité du mode choisi.

Sur le premier point, l'exposé des doctrines et de leurs résultats n'est pas à sa place ici. Contentons-nous de relever qu'il y a un abîme entre les théories de l'intervention et celles du laisser-faire; en fait et dans les applications pratiques, l'abîme a tendance à se combler; la législation actuelle n'offre guère dans ce domaine d'exemples d'une solution intégralement socialiste ou complètement libérale; tel tenant d'un système est amené à des concessions qui peut-être lui répugnent mais que les nécessités de la vie en commun lui imposent.

Par contre le deuxième point doit nous retenir. Le moyen de la régie permet-il à l'Etat d'exercer sur l'activité économique en question l'action qu'il considère nécessaire? La réponse affirmative paraît s'imposer, tout au moins en ce

qui concerne la régie directe. Mettant cette activité sur le même pied que ses autres fonctions, la corporation de droit public l'exerce avec toute l'autorité et la souveraineté voulues. Elle en est seule maîtresse et rien ne fera obstacle à son action. Voire! L'Etat n'est pas un corps simple, capable d'une volonté individuelle immédiatement réalisable. A quelque échelon de la hiérarchie qu'il appartienne, le corps social en cause est soumis à des règles strictes qui font de l'élaboration de sa volonté un cheminement lent et plein d'embûches; il est un complexe servi par des gens qui ne risquent, tout au moins en général, ni leur argent, ni leur situation, ni leur honneur dans leur œuvre quotidienne et leurs décisions; il est sujet à des influences étrangères à une gestion purement économique; le but même d'intérêt public qu'il se propose lui interdit la vue exclusive du profit. Bref, il n'est pas armé pour la vie économique qui est initiative, adaptation, souplesse, risques, responsabilité, moyens financiers immédiatement disponibles. Conclusion: pour ne pas souffrir des défauts qui affectent l'action de l'Etat, l'entreprise en cause doit être simple, facile à administrer, stable, non soumise à une âpre concurrence ou à des adaptations rapides; elle garde alors un caractère autant administratif qu'économique proprement dit et elle ne souffre pas — ou pas excessivement — des contraintes légales qui l'enserrent. Mais, dès que le caractère économique devient prédominant, les inconvénients relevés peuvent être graves. Cependant gardons-nous de simples vues de l'esprit; il faut connaître la vie intime de chacune des activités économiques en cause pour porter un jugement valable sur la valeur et l'efficacité du moyen choisi. Le soussigné connaît bien le Service des Eaux Vevey-Montreux. C'est un service public en régie, fraction de l'administration municipale, établi en commun par sept communes et administré, sous leur contrôle, par des organes propres. Parlant le langage courant, on dira qu'il est propriétaire d'immeubles et d'importants droits immobiliers, qu'il se procure ainsi de l'eau qu'il revend pour

environ 800 000 francs par année, qu'il dépense à peu près autant annuellement et que son bilan comporte environ six millions et demi de chaque côté. Vu du dehors, le fait de recueillir de l'eau et de la vendre ne paraît pas très difficile d'autant plus qu'il n'y a pas ou presque de concurrence. En droit — et d'ailleurs même quant au fond — la question est plus compliquée. Une convention, dûment approuvée dans chaque commune puis ratifiée par le Conseil d'Etat, lie les sept communes associées. En vertu de cette convention, ces communes sont propriétaires indivisément entre elles des biens meubles et immeubles, créancières indivises des sommes dues au service, co-débitrices solidaires des emprunts contractés par lui, copatrons du personnel engagé. Il y a bien un organe propre d'administration du Service, qui est un conseil composé de délégués des municipalités intéressées; mais le budget et les comptes annuels, les acquisitions et ventes d'immeubles, les procès, les dépenses extra-budgétaires doivent, comme toutes les autres affaires communales, être soumis à l'agrément de sept municipalités et de sept conseils communaux et éventuellement de sept «opinions publiques» en cas de referendum. Dernièrement, de grands travaux étant envisagés, il a fallu plus de six mois pour obtenir les autorisations légales — et encore tout a bien marché. Des modifications tarifaires étant prévues, un travail d'informations a dû être conduit auprès des intéressées qui auraient eu par ailleurs la faculté de mettre ces questions en discussion devant chacune des sept autorités communales. Bref, il est indiscutable que l'organisme est lourd et lent; la convention intercommunale y a paré, dans la mesure du possible, tout d'abord en prévoyant que certaines décisions n'exigeaient pas l'unanimité des communes — la minorité étant liée par l'avis de la majorité — et en outre en utilisant une formule, dont la légalité a été tout d'abord contestée mais qui a été admise par le Conseil d'Etat, qui tend à se généraliser et qui est celle de l'autorisation générale et préalable. Au début de chaque légis-

lature, les sept municipalités demandent à leurs conseils communaux respectifs, pour le Conseil administratif du Service, l'autorisation générale d'acquérir ou d'aliéner des immeubles jusqu'à cinq mille francs par objet, de plaider, transiger, compromettre également jusqu'à ce même chiffre, d'engager des dépenses extra-budgétaires jusqu'à vingt mille francs par objet. Là encore jusqu'à présent, tout a bien marché, mais il suffirait d'une décision négative pour enrayer ce mécanisme ingénieux. De même la question de litiges possibles entre le Conseil administratif du Service et les municipalités, entre les communes propriétaires elles-mêmes, ou encore entre le Conseil administratif et les particuliers, de même que la question de la résiliation de la convention et de la sortie d'une commune, poserait des problèmes délicats, entre autres celui de la nature juridique de la convention liant les sept communes: est-elle de droit public ou de droit privé? Quelle est l'autorité compétente pour en connaître et quel est le droit applicable? La convention elle-même affirme son caractère de droit public et soumet à ce titre les litiges au Conseil d'Etat (à l'exception de ceux de pur droit privé, basés par exemple sur les rapports de voisinage ou les contrats d'abonnement passés avec les usagers); cette conception paraît conforme à la théorie reconnue par le Tribunal fédéral dans son arrêt *Commune des Agettes c. Commune de Salins* (RO 52 II 459; JT 1927 p. 206). La difficulté est que le droit public matériel est souvent très insuffisamment formulé; dans ce cas, la réglementation de droit privé devra être prise en considération comme une orientation très générale, mais il faudra rechercher dans chaque cas particulier si l'application par voie d'analogie du droit privé est compatible avec l'essence de l'organisation de l'administration publique (voir arrêt TF *Wäffler c. Confédération Suisse* JT 1929 p. 461).

Si, dans le cas du Service des Eaux Vevey-Montreux, les communes s'en sont tenues au régime de l'indivision malgré des inconvénients aisément prévisibles et effectivement prévus, c'est dans l'intention essentielle de sauve-

garder, sur les points importants, l'autonomie de chacune d'entre elles et de ne pas exposer les petites communes, solidairement responsables, à des décisions majoritaires.

Mais cet exemple, un peu longuement exposé, ne permet pas à lui seul une conclusion sur la question posée de l'efficacité du moyen choisi. L'expérience d'administrateurs communaux, cantonaux et fédéraux ne serait pas de trop pour porter un jugement fondé. Il semble à tout le moins permis de déclarer qu'une activité véritablement économique s'accommode mal d'une sujétion absolue à toutes les règles du droit administratif et public fixant la marche de l'Etat; le simple bon sens postule la nécessité de méthodes différentes; au surplus, la pratique fait ressortir le besoin impérieux d'organisations autres, faisant sauter les cadres rigides de l'appareil étatique.

On a signalé plus haut, dans cette direction, le système de l'autorisation générale et préalable, ainsi que les diverses formes de régies plus ou moins autonomes, services publics avec ou sans personnalité. Ces diverses formes, par le fait même de leur utilisation, démontrent la tendance à plus de liberté d'action; elles y parviennent en partie mais l'autonomie n'est pas complète lorsque la désignation du pouvoir administratif est l'affaire du gouvernement et lorsque, à tout le moins, les comptes doivent être soumis à l'approbation de celui-là et que la caisse publique est directement intéressée aux résultats de l'exploitation.

Dans la recherche d'une liberté encore plus grande, nous voyons l'Etat trouver des solutions nouvelles tant dans la forme que dans le fonds:

dans la forme, en ce sens que l'institution chargée prend le nom et la figure d'une institution de droit privé,

dans le fonds, en ce sens que l'Etat entend ne plus agir seul mais appelle à la collaboration le particulier — personne physique ou société — qui serait susceptible de l'aider.

Il y a des nuances et des degrés dans l'application de ces

idées relativement nouvelles. Tout en choisissant le manteau du droit privé, l'Etat peut confier toute sa tâche à un tiers ou au contraire la garder toute pour lui, ou encore la partager avec ce tiers. A sommairement parler, nous avons dans le premier cas, la concession, dans le deuxième, l'entreprise de droit public organisée d'après le droit privé et dans le troisième, l'entreprise d'économie mixte également organisée d'après le droit privé.

C. Système de la concession

La concession a été depuis longtemps considérée comme un remède efficace aux inconvénients divers attachés à l'action purement étatique. Les définitions en varient. Une est tirée d'Ange Blondeau: la concession du service public, thèse Grenoble 1929, p. 3, d'après l'ouvrage «des Sociétés commerciales avec participation de l'Etat» de M. Henri Zwahlen, actuellement professeur à Lausanne; cette définition dit que «le particulier s'engage à assurer à ses frais, risques et périls, le fonctionnement d'un service public, moyennant une rémunération qui consiste dans les profits résultant pour lui de l'exploitation du service». Pareille définition met l'accent sur le cas où l'Etat se décharge d'une tâche qui lui incombe naturellement sur une personne privée, laquelle, en contrepartie, recueille le profit de cette activité; on pense par exemple — pour autant qu'il s'agisse d'une entreprise économique — à un service de postes, d'inhumation, d'enlèvement de gadoues. Mais il y a d'autres cas communément dits de concession qui paraissent différents. L'Etat concède, à titre exclusif ou non, l'usage de biens du domaine public, de l'air, de l'eau des rivières, de la grève des lacs, des routes et voies publiques; le concessionnaire se sert de la chose concédée pour un but qu'il a lui-même en vue, qui est à l'usage du public sans être forcément de nécessité publique. Bref, l'accent est mis là non pas sur une obligation dont l'Etat se libère mais bien sur une permission qu'il accorde et, par

voie de conséquence, non pas sur le profit du concessionnaire mais bien sur la prestation due à la corporation concédante. Dans l'un et l'autre cas, s'agissant par hypothèse d'un service à l'usage du public, l'autorité concédante fixe dans un acte de concession — acte souverain ou convention bilatérale? question discutée — les obligations du concessionnaire à l'égard de la corporation publique et des usagers consommateurs.

Ainsi la corporation publique n'assume pas la responsabilité financière et administrative du service en cause; les besoins du public sont tout de même satisfaits et le concessionnaire jouit, en principe, de toute la liberté d'action nécessaire.

La législation fédérale prévoit de nombreux cas de concession, parmi lesquels on relève le cas des entreprises de chemins de fer et de chemins de fer secondaires (loi des 23 décembre 1872 et 21 décembre 1899), les assujettissant à diverses obligations sévères à l'égard de la poste, du télégraphe, du militaire, à l'égard du public quant à la tenue des horaires et aux tarifs, à l'égard de la Confédération quant à la comptabilité et à l'emploi des fonds. Il est intéressant de noter ici les très incisives dérogations au droit commun arrêtées déjà par la loi du 28 juin 1895 sur le droit de vote des actionnaires des compagnies de chemins de fer et la participation de l'Etat à l'administration de ces dernières: seul l'actionnaire dont les actions sont nominatives a le droit de vote; le conseil d'administration doit être composé pour $\frac{4}{5}$ au moins de citoyens suisses; s'il y a plusieurs administrateurs, le Conseil fédéral a le droit d'en nommer de un à quatre, de même que chaque canton traversé par la ligne; ces administrateurs nommés par les pouvoirs publics, tout en ayant les mêmes droits et les mêmes pouvoirs que les autres, ne sont pas tenus d'être actionnaires; enfin le Conseil fédéral peut annuler les décisions de l'assemblée générale et du conseil d'administration qui lui paraîtraient de nature à compromettre ou à léser sérieusement des intérêts généraux importants; à cet effet, communi-

cation doit lui être faite des résolutions et décisions. Ce texte, dont nous ne voyons pas qu'il ait été abrogé, démontre la permanence du souci de l'Etat de s'assurer des droits étendus de contrôle même s'il a confié à un tiers l'exploitation d'un service tenu pour public.

