

Avant-projet de loi concernant la représentation de l'Etat au sein de personnes morales

Teneur de l'avant-projet de loi	Commentaire
SECTION 1 : Dispositions générales	
<p><i>But et champ d'application</i></p> <p>Article premier ¹ La présente loi a pour but de définir la manière dont l'Etat exerce ses droits de participation au sein de personnes morales.</p> <p>² Elle ne s'applique pas à la représentation de l'Etat au sein de personnes morales constituées avec d'autres corporations publiques lorsque les règles qui leur sont applicables imposent que la représentation soit effectuée par des personnes assumant des mandats de nature politique.</p> <p>³ L'autonomie dont jouissent les personnes morales est réservée.</p>	<p>La présente loi se limite à définir la manière dont l'Etat exerce ses droits de participation au sein de personnes morales et contient, à cette fin, des règles sur la représentation de l'Etat (section 2) ainsi que sur le suivi des participations (section 3).</p> <p>Elle n'a par contre pas pour objet de déterminer à quelles conditions et selon quelles procédures l'Etat peut « acquérir » de nouvelles participations à des personnes morales ou « renoncer » aux participations qu'il détient déjà ; pour ces opérations, le cadre légal actuel est en effet suffisant.</p> <p>L'exception prévue par l'alinéa 2 est nécessaire compte tenu de l'incompatibilité prévue par l'article 7 de la loi si l'on ne veut pas exclure que l'Etat puisse continuer à participer, avec d'autres cantons, à des personnes morales au sein desquelles ce sont des membres du Gouvernement qui seraient obligatoirement appelés à siéger au sein des organes de haute direction.</p> <p>L'alinéa 3 rappelle enfin que la présente loi ne saurait non plus avoir pour but ou effet de déterminer de quelle manière les personnes morales elles-mêmes ont à être organisées ou à être gérées, ou de porter d'une quelconque autre manière à l'autonomie dont elles disposent sur la base des règles qui les instituent.</p>
<p><i>Terminologie</i></p> <p>Art. 2 Les termes utilisés dans la présente loi pour désigner des personnes s'appliquent indifféremment aux femmes et aux hommes.</p>	<p>Clause épïcène.</p>

<p><i>Définition</i></p> <p>Art. 3 ¹ La participation au sens de la présente loi désigne toute participation financière ou non financière de l'Etat à une personne morale de droit public ou de droit privé.</p> <p>² La participation peut être rattachée au patrimoine administratif ou au patrimoine financier de l'Etat.</p> <p>³ La représentation de l'Etat à la haute direction d'une personne morale implique une participation indépendamment de tout engagement financier.</p>	<p>Le projet de loi s'appliquera à toutes les entreprises auxquelles l'Etat participe. Il ne faut pas comprendre cette participation uniquement comme un apport au capital. L'alinéa 3 précise en effet que la participation peut également s'entendre comme la représentation de l'Etat à la haute direction d'une personne morale indépendamment d'un engagement financier. Ainsi formulé et sans mettre l'accent sur la forme juridique des entreprises (celles de droit public comme celles de droit privé sont concernées), cet article permet d'englober toute entité importante pour l'Etat, soit à travers sa participation au capital (majoritaire ou minoritaire), soit à travers son implication dans les organes (entités aux formes juridiques diverses comme l'Etablissement cantonal d'assurance ou l'Hôpital du Jura). Cela étant, l'octroi d'une subvention n'est jamais un critère décisif à lui seul pour déterminer si une participation au sens de cette norme existe.</p>
<p>SECTION 2 : Représentation de l'Etat</p>	
<p><i>Stratégie</i></p> <p>Art. 4 ¹ Le Gouvernement veille à l'exercice des droits de représentation au sein des personnes morales dans lesquelles l'Etat dispose d'une participation.</p> <p>² Sur proposition des unités administratives responsables, le Gouvernement fixe les objectifs, notamment stratégiques, qualitatifs et financiers, qu'il entend atteindre.</p> <p>³ Ces objectifs sont évalués et mis à jour régulièrement, au moins une fois par législature.</p> <p>⁴ Ils sont communiqués aux représentants de l'Etat par le biais d'une lettre de mission.</p> <p>⁵ Ils peuvent également être communiqués aux personnes morales concernées.</p>	<p>Cette disposition est reprise de l'article 3 des directives du Gouvernement du 24 mars 2009 concernant la représentation de l'Etat au sein d'entités partenaires (ci-après : « les directives »).</p> <p>Le terme « veille », à l'alinéa 1, permettra également au Gouvernement de renoncer à une représentation de l'Etat si celle-ci ne s'avère pas nécessaire.</p> <p>Des objectifs précis que l'Etat entend atteindre à travers sa participation sont nécessaires. Pour maintenir une cohérence avec l'évolution de l'environnement politique et social, il est en outre indispensable que ces objectifs soient révisés régulièrement mais au moins une fois par législature, lors du renouvellement des autorités exécutives et des représentants de l'Etat.</p>