Sont également soumises à concession, avec des servitudes légales plus ou moins graves, les entreprises de transport régulier et périodique de personnes par automobiles, ascenseurs, chemins de fer, funiculaires aériens et autres entreprises analogues (ordonnances du Conseil fédéral du 18 septembre 1906 et du 8 février 1916); le transport professionnel de personnes et de biens par des lignes de navigation aérienne exploitées régulièrement (loi du 21 décembre 1948); les entreprises de navigation (loi du 11 mars 1948 et la législation sur la navigation sur mer, le droit au pavillon suisse, etc.). Il n'y a pas concession proprement dite mais autorisation de pratiquer pour les agences d'émigration (loi du 22 mars 1888), les entreprises privées en matière d'assurances (loi du 25 juin 1885), les banques et caisses d'épargne à l'exception des banques cantonales (loi du 8 novembre 1934), les caisses de crédit à terme différé (arrêté fédéral du 29 septembre 1934), le commerce intérieur et extérieur de matériel de guerre (arrêté du Conseil fédéral du 28 mars 1949).

Nous rentrons dans le domaine de la véritable concession avec la loi fédérale du 22 décembre 1916 sur l'utilisation des forces hydrauliques — document essentiel pour le développement industriel du pays. Tout en donnant au Conseil fédéral la compétence d'édicter «les dispositions générales propres à assurer et à développer l'utilisation rationnelle des forces hydrauliques», tout en lui conférant le droit de statuer sur un différend naissant entre cantons intéressés à un même cours d'eau ainsi que sur toute demande d'exportation d'eau ou d'énergie à l'étranger, la loi pose le principe qu'il appartient à l'autorité compétente du canton d'accorder la concession sur la section de cours d'eau à utiliser. L'eau est du domaine public cantonal

(communal sauf erreur en Valais) et c'est le canton qui en dispose — étant bien précisé que ce droit du canton porte sur l'utilisation de l'eau elle-même, c'est-à-dire sur la production de la force hydraulique, tandis que l'usage du domaine public pour le transport et la distribution de la force est du ressort du propriétaire de ce domaine public soit dans la règle la commune (voir le seul texte de droit fédéral: art. 46 al. 3 de la loi fédérale sur les installations électriques du 24 juin 1902; voir également le rapport du 31 octobre 1951 au Grand Conseil Vaudois sur le renouvellement des concessions électriques, page 14 et l'arrêt du TF «Divers c. loi vaudoise du 3 juin 1947», qui y est cité).

En vertu des dispositions qui précèdent, on retrouve sur le terrain cantonal les concessions pour l'utilisation des eaux du domaine public soit pour la production de l'énergie électrique. Je cite notamment pour le canton de Vaud, à titre de société purement privée, la Société romande d'électricité.

Enfin, sur le domaine communal, des concessions d'utilisation du domaine public sont accordées pour la distribution de l'électricité, du gaz, de l'eau, pour l'affichage public, pour les transports par tramways et autobus. Mais la plupart de ces entreprises sont érigées en sociétés commerciales auxquelles les communes participent et nous les retrouverons plus loin.

On signale encore, comme entreprise au bénéfice d'une concession de droit cantonal, la Chambre de la bourse de Genève, société coopérative de droit privé, ayant pour but d'assurer le fonctionnement de la bourse de Genève, fixant le tarif officiel de courtage et publiant la cote officielle de la bourse avec l'assentiment d'un commissaire de l'Etat.

Nous avons relevé les avantages du système de la concession qui, tout en assurant un service public, libère l'Etat de risques et de charges. Là encore, seule l'expérience permet de porter un jugement sur le mérite de cette méthode. En face et en contrepartie des avantages sus-indiqués on relève la tendance à l'abus au détriment des

usagers et l'inconvénient grave suivant: le service public, par hypothèse indispensable, assumé par l'entreprise concessionnaire ne peut pas être interrompu; si donc, pour une raison ou pour une autre, la dite entreprise n'est pas à même de le continuer, il faut de toute façon ou bien réviser les clauses du cahier des charges ou bien la libérer de certaines obligations et les faire endosser d'une manière ou de l'autre par la corporation de droit public intéressée.

Ce dernier risque n'est pas uniquement théorique: On se réfère à ce sujet à la loi fédérale du 2 octobre 1919 sur l'appui financier à accorder aux chemins de fer et entreprises de navigation privés désireux d'introduire la traction électrique, à l'arrêté fédéral du 22 octobre 1937 instituant une aide en faveur des entreprises privées de chemins de fer et de navigation dont l'exploitation est compromise par la crise, à la loi fédérale du 6 avril 1939 sur l'aide aux entreprises privées de chemins de fer et de navigation, cela sans préjudice aux versements à faire au fonds de compensation par les entreprises elles-mêmes en vertu d'un règlement (non publié) du 17 octobre 1950.

Dans d'autres domaines, on a vu certaines entreprises concessionnaires ne pouvoir verser l'intégralité des finances de concession dues à la commune par exemple et celle-ci obligée, même sans qu'il y ait recours judiciaire à la théorie de l'imprévision ou à la *clausula rebus sic stantibus*, de consentir à des modifications de tarifs ou à des allègements de prestations.

Pour parer à ces inconvénients, l'habitude s'est prise, pour la corporation publique concédante, de s'intéresser plus activement à l'activité de la société concessionnaire de droit privé par l'attribution d'un droit de contrôle ou de veto ou par une participation à l'administration et aux bénéfices. Cette participation est d'ailleurs expressément prévue par la loi de 1895 sur le droit de vote des actionnaires des compagnies de chemins de fer et par l'art. 55 lettre a de la loi de 1916 sur l'utilisation des forces hydrauliques. On s'est ainsi familiarisé avec l'idée d'une associa-

tion de la puissance publique avec des tiers particuliers — l'une apportant son autorité et son souci de l'utilité générale et l'autre ses qualités d'entrepreneur privé. Collaborant à la même œuvre, les représentants de l'Etat se rendent mieux compte des difficultés et partant des besoins de l'entreprise; de leur côté, les particuliers, tout en jouissant de la liberté d'action nécessaires, sont mieux instruits des exigences de l'intérêt général.

V.

Généralités sur la forme d'entreprise mixte

On en arrive ainsi à l'entreprise d'économie mixte. La définition en varie selon les auteurs, mais ces variantes paraissent souvent reposer sur de subtiles nuances. Au surplus, cette notion n'est pas d'ordre juridique; elle exprime un état de fait: l'action de l'Etat conjointe à celle de particuliers pour obtenir un résultat économique, étant entendu que, par cette action, l'Etat ne cherche pas simplement à placer ses fonds ni à subventionner une œuvre, mais bien plutôt à exercer une influence sur la conduite de l'affaire; dans la règle cette influence est utilisée dans un but d'intérêt général et d'utilité publique, la recherche du profit fiscal n'étant pas prédominante. Dans la règle également, l'action de l'Etat comporte non seulement une participation à l'administration mais bien une mise de fonds à titre de capital responsable. (Art. 762 al. 2 CO.)

C'est par ce dernier point que l'entreprise d'économie mixte se distingue à la fois des entreprises concessionnées, à l'administration desquelles l'Etat peut participer en vertu de l'acte de concession qu'il accorde, et des entreprises privées dont les statuts prévoient la participation à l'administration de la corporation publique même non actionnaire (art. 762 al. 1 et 926 CO).

Au bout du compte, à part les cas de régie directe ou plus ou moins autonome l'action économique de l'Etat peut s'exercer sous les formes suivantes:

- a) dans une entreprise au bénéfice d'une concession, à l'administration de laquelle il participe sans mise de fonds uniquement en vertu de l'acte de concession (voir lois spéciales indiquées plus haut),
- b) dans une entreprise privée à l'administration de laquelle il participe sans mise de fonds comme représentant d'un intérêt public (art. 762 al. 1 et 926 CO),
- c) dans une entreprise de droit public dans les conditions prévues aux art. 763 et 829 CO,
- d) dans une entreprise publique entièrement administrée et financée par lui mais organisée sous la forme de droit privé,
- e) dans une entreprise privée, de droit privé, à laquelle il participe activement comme administrateur et apporteur de capitaux responsables (économie mixte).

Avant d'aller plus loin dans notre étude, certaines remarques s'imposent: les distinctions indiquées ci-dessus sont basées sur la forme juridique adoptée par l'entreprise en cause; sont de droit privé les entreprises revêtant l'une des formes prévues par la législation civile; sont de droit public les autres. La question de savoir si ce critère est suffisant et valable soulève des points d'interrogation en quantité: quelle est la distinction doctrinale et jurisprudentielle faite entre le droit public et le droit privé? Les sociétés commerciales chargées de l'exploitation d'un service public et dont l'Etat est sociétaire sont-elles des personnes morales de droit public ou de droit privé? Y a-t-il un contrat de société en droit public et comment le distinguer du même contrat de droit privé? Les sociétés commerciales dont l'Etat est membre peuvent-elles être des personnes morales de droit public? Quel est le droit applicable à leur structure interne et à leur statut externe? Nous tirons ces différentes questions de la savante étude parue en 1935 sous la signature de M. Henri Zwahlen, déjà citée. Entrer dans leurs détails nous mènerait beaucoup trop loin et excéderait d'ailleurs à la fois nos compétences et le cadre

général fixé à ce travail, qui est d'exposer les solutions trouvées surtout en considération de leur portée et de leur application pratiques. L'étude de M. Zwahlen démontre d'ailleurs que le Tribunal fédéral ne s'en est pas tenu à un critère unique pour déterminer ce qui est du droit privé et ce qui est du droit public. En fait la notion du but d'intérêt général, jointe à celle de la situation de l'institution par rapport à l'Etat, est à la base de la distinction. Quelle qu'en soit l'imprécision, cette notion suppose une action conduite par l'Etat, agissant dans l'exercice de son autorité et dans la limite de ses attributions, en vue de l'intérêt de l'ensemble de la population pour assurer à chacun, à des conditions égales et les meilleures, des prestations jugées indispensables. Cette action peut être menée par une seule ou par plusieurs corporations de droit public liées entre elles par un contrat passé en vue d'accomplir une tâche administrative commune. Ainsi fixé le but d'intérêt général donne à l'action un caractère de droit public et s'oppose à l'action à but lucratif, qui est censée être le propre de l'activité privée et qui est de droit privé.

Il est permis d'avoir des doutes quant au caractère purement désintéressé de toutes les interventions étatiques, comme aussi sur le caractère uniquement intéressé de l'activité privée. La «socialisation froide» en marque quelques-unes de son sceau; certains services publics laissent un bénéfice appréciable, que la corporation publique ne dédaigne pas d'encaisser. Ce sont peut-être de semblables considérations réalistes qui ont amené le législateur fédéral, lors de la révision du CO en 1936, à prévoir l'action publique s'exerçant indépendamment, sous une forme et dans des conditions librement organisées par elle, ou encore s'exerçant dans le cadre du droit privé mais avec la possibilité d'y déroger sur certains points précis. Quoiqu'il en soit, c'est cette législation actuelle qui est à la base de la suite de notre travail.

VI.

A. *Formes possibles d'entreprises d'économie mixte :**Arrêt du TF du 16 décembre 1941*

Le cadre juridique possible pour ces entreprises est celui de la société anonyme et celui de la société coopérative, plus rarement celui de la société à responsabilité limitée (vu son capital maximum de deux millions) et encore plus rarement celui des associations et fondations qui n'ont pas en principe d'activité économique.

Un caractère commun à toutes ces formes est qu'elles constituent des personnes morales, jouissant de leur capacité civile et bénéficiant de ce fait de la liberté de contracter prévue à l'art. 19 CO et de la protection de l'art. 27 CCS. Elles ne peuvent juridiquement renoncer à la jouissance ou à l'exercice de leurs droits personnels et l'Etat, pas plus que quiconque, ne peut les y contraindre s'il entend leur conserver leur caractère d'institut de droit privé.

Ces points ont été affirmés dans un arrêt du TF du 16 décembre 1941 «*Gemeinnützige Baugenossenschaft Selbsthilfe Zürich c. Direktion der Justiz des Kantons Zürich*», RO 67 I p. 262, qu'il est nécessaire de mettre en évidence pour sa valeur de principe et parce qu'il a été invoqué dans les documents législatifs postérieurs pour justifier un changement dans la forme des sociétés coopératives chargées par la Confédération de grandes tâches économiques.

La société coopérative de droit privé *Selbsthilfe* à Zurich, ayant pour but la création et la location de logements sains à bon marché, bénéficie comme ses semblables de l'appui de la Ville de Zurich sous forme de cession de terrains, de remises de prêts et de la prise de parts sociales. Pour faire droit à la demande de la Ville de Zurich, formulée à l'occasion du prêt consenti par elle à la société et destinée à assurer la permanence des buts d'utilité publique,

la société bénéficiaire a inscrit dans ses statuts une clause selon laquelle, aussi longtemps que la ville serait intéressée à la société, les modifications statutaires de nature principale seraient soumises à l'assentiment du Conseil municipal de la Ville de Zurich. Le Registre du commerce refusa l'inscription de cette disposition statutaire, en alléguant qu'elle allait à l'encontre des art. 885 et 854 CO (dans la mesure où la ville invoquait sa qualité de sociétaire) et de l'art. 879 CO (dans la mesure où elle invoquait sa qualité de créancière). Le TF écarta le recours interjeté contre ce refus en se fondant essentiellement sur les considérations suivantes :

Aux termes de l'art. 879 CO, l'assemblée générale est le pouvoir suprême de la société. Elle a le droit inaliénable d'adopter et de modifier les statuts comme aussi de désigner l'administration et le contrôle. Cette disposition est de droit impératif; elle fixe les attributions de l'assemblée générale à l'égard d'autres organes sociaux. Elle assure à la société coopérative — comme le font les art. 698 pour la société anonyme et 810 pour la société à responsabilité limitée — son autonomie, c'est-à-dire le droit de régler ses affaires à sa libre volonté sauf les restrictions légales. Ce droit à l'autonomie est inhérent à la personnalité civile de droit privé; s'il disparaît, il n'est plus question de personne de droit privé. Est réservée pour un autre examen la question de savoir si et dans quelle mesure une personne morale peut, eu égard à son droit à l'autonomie, s'engager par contrat à exercer dans un sens donné les pouvoirs inaliénables compétant à son assemblée générale. En s'obligeant dans ses statuts à subordonner un changement desdits statuts à l'agrément ou à la non-opposition d'un organe autre que l'assemblée générale ou d'un tiers et même d'une autorité, la société renoncerait à l'essence même de sa personnalité et s'en remettrait à la décision d'un tiers — ce qui pourrait être assimilé à une interdiction civile et heurterait les dispositions de l'art. 27 CCS. Le fait que cette subordination serait dictée par des considérations d'utilité

publique ne change rien à l'affaire. La société coopérative en question est de droit privé; les seuls droits accordés à la corporation de droit public sont ceux prévus à l'art. 926 CO et cette restriction au libre arbitre de la société ne peut être interprétée que restrictivement. De plus amples limitations à l'autonomie de la société ne seraient concevables qu'à l'égard d'une institution de droit public. Or le seul fait que la société poursuit un but d'utilité publique ne suffit pas à lui donner le caractère d'une institution de droit public; il faudrait en plus que, même sans être une des branches de l'organisation de l'Etat, elle ait assumé à l'égard de celui-ci et par un moyen de droit public l'obligation de remplir son but (ihr gemeinnütziger Charakter genügt dafür nicht, es wäre außerdem erforderlich, daß sie, ohne einen Teil der Staatsorganisation zu bilden, dem Staate öffentlich-rechtlich verpflichtet ist, ihren Zweck zu erfüllen).

Pour couper court à une ultérieure discussion, le Tribunal fédéral tranche par la même occasion la question de savoir si la Ville de Zurich pourrait parvenir à ses fins en fixant dans les statuts qu'une modification éventuelle de ceux-ci ne pourrait avoir lieu qu'avec son consentement donné en tant que sociétaire. Il rappelle à ce sujet l'avis affirmatif soutenu par M. F. de Steiger dans son ouvrage sur l'inscription des sociétés coopératives au Registre du commerce, pages 44 et 45 (art. 888 CO). Il répond tout de même négativement. Pareille faculté accordée à un sociétaire particulier serait, dit-il, en contradiction avec le principe fondamental de l'égalité de droit de tous les sociétaires (art. 854 CO) et avec la règle que chaque sociétaire n'a droit qu'à une voix (art. 885 CO). L'art. 888 al. 2 prescrit une majorité des $\frac{2}{3}$ des voix émises pour certaines décisions importantes; il réserve, il est vrai, la possibilité de dispositions statutaires soumettant à des conditions plus rigoureuses encore la décision pour la révision des statuts; mais cela ne comporte en aucune façon une atteinte au principe de l'égalité juridique des sociétaires, même au profit de cor-

porations de droit public. L'art. 854 ne permet des dérogations à ce principe de l'égalité que si elles sont expressément prévues par la loi; or les dérogations permises par l'art. 926 ne portent pas atteinte à la règle du droit de vote égal des sociétaires.

A part les dispositions spéciales à la société coopérative qui ont été ici relevées parce que nous devrions tout de même les retrouver plus loin, l'arrêt fédéral ci-dessus transcrit est valable pour toutes les formes possibles de société d'économie mixte. A notre connaissance il n'a pas été modifié ou atténué dans sa conception rigide et ses conclusions fermes. Au contraire, l'arrêt du TF Koller et consorts c. Immobiliengenossenschaft Gewerbegebäude der Stadt Luzern, du 5 mars 1946, RO 72 II 91, JT 1946 p. 546, affirme péremptoirement le principe de l'égalité des droits de tous les sociétaires et de la compétence exclusive de l'assemblée générale pour modifier les statuts et les adapter au droit nouveau; le juge ne peut en aucune façon suppléer à une telle décision, même si la carence de celle-ci devait entraîner la dissolution de la société.

A notre connaissance également, le Tribunal fédéral n'a pas été amené non plus à reprendre la question, réservée par lui dans l'arrêt du 16 décembre 1941, de savoir si et dans quelle mesure une personne morale peut s'engager par contrat à exercer dans un sens donné les compétences inaliénables conférées à son pouvoir suprême. Cette question a cependant une grande importance. Ne pouvant légalement se faire reconnaître dans les statuts une influence particulière en dehors des cas prévus aux art. 762 et 926 CO, la corporation de droit public sera tentée de s'assurer des droits plus étendus par une convention passée avec la société elle-même ou ses membres, ou bien par l'acte de concession lorsqu'il s'agira d'entreprises mixtes et concessionnées. En étudiant plus loin la situation de la Compagnie vaudoise de l'électricité, nous trouverons un exemple

frappant de ce dernier cas. En parcourant la réglementation des syndicats d'économie de guerre, on rencontre partout la référence à de semblables arrangements pris avec le Conseil fédéral ou le Département de l'économie publique, et telles compétences accordées à ces autorités même dans les cas de sociétés organisées selon le droit privé. Il est vrai que, depuis l'arrêt de 1941 susindiqué, la législation fédérale en cette matière marque une nette tendance à déclarer de droit public les organisations économiques où collaborent l'Etat et les associations professionnelles.

En l'absence de décisions jurisprudentielles, les considérations suivantes doivent à notre sens entrer en ligne de compte. Il s'agit tout d'abord d'éliminer de cette discussion les arrangements, accords ou conventions qui peuvent avoir été pris à titre particulier par des actionnaires ou des sociétaires tant entre eux qu'avec la corporation de droit public. On songe par exemple au contrat relatif à la constitution de stocks obligatoires passé par une maison de commerce avec le Département de l'économie publique; l'existence d'un pareil contrat est la condition même de l'admission de cette maison de commerce dans la société coopérative de la branche en cause. Mais ledit contrat est passé à titre privé par le particulier avec le département; la société coopérative est composée uniquement de gens ayant passé de pareilles conventions; en fait elle se trouve être un organe d'exécution des arrangements pris par ses membres à l'égard de l'autorité, bien que souvent ses statuts relèvent également comme but social la protection des intérêts des sociétaires; en droit elle n'est pas partie aux obligations souscrites par ses membres et pas liée par elles. Cette construction de syndicats et groupements professionnels organisés en quelque sorte sous les auspices du Département de l'économie publique devra être revue plus en détail; elle a peut-être ou plus exactement elle a eu quelque chose d'artificiel dans sa texture juridique. D'autres cas sont plus patents où l'arrangement privé de l'actionnaire reste complètement en dehors de la sphère

d'action de la société elle-même. Mais qu'en est-il de la convention passée par la société en tant que telle, par exemple vis-à-vis de l'Etat, s'engageant à exercer son action et à prendre ses déterminations dans tel sens, ou au contraire à s'abstenir de telle décision, ou encore à ne donner effet à sa volonté régulièrement exprimée qu'après approbation ou ratification par l'Etat? Qu'en est-il aussi de l'acte de concession délivré par l'Etat à la société concessionnaire et obligeant cette dernière à telles restrictions semblables? Le principe sera toujours celui de la liberté de contracter. S'il convient à une société d'économie mixte, par une décision prise librement et en conformité à ses statuts, d'accepter une restriction à sa liberté d'action, on doit tenir, jusqu'à preuve du contraire, qu'elle le fait dans son appréciation souveraine des intérêts qui lui sont confiés. S'associant avec une corporation de droit public pour une tâche économique, les particuliers doivent d'emblée penser que cette corporation apporte, dans la conduite de l'affaire, une préoccupation d'ordre général qui doit être sauvegardée, et ils acceptent ce risque. Le risque ne doit pas, par ailleurs, être examiné tout seul; il faut le mettre en balance avec les avantages que peut comporter la collaboration de la corporation publique. C'est l'état de ces avantages et de ces inconvénients qui est à la base de la décision tant de l'Etat que des particuliers d'unir leurs efforts dans un but commun. Ce contrat de société n'est pas fondé sur la contrainte (sauf, peut-être, dans les syndicats d'économie de guerre); il est fait d'un libre consentement; une fois créée la société doit pouvoir se développer librement mais dans le sens convenu et il faudrait, comme pour un particulier, des restrictions excessives, contraires aux mœurs, non justifiées par ailleurs par le but poursuivi d'un commun accord ou hors de proportion avec ce but ou encore inefficaces pour son accomplissement, pour dénier sa valeur à la convention intervenue entre l'Etat et la société. On dira peut-être que la reconnaissance d'une telle liberté de contracter revient en fait à annihiler la portée des

principes d'autonomie affirmés par l'arrêt du 16 décembre 1941. A quoi nous répondons qu'il y a une différence à faire entre la *capitis deminutio* inscrite définitivement dans les statuts d'une société, restreignant fonctionnellement et à toujours sa liberté, et l'acte occasionnel par lequel cette société, agissant par ailleurs librement, soumet une partie de son activité à telle restriction demandée par l'Etat. Il y a la même différence à faire que celle existant entre l'interdit qui ne peut plus agir seul et le majeur, libre de ses droits, qui assume certaines obligations à l'égard d'un tiers et aliène ainsi partiellement sa liberté d'action. Au surplus tout est question de mesure et de cas particulier, le principe de la liberté étant la règle, à laquelle il n'est dérogé que dans des circonstances spéciales et exceptionnelles.