<p><i>Organe de haute direction</i> a) <i>Principe</i></p> <p>Art. 5 ¹ Le Gouvernement examine s'il est judicieux ou nécessaire que l'Etat soit représenté au sein de l'organe de haute direction, tels que le conseil d'administration ou le conseil de fondation, de la personne morale concernée compte tenu notamment des dispositions légales et statutaires qui lui sont applicables.</p> <p>² Le cas échéant, le Gouvernement désigne et révoque les représentants de l'Etat, sur proposition des unités administratives responsables.</p>	<p>Le fait que l'Etat détienne une participation ne signifie pas que le Gouvernement puisse ou doive désigner un représentant de l'Etat.</p> <p>Il s'agira dans chaque cas d'analyser, notamment au vu des dispositions légales et statutaires et de l'importance d'une éventuelle participation, si une représentation de l'Etat est possible et, le cas échéant, si elle est opportune.</p> <p>Par « organe de haute direction », on entend l'organe exécutif suprême de la personne morale. Son appellation peut varier selon le statut juridique. A côté du conseil d'administration et du conseil de fondation expressément cités dans la disposition légale, le « comité » ou la « direction » feront par exemple office de tel organe dans une association.</p> <p>Il s'agira en outre de tenir compte des diverses formes d'organisation que peuvent connaître les personnes morales. Parfois, l'Etat pourra intervenir directement dans la désignation du représentant (par exemple dans le cas d'une entreprise mixte au sens de l'article 762 du Code des obligations) alors que, dans d'autres cas, il ne pourra le faire que de manière indirecte (par exemple dans le cas d'une société anonyme « ordinaire », où la désignation des administrateurs est de la compétence de l'assemblée générale).</p>
<p>b) <i>Critères de choix</i></p> <p>Art. 6 ¹ Les représentants de l'Etat sont choisis notamment sur la base des critères suivants :</p> <p>a) compétences et expérience professionnelles; b) complémentarité avec les autres membres; c) disponibilité; d) indépendance et absence de conflit d'intérêts.</p> <p>² Lorsque la personne morale concernée reçoit des subventions de l'Etat, les représentants de celui-ci ne peuvent pas être choisis dans l'unité administrative responsable.</p>	<p>Cette disposition est reprise de l'article 6 des directives.</p> <p>Un conseil d'administration (ou son équivalent dans les autres structures juridiques), pour gagner en efficacité, doit être composé de personnes aux compétences complémentaires. Ceci est un principe de bonne gouvernance.</p> <p>Lorsque la personne morale concernée reçoit des subventions, choisir le représentant de l'Etat parmi les employés de l'unité administrative responsable implique un double rôle particulièrement délicat. Sont spécialement visées d'une part les négociations visant à la conclusion d'un contrat de prestations, d'autre part les tâches de surveillance. Cette situation est dès lors à proscrire.</p>