*B. Différenciation des entreprises d'économie mixte
selon leurs buts*

Ces considérations nous amènent d'ailleurs à relever que, si toutes les sociétés d'économie mixte que nous examinons ici sont par hypothèse organisées selon le droit privé, elles se distinguent les unes des autres par le but qu'elles poursuivent; l'action de l'Etat sera plus ou moins incisive selon ces buts et l'appréciation de la licéité des moyens de cette action étatique devra en tenir compte.

Une vision, bien que forcément sommaire, des sociétés d'économie mixte existant dans notre pays nous amène à les ranger en gros, quant aux buts qu'elles poursuivent avec la collaboration active de l'Etat, dans les catégories suivantes:

celles qui tendent à assurer la défense économique du pays,

celles qui tendent à porter secours à certaines branches de l'activité humaine,

celles qui ont un caractère économique plus marqué.

Nous voudrions examiner quelques cas de ces différentes espèces.

C. Sociétés d'économie mixte pour la défense nationale économique

En prévision d'une guerre qu'on sentait prochaine, les Chambres fédérales ont voté la loi du 1er avril 1938 sur l'approvisionnement du pays en marchandises indispensables. Cette loi autorise le Conseil fédéral à prendre une série de mesures allant de l'inventaire à la constitution de stocks par l'Etat ou par des tiers, à l'extension des cultures et jusqu'au séquestre et à l'expropriation, selon qu'il s'agit d'une période normale ou troublée ou comportant danger de guerre imminent. Sauf ce dernier cas, elle laisse dans les attributions de l'Assemblée fédérale le soin de prendre d'autres mesures. La guerre survint et avec elle les pleins pouvoirs et notamment l'arrêté du Conseil fédéral du 28 février 1941 autorisant le Département de l'économie publique à créer des syndicats d'économie de guerre, lesquels en règle générale devaient être constitués sous forme de société coopérative dont les statuts pouvaient, avec l'approbation du département, déroger aux dispositions du droit privé. La participation de l'économie privée à l'économie de guerre ne se borna pas en effet au travail de ses représentants appelés à des postes dirigeants ou dans des commissions administratives; des tâches d'exécution lui furent conférées pour qu'elle les exécutât librement ou selon les instructions des offices gouvernementés (voir Dr. Lautner, *System des Schweizerischen Kriegswirtschaftsrechts* 1942 p. 91). Il n'entre pas dans le cadre de ce travail d'examiner la valeur juridique et les résultats pratiques de cette législation, les modifications qu'elles a subies et celles que M. le délégué à la défense nationale économique propose actuellement de lui apporter. On peut se référer à ce sujet à l'article dudit délégué dans son *Bulletin d'informations* de janvier 1953. Il est par contre intéressant de relever la diversité des formes juridiques successivement employées pour donner corps à la collaboration de l'Etat et des personnes privées, comme pour

constituer ces organismes semi-officiels. Cette diversité a actuellement tendance à s'atténuer à la fois pour les motifs juridiques relevés dans l'arrêt du TF du 16 décembre 1941, mentionné plus haut, et par suite de la nouvelle définition donnée par le CO révisé de la société coopérative. En effet, cette société devient une organisation tendant principalement à favoriser ou à garantir par une action commune des intérêts économiques déterminés de ses membres; la simple poursuite d'un but économique commun ne suffit plus; il faut y ajouter des mesures communes d'entraide; et la fonction de la société coopérative en tant qu'organe d'importation travaillant dans l'intérêt de la politique commerciale du pays et le mandat qu'elle a reçu à ce sujet de l'autorité gouvernementale ne peuvent pas être considérés comme de telles mesures (voir le message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale relatif à un projet d'arrêté fédéral concernant la société coopérative suisse des céréales et matières fourragères du 5 août 1952. (Feuille fédérale 1952 No 32 p. 631.)

Il n'en subsiste pas moins encore une remarquable diversité.

Sont organisées en sociétés coopératives de droit privé:

l'office fiduciaire des importateurs suisses de denrées alimentaires,

l'association des détenteurs de stocks obligatoires d'engrais phosphatés et potassiques,

la société coopérative des importateurs de semences fourragères,

la coopérative suisse pour l'approvisionnement en bétail de boucherie et en viande. —

L'Union centrale des producteurs suisses de lait est une fédération de sociétés coopératives au sens du titre XXIX du CO; l'Union suisse des exportateurs de fromage est une société coopérative, de même que l'Union suisse des acheteurs de lait; à elles trois, ces sociétés jointes à des maisons de commerce de fromage, forment une société simple dénommée «Convention fromagère suisse». Est de même

une société simple l'institution dénommée «Butyra», soit la centrale suisse de ravitaillement en beurre. Par contre, l'Union suisse des commerces de fromage est une société anonyme.

De leur côté, l'association suisse des importateurs d'huile de graissage, la centrale suisse pour l'importation du charbon, la «Carbura» sont des associations conformes aux art. 60 et suiv. du CCS.

On s'excuse de ce raccourci qui met pêle-mêle des choses qu'une étude détaillée devrait permettre de distinguer les unes des autres. Une question générale se pose d'ailleurs: est-il vraiment indiqué de classer ces diverses institutions et d'autres semblables dans la catégorie des entreprises d'économie mixte que nous étudions maintenant? Sauf erreur, aucune des sociétés citées ne comporte une participation de l'Etat à un capital responsable et nous avons admis que, dans la règle, cette participation financière de l'Etat était une des caractéristiques de l'entreprise d'économie mixte. Nous pensons cependant pouvoir répondre affirmativement. En effet, dans toutes ces institutions, soit dans leur état actuel, soit dans leur état originel, on trouve une action incisive de l'Etat jointe à celle de l'économie privée. L'Etat intervient par un contrat passé avec la société elle-même ou avec ses sociétaires; c'est souvent ce contrat qui donne ou retire accès à la qualité de membre; l'Etat concède à la société le droit de percevoir des taxes et des émoluments en contrepartie des autorisations que, par délégation gouvernementale, elle accorde à ses membres; il participe tantôt au bénéfice annuel tantôt au solde du compte de liquidation; il fixe les tâches de la société et en surveille l'exécution; les statuts sociaux se réfèrent souvent expressément ou implicitement à la législation en général ou à telle disposition du Département de l'économie publique. Mais, en regard de ce côté étatique, il y a dans l'activité de ces sociétés toute une part d'action privée destinée à défendre les intérêts économiques des membres: obtention de permis d'importation, mesures

à prendre pour le financement des stocks et contre les pertes dues à l'accumulation des réserves, renseignements sur l'état du marché, administration des affaires et biens sociaux, sauvegarde des intérêts des membres en général et même à l'égard des autorités, etc.

La législation de 1938 et de 1941 a donné à ces entreprises le caractère d'institution de droit privé. En fait et surtout pendant la période de l'économie de guerre, elles ont rempli sous ce manteau des tâches d'intérêt national, ressortissant à une fonction de nécessité publique assumée par l'Etat pour les besoins de la population; elles ont dispensé l'Etat de créer des organes entièrement incorporés à l'administration. Dans ces limites, elles n'ont pas joui de l'autonomie que la haute autorité judiciaire reconnaît et exige comme un élément nécessaire de la personnalité. Aujourd'hui, où la contrainte des circonstances se fait moins forte, le besoin et le goût de l'association subsistent. La guerre froide, l'autarcie économique, la crainte du pire et aussi la protection de certains grands intérêts économiques, comme par exemple ceux de l'agriculture, empêchent de démobiliser; l'appareil reste prêt. Mais sa forme a tendance à évoluer. A juste titre il ne paraît plus admissible de laisser le caractère de société simple à certaines entreprises qui manipulent des sommes considérables; là où la tâche d'intérêt public est prédominante, le caractère d'institution de droit public doit lui aussi être accentué. Il est intéressant à ce sujet de lire le message du Conseil fédéral sur la société coopérative suisse des céréales et matières fourragères (Feuille fédérale 1952 p. 629 et suiv.) et son message du 13 février 1953 sur le projet d'arrêté sur le statut du lait. Selon ce dernier document il n'est pas question de modifier la structure juridique de l'Union Suisse du Commerce de fromage S.A.; cette société anonyme ne jouit pas d'un monopole officiel; elle n'est pas fondée à percevoir des taxes et son but reste de favoriser la production et la vente de fromages de qualité — le Conseil fédéral et le Département de l'économie publique

ayant d'ailleurs faculté de la charger de l'application de mesures légales prévues. Par contre, le message propose d'attribuer à la Butyra, jusqu'ici société simple, le caractère d'une société coopérative de droit public — ses tâches ayant un caractère officiel, dans l'intérêt du pays, et les dispositions de l'art. 926 CO n'assurant à la Confédération qu'une influence et un droit de contrôle insuffisants.

La tendance ainsi marquée paraît heureuse. Dans la mesure où une organisation même autonome remplit une fonction jugée nécessaire dans l'intérêt général, elle est à ce point soumise à l'action du pouvoir civil qu'elle perd en fait sa liberté. Lui donner le caractère d'une société de droit public permet de fixer de manière adéquate les modalités d'application, de lui laisser la liberté de mouvement nécessaire mais aussi d'attribuer à l'Etat — même au delà de la simple participation à l'administration et au contrôle — l'exercice de droits qui sont en même temps pour lui des devoirs. Les dérogations ainsi apportées à la liberté du commerce et de l'industrie sont sujettes au vote du peuple en cas de referendum.

D. Sociétés d'économie mixte tendantes à porter secours à certaines branches de l'activité

Nous retrouvons la même diversité de formes juridiques dans les diverses actions de secours entreprises par la Confédération.

Alors que la Société fiduciaire suisse pour la broderie est érigée en société coopérative de droit public, la Société fiduciaire suisse pour l'hôtellerie est constituée en société anonyme. Cependant ces deux institutions sont également fondées sur la même loi fédérale du 28 septembre 1944. Cette loi donne à l'une et à l'autre des pouvoirs incisifs en matière d'assainissement d'entreprises, notamment en cas de sursis concordataire et d'exécution de concordat; elles doivent être consultées par l'autorité judiciaire; elles peuvent donner des ordres au débiteur et surveiller sa

comptabilité et sa gestion; elles collaborent à la préparation du concordat; elles font des avances aux débiteurs et bénéficient d'hypothèques légales privilégiées; la Société fiduciaire suisse de l'hôtellerie rend même des ordonnances dans la procédure de sursis. La Confédération participe aussi financièrement à toutes les deux. Il eût semblé naturel que le manteau juridique revêtant ces deux institutions jumelles fût le même — ce d'autant plus que les restrictions apportées par les statuts de la Société suisse pour l'hôtellerie à ses pouvoirs de libre gestion sont sérieuses: le président du conseil d'administration est désigné par le Conseil fédéral; le règlement de l'administration établi par ce conseil est soumis à l'approbation du Département de l'économie publique; il en est de même des comptes qui ne peuvent être présentés à l'assemblée générale que munis de la sanction préalable de ce département. La décision de dissolution doit être ratifiée par le Conseil fédéral, qui pourrait d'ailleurs la prendre de lui-même; les comptes de liquidation doivent aussi être approuvés par le Conseil fédéral. Bref, certaines de ces dispositions excèdent largement les attributions réservées au pouvoir public par l'art. 762 CO et il en a fallu moins, dans d'autres cas, pour provoquer une décision négative du Registre du commerce.

Avec la «Société générale de l'Horlogerie Suisse S.A. ASUAG», on rentre dans le droit commun. La Confédération est un actionnaire comme un autre, avec cette seule particularité que chacune de ses six mille actions, du nominal de un franc a été en réalité libérée par mille francs — le surplus ainsi obtenu ayant servi à des amortissements —, et que la clause du cinquième a été maintenue lors de la révision de 1944. Le seul privilège de la Confédération est de nommer cinq administrateurs sur trente et un membres du comité de direction.

Puisqu'on en est là, relevons l'existence de la Chambre suisse de l'horlogerie et des industries annexes qui, elle, est érigée en association (Titre II CCS). Sauf erreur la Confédération ne participe ni à l'administration ni à la

gestion financière de cette chambre dont les membres sont uniquement des sections ordinaires et des sections affiliées, soit des personnes privées. Cependant l'ordonnance d'exécution du 21 décembre 1951 confère à la chambre des pouvoirs importants en matière de permis d'exportation et d'autres mesures.

Signalons enfin pour mémoire une institution dont on a beaucoup parlé qui est actuellement en liquidation: la Centrale d'achats de vins indigènes CAVI, société coopérative de droit privé, à laquelle la Confédération participe comme signataire d'un contrat passé en 1939 mais ni comme sociétaire ni comme administrateur et qui n'est ainsi pas entreprise mixte à proprement parler. En vertu de cette convention du 11 août 1939, la société s'engage à acheter en automne du vin du pays de moyenne et petite qualité, à un prix fixé dans son minimum et son maximum et à répartir ce vin entre ses membres, lesquels doivent le prendre en charge et, en compensation, sont spécialement pris en considération pour la délivrance des contingents d'importation.

E. Autres sociétés d'économie mixte

Jusqu'à maintenant, à notre connaissance, il n'existe pas de législation fédérale ou cantonale déterminant d'une façon générale les conditions qui donneraient à une institution à laquelle l'Etat participe, le caractère de droit public et la soumettraient à ce titre à des règles fixes — ces règles devant concerner notamment la quotité proportionnelle du capital engagé par l'Etat, le nombre relatif des administrateurs et contrôleurs désignés par ce dernier, les pouvoirs et compétences expressément réservés à la corporation publique, la responsabilité des délégués à l'égard de la corporation publique qui les désigne, etc. Cette législation générale sur les sociétés ouvertes aux corporations de droit public rendrait peut-être des services et permettrait de mieux qualifier un régime juridique qui reste actuellement

assez discutable et imprécis — et cela notamment sur le terrain cantonal et communal. Mais elle serait très difficile à élaborer et devrait de toute façon laisser la part très large aux cas particuliers.

A défaut de législation générale, il existe des lois spéciales qui prévoient, pour toutes les institutions qui leur sont soumises, la possibilité ou même l'obligation de déroger au droit commun; il s'agit notamment de la législation sur les chemins de fer, sur les banques, sur les forces hydrauliques.

Pour le surplus il appartient au législateur de prendre ses décisions dans chaque cas particulier — déterminant ainsi, selon les besoins de la cause, le caractère de l'institution en question et son régime juridique. Ce système ne présente pas d'inconvénients sur le terrain fédéral. Nous avons en effet déjà relevé que le législateur fédéral est, en droit, maître de la forme qu'il entend donner à l'intervention de l'Etat. Il lui est loisible d'attribuer à l'institut en cause le caractère de droit public ou de droit privé ou encore mixte, de préciser les dérogations au droit commun, de stipuler l'application de ce dernier à titre de droit supplétif. Dans la mesure où le texte en question aura fait l'objet d'une loi ou d'un arrêté sujets au vote du peuple, son application s'imposera à chacun comme à toute autorité judiciaire (Constitution fédérale, art. 32 al. 1).

Autre est le problème sur le terrain cantonal et surtout communal. Le droit public des cantons demeure réservé pour les corporations ou les établissements qui lui sont soumis (art. 59 CCS); mais lesquelles de ces institutions lui sont-elles soumises? Le droit cantonal peut-il librement les baptiser telles? La question serait alors simplifiée et encore davantage dans l'hypothèse où le droit cantonal en aurait établi la liste ou tout au moins en aurait fixé les normes. Mais on chercherait en vain cette énumération ou cette réglementation, en tout cas dans la législation vaudoise. Nous fondant sur la jurisprudence du Tribunal fédéral, nous devons admettre, avec regret d'ailleurs, que les can-

tons ne sont pas absolument maîtres d'attribuer la qualification de personne juridique de droit public cantonal à une institution de leur choix. L'arrêt Rapp Buhner et consorts c. Canton de Bâle-Ville, du 29 janvier 1932, JT 1932 p. 600, dit que la compétence des cantons en matière de droit public n'est pas illimitée; le droit public cantonal doit s'adapter aux règles de droit public incorporées dans le droit civil fédéral et n'en contredire ni le sens ni l'esprit. L'art. 6 CCS ne signifie pas, comme son texte pourrait le faire croire, que le droit civil fédéral, notamment le CCS et le CO, laisse aux cantons, d'une façon générale, le droit d'édicter n'importe quelles prescriptions de droit public.

L'arrêt FOBB, Donzé et Righini c. Conseil d'Etat du Canton de Genève, du 4 mars 1938, JT 1938 p. 238, comporte les indications suivantes: le droit public fédéral prime toujours le droit public cantonal; le droit public cantonal est en principe sur le même rang que le droit privé fédéral; toutefois les cantons ne peuvent compléter ce dernier droit par des règles de droit public qu'autant qu'ils ne le modifient pas et n'en violent ni la lettre ni l'esprit mais s'harmonisent avec lui.

Il en résulte que le Tribunal fédéral peut apprécier souverainement, selon des critères qui lui sont propres, la question de savoir si une institution cantonale est de droit public ou de droit privé.

Quant aux communes, elles ne jouissent dans ce domaine — en tout cas dans le Canton de Vaud — d'aucune souveraineté quelconque; seule l'autorité législative cantonale peut donner la personnalité de droit public à une institution communale, et encore sous les réserves indiquées plus haut au profit du droit fédéral.

Après ces indications sommaires, nous en venons à citer quelques exemples d'entreprises d'économie mixte aux différents échelons de notre hiérarchie politique, en nous arrêtant à un exemple cantonal plus particulièrement connu de nous.

Sur le terrain fédéral, nous trouvons la Banque Natio-

nale Suisse, jouissant de la personnalité civile et soumise aux dispositions sur la société anonyme sauf certaines dérogations expressément prévues par la loi spéciale du 7 avril 1921. Outre une participation majoritaire au conseil de banque, un droit de nomination de la direction générale, la Confédération exerce son action notamment en ce qui concerne l'augmentation du capital action et l'approbation des comptes annuels; elle a droit à une certaine part du bénéfice annuel ainsi que du fonds de réserve en cas de liquidation. Notons au passage l'extrait du message du Conseil fédéral du 13 juin 1904 au sujet de la loi fédérale créant une banque centrale d'émission (Feuille fédérale 1904, IV p. 436 et 437) où les avantages de la collaboration du capital privé avec un organe d'Etat sont déjà remarquablement indiqués.

Sur le terrain cantonal nous relèverons:

A *Fribourg*: la «Caisse hypothécaire, société d'actionnaires établie sous les auspices et avec la collaboration de l'Etat» par la loi du 3 décembre 1853, à laquelle le canton participe au $\frac{1}{5}$ du capital action. L'établissement est soumis à la haute surveillance de l'Etat et à la surveillance spéciale d'un conseil composé de quatorze membres, dont deux sont nommés par le Conseil d'Etat et douze par les actionnaires, et du Directeur des finances qui en est «membre né». Les statuts contiennent la disposition exceptionnelle et digne de remarque suivante: «l'Etat ne votera pas dans l'assemblée des actionnaires pour la nomination des membres du conseil de surveillance». Pareille disposition est valable *in casu* en vertu de l'art. 763 al. 2 CO.

A *Fribourg* encore: la Compagnie des chemins de fer Fribourgeois, société anonyme à laquelle participent la Confédération, le canton et les actionnaires des sociétés fusionnées, dont les statuts ne prévoient pas de clauses exceptionnelles, sauf la représentation nécessaire et d'ailleurs minoritaire des pouvoirs publics au Conseil d'administration.

A Neuchâtel: L'Electricité neuchâteloise S.A., société anonyme dont les actions sont réservées par privilège au canton et aux communes neuchâteloises — les sociétés et particuliers étant admis à souscrire pour un solde disponible éventuel; le conseil d'administration est composé de quinze à dix-sept membres, dont le Conseil d'Etat et les Communes de Neuchâtel, Le Locle, La Chaux-de-Fonds désignent respectivement chacun deux membres. Le bénéfice net va aux réserves, aux actions, aux tantièmes et le solde est «réparti entre les actionnaires et les abonnés».

A Berne: Nous ne voulons citer les «Forces motrices bernoises», société anonyme où le canton est fortement majoritaire à côté de la Banque cantonale, des communes et de personnes privées, qu'à raison d'une particularité relevée dans la brochure du Dr Moll de 1946 (p. 57 et suiv.), à savoir que, pour certaines opérations importantes, les délégués du canton participant à l'assemblée générale doivent recueillir — les cas d'urgence réservés — les instructions du Grand Conseil. L'auteur de la brochure remarque que ce mode de faire, joint d'ailleurs à d'autres prescriptions statutaires, a en pratique provoqué des complications et du retard mais aucune difficulté sérieuse.

Dans le Canton de Vaud: Nous rappellerons nos deux ancêtres de la société d'économie mixte: la Banque cantonale vaudoise fondée par décret du 19 décembre 1845 et l'ancienne Caisse hypothécaire d'amortissement, créée par décret du 1^{er} décembre 1858 et devenue dès lors le Crédit Foncier Vaudois. Ces deux établissements, où le canton est actionnaire majoritaire dans l'un et minoritaire dans l'autre, ont des statuts qui, au bénéfice de l'art. 763 CO, dérogent profondément au droit commun: limitation du nombre des suffrages attribués aux actions selon une échelle spéciale, convocation de l'assemblée générale tous les deux ans seulement, attribution à cette assemblée de l'unique compétence de désigner dix membres chargés de la représenter au conseil général de l'établissement; ce conseil composé en outre de dix autres membres et du président

nommés par le Conseil d'Etat est le pouvoir suprême; c'est lui qui prend les décisions importantes, approuve les comptes et répartit le bénéfice. La dissolution est décidée par le Conseil d'Etat sous la sanction du Grand Conseil. Toutes ces indications ont conduit à marquer, chez ces deux sociétés anonymes, le caractère d'institut de droit public au sens de l'art. 763 al. 2 CO et de l'art. 3 al. 4 de la loi du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne, et à les traiter comme de véritables banques cantonales, ce qui, notamment au point de vue du placement des fonds de l'AVS, n'a pas toujours été immédiatement reconnu.

La Société vaudoise des mines et salines de Bex est une société anonyme qui exploite les salines de Bex en vertu d'une concession accordée par le canton. Celui-ci possède, pour lui-même et les institutions qu'il gère, la moitié du capital action; il présente trois administrateurs sur sept à neuf; il a droit à quarante pour-cent du solde disponible après les attributions aux réserves et aux actions. Une disposition statutaire — dont on se demande si elle serait encore admise aujourd'hui — fixe que les statuts et les comptes annuels sont soumis à l'approbation du Conseil d'Etat; elle se fonde sur la convention, soit sur l'acte de concession accordé par l'Etat à la société.