<p><i>c) Incompatibilité</i></p> <p>Art. 7 La qualité de représentant de l'Etat au sein des organes de haute direction des personnes morales auxquelles l'Etat participe est incompatible avec la fonction de :</p> <p>a) membre du Gouvernement; b) chancelier d'Etat.</p>	<p>Cette disposition constitue la principale nouveauté par rapport aux directives.</p> <p>Il est proposé de poser formellement le principe de l'interdiction du cumul entre une fonction exécutive et un rôle de représentant de l'Etat au sein d'une personne morale. Cette disposition vise à renforcer tant l'indépendance des ministres en exercice que celle des personnes morales. Une bonne gouvernance doit éviter les conflits d'intérêts.</p> <p>L'exception posée au deuxième alinéa de l'article premier est réservée.</p>
<p><i>d) Durée</i></p> <p>Art. 8 ¹ Les représentants de l'Etat sont désignés pour la durée prévue par les dispositions applicables à la personne morale ou, à défaut, pour une législature.</p> <p>² Le mandat est renouvelable. Sa durée totale ne doit en principe pas excéder quinze ans. Le renouvellement ne peut pas être tacite.</p> <p>³ Sous réserve de dispositions applicables à la personne morale qui s'y opposent, le mandat des représentants de l'Etat dans un organe qui poursuit son activité au-delà d'une période de nomination cesse la veille du jour où les nouveaux représentants sont désignés, mais au plus tard dans les six mois qui suivent le terme de cette période.</p> <p>⁴ Les représentants de l'Etat peuvent être révoqués en tout temps.</p> <p>⁵ Ils sont relevés d'office de leur mission à la fin de l'année où ils atteignent 70 ans.</p>	<p>Cette disposition est reprise de l'article 7 des directives, auquel sont toutefois ajoutés trois éléments.</p> <p>Le premier concerne la durée totale du mandat qui ne doit en principe pas dépasser quinze ans, ce qui correspond à trois législatures.</p> <p>Le deuxième apporte une réponse aux problèmes qui peuvent se poser lors de la transition entre les mandats, à l'instar de ce qui est par exemple prévu à l'article 23, alinéa 4, de la loi sur les droits politiques pour les membres d'autorités élues ou à l'article 2a, alinéa 3, de l'ordonnance concernant la durée des mandats et les indemnités journalières et de déplacement des membres de commissions cantonales.</p> <p>Le troisième concerne la limite d'âge de 70 ans.</p> <p>Les principes de bonne gouvernance préconisent en effet d'assurer un renouvellement régulier des membres des organes, de sorte qu'il est opportun d'introduire le principe (qui permet des exceptions) de la limitation des mandats, de même qu'une limite d'âge maximal. Une telle limite d'âge est admissible pour des fonctions présentant un caractère professionnel prépondérant. Tel est précisément le cas pour les postes de représentants de l'Etat au sein de personnes morales. Il en va différemment des fonctions de nature politique, qui ne peuvent pas être frappées par une limite d'âge.</p>

<p>e) <i>Obligation des représentants</i></p> <p>Art. 9 ¹ Les représentants de l'Etat défendent l'intérêt public dans la stratégie de la personne morale concernée et veillent à la prise en compte des objectifs, notamment stratégiques, qualitatifs et financiers, fixés par le Gouvernement.</p>	<p>Cette disposition constitue également une nouveauté par rapport aux directives.</p>
<p>² Ils ont en particulier les obligations suivantes :</p> <p>a) ils mettent en évidence des situations dans lesquelles les intérêts de la personne morale pourraient diverger de ceux de l'Etat;</p> <p>b) ils communiquent tout conflit d'intérêts;</p> <p>c) ils indiquent les indemnités qui leur sont versées par la personne morale;</p> <p>d) ils s'abstiennent de participer à des décisions s'il existe des circonstances de nature à faire suspecter leur impartialité.</p>	<p>Il s'agit d'ancrer le principe de défense de l'intérêt public, qui sous-tend toute participation de l'Etat dans des personnes morales.</p> <p>Cela étant, il faut rappeler que les représentants de l'Etat au sein d'un organe de haute direction ont les mêmes droits et obligations que les administrateurs "ordinaires" et qu'en conséquence, ils doivent avant tout exercer leur mandat conformément aux exigences légales (en particulier aux dispositions ad hoc du CO pour les sociétés anonymes), notamment sous l'angle des devoirs de loyauté et de fidélité à l'égard de la société et qu'en cas de conflit d'intérêts, ce sont ceux de cette dernière qui doivent primer. Ce cadre et ces exigences s'imposent d'eux-mêmes de par le droit fédéral.</p> <p>Alors que la lettre a vise d'éventuels conflits d'intérêts entre la personne morale et l'Etat, la lettre b vise d'éventuels conflits d'intérêts touchant personnellement le représentant.</p> <p>Il s'impose de distinguer entre les obligations faites aux représentants et le suivi des participations, qui fait l'objet d'une disposition spécifique (cf. art. 15).</p> <p>Les indemnités mentionnées à la lettre c comprennent toutes prestations perçues par le représentant, donc y compris d'éventuelles prestations en nature.</p> <p>Pour ce qui est des cas dans lesquels les représentants doivent s'abstenir (lettre d), on pourra se référer au besoin à la pratique applicable en matière de récusation (cf. art. 39, al. 1, lettre h, du Code de procédure administrative ; RSJU 175.1).</p>