La Compagnie vaudoise des Forces motrices du lac de Joux et de l'Orbe doit nous retenir plus longtemps et nous y consacrerons un paragraphe particulier. Mais, puisque nous en sommes à l'électricité, mentionnons l'importante société de l'Energie Ouest de Suisse (EOS) à laquelle sont intéressés, outre des sociétés privées, des cantons et des communes, et dont les statuts ne dérogent pas au droit commun — la clause du cinquième y ayant été maintenue.

Sur le terrain communal et intercommunal, les cas sont nombreux d'entreprises où corporations de droit public et capital privé collaborent. Laissant de côté encore une fois les actions à but plus ou moins idéal ou en tout cas non lucratif (cautionnements, habitations, Registre profes-

sionnel, hygiène, tourisme) nous trouvons cette action commune surtout dans le domaine des transports et des services industriels, quelques fois dans celui de l'épargne. Les services industriels nous intéressent ici pour autant qu'ils sont organisés en société de droit privé. Tel est notamment le cas, dans notre région, de la Compagnie du Gaz et du Coke à Vevey, société anonyme, qui alimente en gaz toute la région orientale du Léman, la Plaine du Rhône, les Alpes vaudoises et un peu du Valais. Les communes du littoral, concédant l'usage de leur domaine public, sont intéressées pour un quart au capital action et désignent des représentants de droit au conseil d'administration et au contrôle.

La Société des tramways lausannois est, elle aussi, une société anonyme dont le capital action est réparti entre le canton, certaines communes et des particuliers. Le droit de vote est attribué selon une échelle établie d'après le nombre d'actions; la clause du cinquième a été maintenue, «cette restriction n'étant pas applicable aux actions possédées par la Confédération et les cantons». Les administrateurs sont ou bien désignés directement par le Conseil d'Etat ou bien élus par l'assemblée générale avec un droit de présentation en faveur de certaines communes desservies.

Nous aurons à revenir sur certains aspects de la collaboration Etat-particuliers. Mais nous voudrions au préalable reprendre un peu plus en détail le cas de la Compagnie vaudoise des Forces de Joux.

F. Examen du cas de la Compagnie Vaudoise d'Electricité

Le 26 novembre 1951, le Grand Conseil du Canton de Vaud a pris un décret «sur le renouvellement et l'extension des concessions de la Compagnie vaudoise des forces motrices du lac de Joux et de l'Orbe». Cette compagnie avait fait l'objet à sa naissance du décret du même Grand Conseil du 22 mai 1901, prévoyant sa constitution en société anonyme au capital de deux millions, puis d'un

nouveau décret du 27 novembre 1923 sur l'extension du but de la compagnie et l'augmentation de son capital action.

L'acte législatif du 26 novembre 1951 subordonne le renouvellement des concessions déjà accordées et l'octroi de nouvelles concessions à la condition que les statuts de la société soient modifiés en tenant compte des points essentiels suivants:

- a) la raison sociale devient «Compagnie Vaudoise d'Electricité»;
- b) le but social est entre autres d'utiliser les forces motrices concédées pour la production d'énergie électrique et de distribuer celle-ci en gros ou en détail dans la partie du canton délimitée par le Conseil d'Etat;
- c) l'administration est assurée par un conseil de quinze à vingt et un membres, dont la majorité est désignée par le Conseil d'Etat; les autres membres sont nommés par l'assemblée des actionnaires — une représentation étant assurée aux communes et autres groupes d'actionnaires. L'éventuel comité de direction de trois à sept membres doit comprendre une majorité de délégués nommés par le Conseil d'Etat. Les directeurs et administrateurs délégués sont choisis sous réserve de ratification par le Conseil d'Etat; ce dernier nomme un des vérificateurs des comptes;
- d) le capital social peut être porté à cinquante millions, par tranches successives au fur et à mesure des besoins, les émissions et leurs conditions étant soumises à l'approbation du Conseil d'Etat;
- e) l'Etat de Vaud dispose d'un droit de souscription de quarante pour-cent du capital social; les communes vaudoises d'un droit de souscription de trente pour-cent — la partie non souscrite étant réservée à l'Etat; le solde de trente pour-cent est réservé à diverses catégories d'actionnaires anciens et nouveaux. Le Conseil d'Etat fixe les modalités concernant l'exercice des droits de souscription, ainsi que les restrictions au transfert des actions détenues par l'Etat et les communes.

f) En ce qui concerne les comptes annuels, il est prévu diverses attributions; l'assemblée des actionnaires peut décider, moyennant l'assentiment préalable du Conseil d'Etat, la création de fonds spéciaux; enfin une partie du solde disponible après dividende est attribuée à l'Etat à titre de participation au bénéfice.

Ces diverses dispositions peuvent se résumer en ceci que, à l'occasion du renouvellement des concessions hydrauliques, l'Etat entend se réserver ou continuer à se réserver une importante bien que minoritaire participation au capital action et une action extrêmement étendue sur l'administration et les comptes de la compagnie concessionnaire. Cette dernière est organisée en société anonyme soumise au CO. Les observations formulées à son sujet prennent donc valeur d'exemple et nous permettront une opinion mieux fondée sur l'efficacité du système d'économie mixte en général.

Appelée à étudier la révision de ses statuts pour les adapter au décret du 26 novembre 1951, la société concessionnaire constata très rapidement qu'un certain nombre des conditions posées par le décret heurtaient les dispositions du CO et seraient inacceptables pour le Registre du Commerce. Il en était ainsi des dispositions réservant la ratification du Conseil d'Etat pour certaines nominations; de celles soumettant à l'approbation du Conseil d'Etat les décisions sur l'émission d'actions nouvelles et leurs modalités (et partant sur la modification des statuts) et enfin de celles subordonnant à l'assentiment préalable du Conseil d'Etat la création de fonds spéciaux (et partant le bilan).

Une autre clause, insérée pour faire suite à des vœux pressants émis lors de la discussion au Grand Conseil et tendante à priver l'Etat du droit de participer avec ses actions, concurremment avec les autres actionnaires, à la nomination des administrateurs non déjà désignés par lui, suscita elle aussi des objections et ne put être maintenue.

Ainsi s'avéra-t-il que la forme de la société anonyme de droit privé présentait pour l'Etat l'inconvénient de lui

enlever certains des pouvoirs qu'il avait entendu se réserver. En l'espèce cet inconvénient n'était peut-être pas très grave vu l'action majoritaire du canton dans l'administration de la compagnie, son influence relativement puissante sur l'assemblée générale et vu la possibilité pour lui de reprendre par l'acte de concession certains des pouvoirs non retenus par les statuts sociaux eux-mêmes. Mais les circonstances ne sont pas toujours aussi favorables à la corporation publique; c'est pourquoi la question de la possibilité de régler par convention ou par l'acte de concession certains problèmes revêt une importance très grande.

*G. Des dérogations au droit commun prévues
aux art. 762 et 926 CO*

La description sommaire que nous avons donnée de certains cas d'entreprises d'économie mixte fait ressortir à tous les degrés le besoin pour la corporation publique en cause d'exercer une action profonde sur la marche de l'affaire, jointe à la préoccupation de ne pas en abuser au point de décourager le capital privé. Sous la diversité des moyens employés, ces deux tendances se retrouvent plus ou moins marquées suivant que le but social poursuivi en commun touche de plus ou moins près à l'intérêt général. La législation fédérale a cherché à donner satisfaction aux besoins de l'Etat en permettant de déroger au droit commun dans la mesure fixée aux art. 762 et 926 CO.

Au sujet de ces textes une première remarque vient à l'esprit: la corporation de droit public n'est pas en mesure d'imposer sa participation. Il faut, bien entendu, qu'elle ait un intérêt public à faire prévaloir mais il faut au surplus que cet intérêt public soit reconnu par la société, c'est-à-dire qu'il soit admis par ses fondateurs et que la participation en résultant soit inscrite dans les statuts. Il ne peut pas y avoir d'intrusion forcée du pouvoir public. Ou bien celui-ci prétend agir en vertu de l'intérêt public sans exposer des fonds dans l'entreprise, ou bien il se porte coaction-

naire, donc dans la règle cofondateur, parce que l'on ne conçoit guère l'Etat intervenant massivement dans une affaire déjà existante tout au moins sans arrangement préalable avec les autres actionnaires ou l'administration. En tout état de cause les statuts doivent prévoir l'existence des administrateurs du droit public et leur régime; personne n'est donc exposé au risque — s'il l'estime tel — de se trouver sans en avoir été dûment avisé, dans une entreprise où l'Etat aurait la main ou la haute main. Ainsi donc, à pratiquement parler, il faut ou bien que la corporation publique soit l'initiateur de l'entreprise et cherche elle-même des bailleurs de fonds privés, ou bien que les initiateurs privés aient, volontairement ou par l'effet de la loi, quelque chose à demander à l'Etat pour que la participation de celui-ci à l'administration soit admise et reconnue dans les statuts. La dérogation profonde au droit commun qui donne à la corporation publique, à l'encontre de la souveraineté de l'assemblée générale, un régime privilégié apparaît au bout du compte comme une application pure et simple de la liberté de contracter, où chaque partie apprécie librement les avantages et les inconvénients de la situation sur laquelle elle doit se déterminer. Mais, une fois la décision prise et la disposition statutaire votée, elle constitue en faveur de la corporation publique un droit acquis dont celle-ci ne saurait être privée par une révision des statuts votée contre sa volonté; au surplus, s'agissant de l'application d'un régime expressément prévu par la loi, la faculté de désigner un administrateur, accordée à la corporation publique ne paraît pas constituer un «avantage particulier» soumis à la votation spéciale des art. 628 al. 3 et 636 CO. Voir à ce sujet les arrêts du Tribunal fédéral, Commune de Bolligen c. Worblentalbahn du 22 septembre 1925, RO 51 II 330, JT 1926 I p. 114 et suiv.; Commune de Wädenswil et consorts c. Schweizerische Südostbahn du 12 juillet 1933, RO 59 II 264, JT 1934 I p. 8 et suiv. Il est opportun de rappeler ici en outre l'arrêt du TF Canton de St-Gall–Bodensee–Toggenburg-Bahn c. Office fédéral du

Registre du Commerce, du 27 mars 1945, RO 71 I 187, JT 1945 p. 501 selon, lequel les statuts ne sauraient conférer à certains membres du conseil, notamment à des administrateurs de droit public, un droit de vote plural — chacun des conseillers ne pouvant avoir qu'une seule voix.

Les statuts devront fixer le nombre, majoritaire ou non, de ces administrateurs et contrôleurs de droit public et leur mode de nomination. Seront-ils sans autre désignés comme tels par la corporation publique ou seront-ils simplement présentés par elle à l'agrément de l'assemblée générale? Cette question peut être de grande conséquence. Si la corporation publique désigne elle-même son représentant, elle est maîtresse de son choix, qu'elle peut révoquer en tout temps; la société, elle, perd le droit, qui lui est reconnu par l'art. 705 CO, de révoquer l'administrateur; elle a tout au plus la faculté de demander cette révocation à la communauté qui l'a désigné s'il existe pour cela de justes motifs (voir les arrêts de 1925 et 1933 susindiqués).

Par contre, si les statuts ne prévoient qu'un droit de présentation à l'assemblée générale, diverses difficultés peuvent naître quant à la nomination et à une éventuelle révocation. Sur le premier point le Tribunal fédéral (arrêt Tobler et consorts c. AG Chocolat Tobler, RO 66 II 50, JT 1940 p. 277) a posé le principe que la présentation s'impose à l'assemblée générale, laquelle ne peut refuser de nommer la personne présentée que s'il existe de justes motifs de refus. Mais quid si l'administrateur public ainsi nommé arrive par exemple au terme de son mandat public avant le terme de son mandat d'administrateur? Cet administrateur a été nommé comme représentant de la corporation publique (art. 707 al. 3 CO), investi de la confiance de cette corporation, mais par hypothèse seule l'assemblée générale qui l'a nommé peut le révoquer; de son côté la corporation publique a incontestablement le droit de ne plus le considérer comme son représentant; si donc l'administrateur en question refuse de démissionner, la corporation publique ne pourra qu'inviter l'assemblée

générale à le révoquer et cette assemblée ne pourra s'y soustraire. On voit d'ici le genre de difficultés et les recours possibles en matière de responsabilité. Il serait donc indiqué de prévoir dans les statuts la clause de la désignation de l'administrateur par l'autorité elle-même.

Autre question: la corporation publique peut-elle choisir à son gré son représentant ou ne le prendre que parmi ses membres ou à raison de telle fonction qu'il exerce? Théoriquement il semble que le choix du mandataire soit libre; en pratique ce mandataire, appelé parfois à justifier l'exercice de sa mission devant un pouvoir public, sera de préférence un membre de l'autorité, désigné en cette qualité et perdant son mandat d'administrateur en même temps que son mandat public. Là également il sera utile que les statuts donnent les précisions voulues sur le choix de l'administrateur, la durée de ses fonctions et les conditions de son remplacement automatique.

Quel que soit leur mode d'élection, les administrateurs de droit public ont les mêmes droits et les mêmes obligations que leurs collègues, à la seule exception du dépôt d'actions, dont ils sont dispensés, et de la responsabilité pour leurs actes d'administration, laquelle incombe à la corporation publique qu'ils représentent. Cette formule, dans sa simplicité, a de la peine à exprimer toute la réalité des choses. L'administrateur privé, nommé par ses pairs actionnaires, a, à l'égard de la société, un devoir précis qui est de concourir à la bonne marche des affaires sociales, et, à l'égard des actionnaires un autre devoir, qui est de sauvegarder leurs intérêts; il lui sera parfois difficile de concilier ces deux devoirs mais en fait ils tendent tous deux, à plus ou moins brève échéance, au même résultat. L'administrateur public, lui, n'a pas une position aussi simple; il est le délégué d'une autorité qui, en principe, poursuit un but d'intérêt plus général ou en tout cas moins immédiatement lucratif; il a un mandat dont il doit rendre compte, alors que l'intérêt de la société voudrait peut-être le secret; avant de prendre des décisions il devrait pouvoir en référer,

alors que souvent cela presse; il sera peut-être questionné dans un conseil de la corporation publique sur la marche de la société ou sur telle décision de ses organes, sur ses tarifs ou sur les salaires qu'elle paie, alors que ces questions sont du ressort exclusif des organes sociaux. Et pourtant, à côté de cela, il a comme ses collègues le devoir de bien administrer la société qui est confiée à ses soins. Que faire en cas de conflit? La loi fait de l'administrateur de droit public un véritable délégué de la corporation publique; rappelons à ce sujet la solution donnée par les Forces-Motrices Bernoises à l'hypothèse analogue où les représentants du canton à l'assemblée générale doivent, dans certains cas, agir conformément aux instructions données par le Grand Conseil; c'est la corporation publique qui le nomme, qui peut le révoquer, qui répond pour lui à l'égard de la société, des actionnaires et des créanciers. La société elle-même ne peut s'opposer ni au choix, ni au maintien, ni au renvoi de l'administrateur en cause. L'expérience démontre que, dans la quasi-totalité des cas, il n'y a pas de question; survienne un conflit de devoir, l'administrateur public sera tenu par son obligation de mandataire à l'égard de l'autorité mandante.

H. Autres dérogations au droit commun

En dehors du régime privilégié qui lui est assuré par les art. 762 et 926 CO pour ses administrateurs et contrôleurs de droit public, l'Etat n'a, comme pouvoir public, pas d'action sur la marche de la société et comme actionnaire, pas d'autre droit que les actionnaires privés. L'assemblée générale de la société, même mixte, reste le pouvoir suprême et toute clause statutaire qui la priverait de ses droits inaliénables ne serait pas admise par le Registre du commerce. Nous avons soutenu plus haut la thèse de la licéité de plus amples dérogations consenties au profit du pouvoir public par convention librement passée ou imposées par l'acte de concession. Les cas d'entreprises mixtes

sommairement exposés plus haut nous révèlent quelques-unes de ces dérogations supplémentaires désirées, notamment l'obligation de soumettre les comptes et certaines nominations à l'approbation ou à la ratification de l'autorité, la participation de l'Etat aux bénéfices, diverses règles pour le capital action. Tout en maintenant d'une façon générale notre position de principe, nous voudrions nous arrêter un peu à la question des actions.

Dans une société mixte il peut y avoir à côté des actionnaires privés participation d'une ou de plusieurs corporations publiques n'ayant pas toutes nécessairement la même position à l'égard de l'entreprise: il peut y avoir une participation réservée à certaines corporations qui ne sont pas encore actionnaires mais dont on désire la collaboration; il peut y avoir des avantages attachés à certaines catégories de titres. Il sera donc nécessaire d'individualiser ces catégories d'actions — certaines d'entre elles étant par exemple frappées de restriction de transfert ou étant nominatives ou au contraire au porteur, certaines ayant et d'autres n'ayant pas un droit de préférence en cas d'émission de nouvelles actions; dans ce domaine les statuts sociaux sont souverains. Nous nous référons à ce sujet à l'art. 2 du décret du Grand Conseil vaudois du 26 novembre 1951 fixant des points extrêmement importants dans la structure juridique de la future Compagnie vaudoise d'électricité. Ce texte est le suivant:

«L'Etat de Vaud dispose d'un droit de souscription de quarante pour cent du capital social.

Les communes vaudoises disposent d'un droit de souscription de trente pour cent du capital social. Si les souscriptions excèdent cette proportion, les communes alimentées par la CVE, ou qui le seront selon le plan d'extension de son réseau, bénéficient d'un avantage dans la répartition des actions. Si les communes ne souscrivent pas intégralement trente pour cent, le solde est réservé à l'Etat de Vaud.

Le solde est réservé:

- a) aux actionnaires de la Compagnie vaudoise des forces motrices des lacs de Joux et de l'Orbe, à raison d'une action nouvelle pour une ancienne;

- b) à l'échange d'actions avec les sociétés dont les concessions seront renouvelées;
- c) aux actionnaires des entreprises vaudoises dont les concessions ne sont pas renouvelées;
- d) à la Banque Cantonale Vaudoise et aux autres établissements placés sous le contrôle de l'Etat;
- e) aux souscripteurs privés pour le solde.

La répartition prévue au présent article doit être atteinte le plus rapidement possible, mais au plus tard lorsque le capital social atteindra cinquante millions de francs.

Le Conseil d'Etat fixe les modalités concernant l'exercice des droits de souscription prévus aux alinéas précédents, ainsi que les restrictions au transfert des actions détenues par l'Etat et les communes.

Il détermine notamment la réduction des droits de souscription de l'Etat et des communes en période transitoire, afin de satisfaire aux conditions prévues sous paragraphes a, b, c et d ci-dessus.»

L'indication du Conseil d'Etat comme organe chargé d'assurer l'exécution de ces dispositions légales n'est pas admissible à titre de règle statutaire. Celle-ci ne peut contenir qu'une simple référence et se trouve dès lors être libellée comme suit:

«*Article 7.* Le capital social pourra être porté jusqu'à cinquante millions de francs par tranches successives au fur et à mesure des besoins.

Les dates, modalités et conditions de ces émissions successives seront fixées dans chaque cas et, lors de chacune d'entre elles, les dispositions seront prises pour permettre l'attribution des actions nouvelles dans les proportions et ordre de préférence fixés à l'article 2 du décret du 26 novembre 1951.

Ces dispositions pourront comporter notamment, dans la mesure nécessaire, l'abandon par les actionnaires actuels de leurs droits préférentiels de souscription, l'institution de catégories d'actions rendues distinctes par leur numérotation ou leur nature d'actions nominatives ou d'actions au porteur, la soumission des actions nominatives à certaines restrictions de transfert, la conversion d'actions au porteur en actions nominatives ou d'actions nominatives en actions au porteur; en un mot, toutes mesures propres à assurer le respect du décret du 26 novembre 1951 pourront être arrêtées, à l'exclusion cependant de tous privilèges

quant à la répartition du bénéfice annuel ou du produit d'une liquidation.»

Cet article pose des principes et donne des renseignements; mais, s'il était violé, les actionnaires présomptifs dépouillés de leur droit seraient-ils en mesure d'attaquer la décision prise? Il ne le semble pas, précisément pour la raison qu'ils ne sont pas encore actionnaires. Il est donc nécessaire qu'une autorité permanente soit là pour faire respecter le décret législatif et que, en conséquence, la compagnie en cause s'oblige valablement à ce respect à l'égard de l'Etat concédant.

Même problème en ce qui concerne l'approbation des comptes par le Conseil d'Etat. L'Etat, ayant droit par hypothèse à une part de bénéfice, doit pouvoir examiner comment le compte en a été établi.

On ne conçoit pas pour quelles raisons un engagement pris par la société à l'égard de l'Etat dans ces deux genres d'opérations — à défaut de règles statutaires inadmissibles — ne pourrait être tenu pour valable.

Le doute est plus grand quant à une clause statutaire dont la justification de fait est pourtant évidente. Supposons l'Etat actionnaire et bénéficiant par ailleurs du droit de désigner les administrateurs; en tant qu'actionnaire il participe à l'élection des administrateurs privés; il a le gros avantage pratique d'être toujours représenté aux assemblées générales et de s'y trouver souvent en face d'actionnaires individuels et non organisés. Il lui est donc facile d'exercer une influence déterminante sur le choix des administrateurs privés et d'augmenter encore ainsi son action au delà du raisonnable. Pour parer à ces inconvénients, il faudrait que tous les actionnaires privés formassent des groupes à situation juridique différente, habiles à exiger une représentation au conseil en vertu de l'art. 708 CO ou bien il faudrait remettre en vigueur la clause du cinquième qui par ailleurs présente des désavantages. Il serait, semble-t-il, contraire au principe du droit de vote attaché à l'action d'interdire à l'actionnaire — en

l'occurrence à l'Etat — de l'exercer dans ce cas particulier. Les seules restrictions licites portent sur le nombre de voix attribuées au porteur de plusieurs actions (art. 692 CO).

Par contre, la disposition des statuts de la Société des tramways lausannois libérant les actions de la Confédération et des cantons de la clause du cinquième paraît admissible et en fait d'ailleurs a été admise par le Registre du commerce.

En fin de compte, sauf ces diverses réserves, notre loi civile permet de construire la société d'économie mixte d'une façon efficace et pratique. Nous laisserons aux conclusions à prendre en fin de travail le soin de préciser notre opinion à ce sujet.

VII.

Entreprises de droit public organisées d'après le droit privé

Il nous reste quelques mots à dire dans ce chapitre.

Nous avons déjà frôlé des organisations de ce genre dans notre précédent chapitre, notamment en parlant des séquelles des syndicats d'économie de guerre. Ici il doit être plus particulièrement question d'une société de droit privé dont l'Etat — toujours au sens général de ce mot — est en fait le seul actionnaire,

ou d'une société de droit privé à laquelle participent plusieurs corporations de droit public, à l'exclusion de partenaires privés.

Le premier cas ne saurait nous arrêter longtemps pour la raison qu'en fait nous n'en connaissons pas d'exemple. Nous connaissons l'Etat propriétaire et à ce titre soumis au droit privé; nous ne voyons pas de cas où il ait, à lui tout seul, monté de toutes pièces une société anonyme ou une société coopérative dont il serait le seul membre. Si cette hypothèse se trouvait par ailleurs réalisée, rien — sinon le

respect des dispositions du CO — ne saurait empêcher la corporation de droit public de se servir à sa convenance de l'instrument qu'elle aurait ainsi créé.