<p><i>f) Rémunération</i></p> <p>Art. 10 ¹ La rémunération versée par la personne morale aux représentants dont l'Etat n'est pas l'employeur reste acquise à ceux-ci.</p> <p>² Sous réserve d'une décision contraire du Gouvernement, l'Etat ne s'acquitte d'aucune rémunération complémentaire en faveur de ses représentants.</p> <p>³ La rémunération versée par la personne morale aux représentants dont l'Etat est l'employeur doit être rétrocédée à l'Etat, sauf :</p> <p>a) si le mandat est exercé en dehors des heures de travail; b) les montants versés à titre de remboursement de frais.</p>	<p>Cette disposition est en partie reprise de l'article 9 des directives.</p> <p>Le projet précise que le régime applicable à la rémunération des représentants de l'Etat varie selon que ceux-ci sont ou non des employés de l'Etat.</p> <p>Si une rémunération complémentaire de la part de l'Etat s'avère nécessaire, le Gouvernement en décidera lors de la nomination.</p> <p>Lorsque le mandat de représentation confié à des employés de l'Etat doit s'exercer en dehors des heures de travail (al. 3, lettre a), le Gouvernement le précisera également. Cela ne sera au demeurant possible que dans les limites de la législation sur le personnel de l'Etat en matière d'occupations accessoires.</p>
<p><i>g) Responsabilité civile</i></p> <p>Art. 11 ¹ Sous réserve des cas où la responsabilité de l'Etat viendrait à être engagée, le représentant de l'Etat agit sous sa propre responsabilité.</p> <p>² Lorsque le représentant est un employé de l'Etat agissant dans le cadre de sa fonction, les articles 63 à 65 de la loi sur le personnel de l'Etat sont applicables.</p> <p>³ La Chancellerie d'Etat veille à ce que la responsabilité civile des représentants de l'Etat fasse l'objet d'une assurance.</p>	<p>Ce principe est repris de la lettre de mission actuelle que chaque représentant reçoit lors de sa nomination.</p> <p>Lorsque le représentant agira sous sa propre responsabilité, il incombera à l'Etat de vérifier qu'il est couvert par une assurance responsabilité civile adéquate. Une couverture adéquate pourra résulter du fait soit que la personne morale dans laquelle il siège a elle-même conclu une assurance RC pour ses administrateurs soit qu'il dispose d'une assurance RC privée qui couvre ce risque. Dans les autres cas, le représentant pourra au besoin être couvert par l'assurance RC de l'Etat.</p>
<p><i>h) Lettre de mission</i></p> <p>Art. 12 ¹ Les relations entre l'Etat et ses représentants sont consignées dans une lettre de mission écrite.</p> <p>² La lettre de mission se réfère à la présente loi et règle notamment :</p> <p>a) les objectifs stratégiques qualitatifs et quantitatifs que l'Etat poursuit au moyen de la participation;</p>	<p>Cette disposition est reprise pour l'essentiel de l'article 8 des directives.</p> <p>A titre d'exemple de circonstances dans lesquelles les représentants sont tenus de requérir un préavis (lettre c), on peut citer : un enjeu financier important ou un changement important au niveau de la stratégie, des</p>

<p>b) les modalités selon lesquelles les représentants rendent compte de leur gestion;</p> <p>c) les circonstances dans lesquelles les représentants sont tenus de requérir un préavis avant de prendre position;</p> <p>d) l'étendue du pouvoir de représentation (voix délibérative ou consultative);</p> <p>e) les questions de responsabilité civile;</p> <p>f) les modalités de rémunération;</p> <p>g) les obligations incombant aux représentants à la fin du mandat.</p> <p>³ La lettre de mission est signée par le représentant de l'Etat et le chef du département responsable.</p>	<p>difficultés importantes rencontrées par la personne morale dans l'exercice d'une tâche publique.</p> <p>Les modalités liées à la fin d'un mandat (lettre g), devront en particulier régler les obligations incombant aux représentants lorsqu'ils sont atteints par la limite d'âge ou qu'ils sont révoqués (cf. art. 8 al. 3 et 4).</p>
<p><i>i) Inventaire</i></p> <p>Art. 13 La Chancellerie d'Etat tient un inventaire :</p> <p>a) des représentants de l'Etat au sein de la haute direction des personnes morales;</p> <p>b) des lettres de mission.</p>	<p>Cette disposition est reprise de l'article 13 des directives.</p>
<p><i>Assemblée générale</i></p> <p>Art. 14 ¹ Lorsque l'Etat dispose d'un droit de représentation à l'assemblée générale d'une personne morale, les représentants de l'Etat sont désignés par le Gouvernement sur proposition des services responsables.</p> <p>² Il peut être renoncé à porter présence à une assemblée générale si les points portés à l'ordre du jour de celle-ci ne justifient pas une représentation de l'Etat.</p> <p>³ Les représentants de l'Etat à l'assemblée générale doivent en principe être indépendants de ses représentants au sein de l'organe de haute direction.</p> <p>⁴ Ils reçoivent des instructions de vote du Gouvernement ou, avec l'accord de celui-ci, du chef du département responsable.</p> <p>⁵ Ils font rapport aux unités administratives responsables sur les décisions prises.</p>	<p>Cette disposition est reprise pour l'essentiel de l'article 12 des directives.</p> <p>La règle énoncée à l'alinéa 2 est toutefois nouvelle. Il paraît en effet opportun de laisser la possibilité au Gouvernement de renoncer à porter présence à une assemblée générale. Tel pourrait notamment être le cas lorsque les décisions qui doivent être prises restent sans incidences sur la stratégie de la personne morale ni, indirectement, sur les objectifs poursuivis par l'Etat.</p> <p>Il paraît également opportun de préciser que c'est en principe au Gouvernement qu'il appartient de donner les instructions de vote lorsque l'Etat participe à l'assemblée générale.</p>

<p><i>Egalité entre femmes et hommes</i></p> <p>Art. 15 ¹ Les représentants de l'Etat sont choisis de manière à ce que l'égalité entre les sexes soit respectée.</p> <p>² La part de femmes et d'hommes parmi les représentants de l'Etat doit, globalement, être de 40 % au moins et de 60 % au plus.</p> <p>³ Au moins une femme et un homme doivent être désignés lorsque l'Etat dispose de plus d'un représentant dans un organe.</p>	<p>Cette disposition est une nouveauté.</p> <p>Elle est introduite en vue de réaliser, dans les limites du champ d'application de la présente loi, la motion no 1275 « Une vraie place pour les femmes en politique ? On commence par les commissions, groupes de travail et représentants de l'Etat dans les organes dirigeants », acceptée par le Parlement lors de sa séance du 18 décembre 2019 (cf. Journal des débats 2019, pp. 982ss).</p> <p>Pour rappel, cette motion demandait que la part de représentation des femmes nommées par le Gouvernement dans les mandats étatiques soit ancrée dans la loi et se situe entre 40 et 60 % et que cette modification législative déploie déjà ses effets pour le début de la prochaine législature.</p>
<p>SECTION 3 : Suivi des participations</p>	
<p>Art. 16 ¹ Les unités administratives responsables organisent des rencontres entre le chef de département et les représentants de l'Etat aussi souvent qu'ils le jugent nécessaire, en principe au moins une fois par année.</p> <p>² A l'occasion de ces rencontres, les objets à traiter sont notamment les suivants :</p> <ul style="list-style-type: none"> a) rapport par les représentants au sujet de la concrétisation des objectifs stratégiques qualitatifs et quantitatifs fixés par le Gouvernement; b) rapport général par les représentants sur leurs activités et sur la situation de la personne morale; c) rapport par les représentants sur tout autre élément contenu dans la lettre de mission. <p>³ D'autres exigences ou modalités peuvent être prévues dans la lettre de mission.</p>	<p>Cette disposition est reprise de l'article 10 des directives. Comme déjà indiqué dans le commentaire relatif à l'article 15, seules sont toutefois reprises ici les règles se rapportant à strictement parler au suivi des participations. Celles contenant des obligations faites aux représentants ont été reprises à l'article 9.</p>

SECTION 4 : Dispositions transitoires et finales	
<i>Exécution</i> Art. 17 Le Gouvernement peut édicter, par voie d'ordonnance ou de directive, les dispositions nécessaires à l'exécution de la présente loi.	

<p><i>Modification du droit en vigueur</i></p> <p>Art. 18 La loi sur la protection et l'assurance des bâtiments est modifiée comme il suit :</p> <p>Article 9, alinéa 2 (nouvelle teneur)</p> <p>² Le Gouvernement nomme les membres du conseil d'administration et en désigne le président.</p>	<p>Conformément à l'option prise à l'article 7, il est proposé de modifier cette base légale, qui prévoyait qu'un membre du Gouvernement siège au sein du conseil d'administration de l'ECA Jura.</p>
<p><i>Disposition transitoire</i></p> <p>Art. 19 ¹ Les représentants de l'Etat au sein des personnes morales qui ne répondent plus aux critères fixés par la présente loi sont remplacés au moment de l'entrée en vigueur de celle-ci.</p> <p>² Le mandat des représentants qui doivent être remplacés lors de l'entrée en vigueur de la présente loi cesse la veille du jour où les nouveaux représentants entrent en fonction.</p>	
<p><i>Référendum</i></p> <p>Art. 20 La présente loi est soumise au référendum facultatif.</p>	
<p><i>Entrée en vigueur</i></p> <p>Art. 21 Le Gouvernement fixe l'entrée en vigueur de la présente loi.</p>	