Le cas de la société privée composée de personnes publiques doit être plus fréquent, dans le domaine notamment des transports et des forces hydrauliques. On signale les «Nord-Ostschweizerische Kraftwerke AG», les Chemins de fer rhétiques, les «Vereinigte Schweizerische Rheinsalinen AG», comme ayant, à titre de seuls actionnaires des corporations de droit public n'étant d'ailleurs pas nécessairement toutes du même rang. L'expérience nous fait totalement défaut pour apprécier les mérites de ce système. Vu du dehors, il doit comporter les très gros avantages de mettre en commun des moyens financiers puissants, de grouper dans un effort commun des corporations de droit public intéressées à un même résultat économiquement heureux pour chacune d'elles, de ne pas se limiter à des frontières cantonales ou communales et de soustraire aux longueurs et aux lourdeurs de l'administration publique, multipliées par le nombre des partenaires, l'exécution d'une tâche économique qui ne saurait s'en accommoder. A-t-il par contre l'inconvénient de soumettre, sans égard à leur souveraineté, des corporations de droit public aux décisions prises par une majorité d'entre elles? Est-il licite pour celles-ci de se soustraire à ce risque — en dehors des statuts de l'entreprise elle-même — par un contrat entre partenaires qui paraît ici plus nécessaire que jamais? Pour les raisons déjà indiquées nous répondons affirmativement à cette dernière question. A notre sens ce contrat doit notamment fixer les détails de l'organisation de la société, préciser les cas où les décisions doivent être prises à la majorité ordinaire, à une majorité qualifiée ou même à l'unanimité des actions ou des voix; dans ce chapitre il tiendra compte du danger que peut présenter pour une corporation de droit public en principe souveraine le fait d'être majorisée par ses coassociés; il déterminera également le régime des actions, qui seront dans la règle

non librement transmissibles et probablement soumises à un droit d'emption ou de préemption en faveur des autres partenaires. Mais ce sont là des vues de l'esprit; encore une fois nous préférons avouer ici notre inexpérience et nous référer pour le surplus aux remarques du chapitre précédent, dont la plupart doivent trouver ici leur application analogique.

VIII.

Observations générales

Arrivé au terme de ce long travail et refaisant en pensée le chemin parcouru, le rapporteur se sent saisi de confusion. Toute une première partie de son texte est hors du sujet proposé — non sans rapports avec lui sans doute, mais en fait hors d'œuvre, exposé préparatoire, manière de comparaison. La partie du thème relative aux entreprises de droit public organisées selon le droit privé n'est pas traitée, tout juste esquissée. Le noyau central sur l'entreprise d'économie mixte comporte essentiellement des exemples, dont certains à l'usage se révèlent à peine pertinents, leur caractère de droit privé étant contestable. Que faire? Accuser celui qui a trop présumé de mes forces en me demandant ce travail et moi-même qui ai eu l'imprudence de m'en charger? Oui sans doute. Pourtant ce ne serait pas complet comme justification et je dois faire ici un aveu: Les premières plongées dans le thème donné, les premiers contacts avec une littérature abondante en références, surchargée de notions juridiques abstraites et d'indications de fait, m'ont donné l'impression d'un monde, d'une masse impossible à saisir et à dominer. Un essai d'analyse, indispensable pour mettre un peu de clarté dans l'esprit, m'a mené beaucoup trop loin, mais a eu ce résultat de mettre en évidence un enchevêtrement de formes juridiques tel que la pure logique a de la peine à y retrouver les catégories nettes qui se cachent ou devraient se cacher sous les mots: droit public, droit privé, pouvoir suprême, droits inaliénables, etc. La

conséquence en a été l'exposé d'un certain nombre d'exemples, classées selon un ordre plutôt moins rigoureux que trop; et au bout du compte, la conclusion que, en fait, le problème posé se ramenait somme toute à des données assez simples et à des questions peu nombreuses:

La tendance d'aujourd'hui pousse l'Etat à sortir du cadre de son action traditionnelle qui est d'assurer l'ordre à l'intérieur et la sécurité vis-à-vis de l'extérieur. Il se mêle ou est mêlé à toutes sortes d'activités, dont certaines sont d'ordre industriel et commercial; il le fait par souci d'intérêt général plus que par désir de gain. Un des moyens de cette action c'est l'utilisation de la société de droit privé, seul ou en association avec d'autres corporations de droit public ou avec des particuliers. Ce moyen, tel qu'il est organisé par le CO, est-il adéquat et efficace? Question de droit sans doute, mais surtout question de pratique, d'avantages et d'inconvénients éprouvés par des hommes d'affaires ou des magistrats, bref question d'expériences dans la mesure où celles-ci sont assez durables et valables pour être significatives.

IX.

Conclusions

Cela dit le rapporteur croit pouvoir résumer son travail en formulant les conclusions suivantes:

L'action de l'Etat dans le domaine économique peut s'exercer sous la forme de régie directe, de régies plus ou moins autonomes et d'autres moyens de droit public, ainsi que sous la forme d'institutions de droit privé; parmi ces dernières on distingue l'institution exclusivement privée au bénéfice d'une concession accordée par le pouvoir public, l'institution de droit privé montée de toutes pièces par l'Etat et celle à laquelle il participe comme partenaire actif en collaboration avec des personnes et du capital privés.

Le choix entre ces diverses formes n'est pas déterminé par une législation codifiant des règles fixes et s'imposant ainsi aux organes de l'Etat; ceux-ci devront donc le faire de cas en cas en s'inspirant de considérations d'ordre juridique sans doute, mais aussi d'ordre administratif et économique, soit en cherchant le moyen le plus efficace d'arriver au résultat cherché.

Malgré le caractère individuel du choix à faire, il est désirable que les organes de l'Etat tendent à donner la même forme juridique aux organisations semblables et analogues, et surtout qu'ils précisent autant que possible ce qu'est cette forme juridique et en quoi elle déroge éventuellement au droit commun.

Le législateur fédéral est maître de ses décisions dans ce domaine. S'agissant par hypothèse d'une tâche économique assumée pour le bien commun, le législateur cantonal devrait à la fois jouir de la même souveraineté dans le domaine du droit cantonal et montrer une grande compréhension pour les besoins et les désirs des communes. De cette manière, le champ d'action d'institutions de droit public serait plus étendu dans la mesure où il serait reconnu que l'Etat doit agir pour la sauvegarde du bien commun, et cette application permettrait, à l'intérieur de la forme choisie, de déroger au droit commun d'une manière nuancée et ainsi bien adaptée aux exigences du cas particulier.

Quant aux institutions de droit privé, les dispositions légales, essentiellement celles du CO sur les sociétés anonymes et les sociétés coopératives, autorisent l'Etat à participer d'une manière efficace à l'activité économique à laquelle il est reconnu être en droit et en devoir de s'intéresser. Les articles 762 et 926 CO, permettant d'un commun accord avec la société de déroger au droit commun, répondent à des demandes depuis longtemps et un peu partout formulées quant à l'action de l'Etat dans l'administration et le contrôle de sociétés où un intérêt public est engagé; elles règlent en outre à satisfaction la question de la responsabilité de la corporation publique pour ses délégués.

Cependant la réserve en faveur de l'Etat du droit de participer, par des personnes désignées par lui, à l'administration et au contrôle, doit être complétée et précisée par les statuts de la société en cause; ils doivent notamment fixer le mode de désignation des administrateurs et contrôleurs de droit public, leur nombre, leur qualification et les conditions d'expiration de leur mandat. A cet égard, il paraît préférable d'affirmer le caractère particulier de ces délégués en reconnaissant à la corporation publique, sans intervention de l'assemblée générale, le droit de nommer et de révoquer ses représentants, dont par ailleurs elle est seule à répondre et qui ont, vis-à-vis d'elle, les obligations d'un mandataire.

De plus amples dérogations au droit commun sont souvent demandées et désirées, notamment en ce qui concerne un pouvoir de décision — préalable ou postérieure — à accorder à la corporation publique quant à la modification du capital social, au droit de souscrire à ce dernier, à la vérification des comptes, à la création de fonds spéciaux. En l'état actuel de la jurisprudence ces plus amples dérogations ne peuvent être rendues obligatoires par une disposition insérée dans les statuts de la société en cause; par contre, elles peuvent faire l'objet de conventions passées entre la société et la corporation publique et la légalité de pareilles conventions doit en principe être reconnue, sous réserve de l'art. 27 al. 2 CCS. De même sont admissibles de pareilles dérogations introduites en faveur de l'Etat dans l'acte par lequel celui-ci accorde, par l'effet de sa seule volonté, à une société concessionnaire un droit de concession.

Une autre dérogation au droit commun, mais celle-là à l'encontre de la corporation publique, devrait pouvoir être insérée dans les statuts: c'est celle par laquelle la corporation publique, désignant par ailleurs ses délégués à l'administration et au contrôle, s'interdirait de participer comme actionnaire à la nomination des autres administrateurs et contrôleurs.

D'une façon générale ce domaine de l'économie mixte est dominé par le principe de la liberté de contracter — la collaboration de la corporation publique et des particuliers n'étant acquise que si les deux parties l'admettent. Cela étant, les dites parties doivent pouvoir en principe fixer librement et contradictoirement les conditions de leurs participations respectives.

Il en est de même pour les sociétés organisées d'après le droit privé, mais formées uniquement de corporations de droit public. En dehors des statuts proprement dits, une convention liant tous les partenaires est désirable et licite en vue d'empêcher notamment, dans certains cas particulièrement importants, un partenaire d'être majorisé par les autres.

Avant de clore ce travail, le rapporteur tient à relever que ses conclusions ne cherchent pas à étendre par principe l'action de l'Etat dans l'économie privée, bien au contraire; elles visent simplement à lui donner l'efficacité voulue dans les cas où cette action est reconnue d'intérêt général.

Bibliographie

- Aubert, Jean-Bernard: Les Sociétés d'Economie mixte, Thèse Paris 1937.
- Chéron, Albert: De l'Actionnariat des collectivités publiques, Paris 1928.
- De Steiger, F.: L'inscription des sociétés coopératives au Registre du Commerce, Berne 1939.
- Giger, Hans Georg: Die Mitwirkung privater Verbände bei der Durchführung öffentlicher Aufgaben, Berne 1951.
- Heimann, Maurice: La comptabilité publique en Suisse. Du budget au compte d'Etat. Principes Organisation Réformes, Genève 1947.
- Jüngling, Alfred: Die gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen in der schweizerischen Elektrizitätswirtschaft, Thèse Saint-Gall 1948.
- Lautner, Julius Georg: System der Schweizerischen Kriegswirtschaftsrechts, Zurich 1942.
- Loude, Alfred: Les Associations de Communes pour l'exploitation des services publics, Vevey 1932.
- Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale relatif à un projet d'arrêté fédéral concernant la société coopérative suisse des céréales et matières fourragères, du 5 août 1952.
- Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet d'arrêté concernant le lait, les produits laitiers et les graisses comestibles (arrêté sur le statut du lait), du 13 février 1953.
- Moll, Ernst: Die Bernischen Kraftwerke AG. Rechtliches und wirtschaftliches Verhältnis zum Staate Bern. Berne 1946.
- Schmuki, Heinrich: Die rechtliche Organisation der Kriegswirtschaftlichen Syndikate, Thèse Zurich 1945.
- Schürmann, Leo: Die rechtliche Tragweite der neuen Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung, Zurich 1948.
- Zwahlen, Henri: Des sociétés commerciales avec participation de l'Etat. Leur rôle en matière d'exploitation des services publics. Leur nature juridique et leur situation en droit suisse. Thèse Lausanne 1953.
-