



# LBLS : complément de la Commission de gestion

au rapport du Conseil-exécutif du 24 avril 2024 concernant la loi sur la participation du canton à BLS SA et à BLS Netz AG (LBLS)

## Table des matières

|     |                                 |   |
|-----|---------------------------------|---|
| 1.  | Contexte .....                  | 1 |
| 2.  | Commentaire des articles .....  | 3 |
| 2.1 | Article 1 LBLS .....            | 3 |
| 2.2 | Article 2 LBLS .....            | 3 |
| 2.3 | Article 6 LBLS .....            | 4 |
| 2.4 | Article 7 LBLS .....            | 6 |
| 2.5 | Article 7a (nouveau) LBLS ..... | 8 |
| 2.6 | Article 8 LBLS .....            | 8 |
| 3.  | Proposition de la CGes .....    | 9 |

## 1. Contexte

« BLS SA est une société anonyme au sens des articles 620 et suivants du Code suisse des obligations [...]. Elle a pour but la prestation de services dans les domaines des chemins de fer, des bus et de la navigation ainsi que du tourisme et des loisirs [...]. Avec les filiales BLS Netz AG, BLS Cargo SA, BLS Immobiliers SA, BLS Navigation SA, Busland AG et BLS trafic longues distances SA, elle forme le groupe BLS [...] et est la deuxième entreprise ferroviaire de Suisse par le volume de son chiffre d'affaires. »<sup>1</sup> (traduction) *En possession d'environ 55,75 % du capital de BLS SA*<sup>2</sup>, le canton de Berne en est l'actionnaire majoritaire. Il détient également une *participation minoritaire de 16,5 % du capital de BLS Netz AG*<sup>3</sup>. En revanche, il n'a pas directement de parts dans les autres filiales<sup>4</sup>.

Comme BLS SA est ainsi largement « sous la responsabilité et le contrôle des pouvoirs publics et qu'elle accomplit directement des tâches publiques, il s'agit d'une *société d'économie mixte* »<sup>5</sup> (traduction), autrement dit d'une « *autre organisation chargée de tâches publiques* » au sens de l'article 95 de la Constitution du canton de Berne du 6 juin 1993 (ConstC)<sup>6/7</sup>. Par conséquent, BLS SA est soumise à la *surveillance du Conseil-exécutif* et à la *haute surveillance du Grand Conseil* (art. 95, al. 3, première phrase ConstC ; art. 78, al. 2 ConstC)<sup>8</sup>. Elle est également soumise à la surveillance du Contrôle des finances (art. 106 ConstC en lien avec les art. 2 et 10 de la loi cantonale du 7 mars 2022 sur le Contrôle des finances [LCCF]<sup>9</sup>) ainsi que, dans le cadre du versement d'indemnités par les pouvoirs publics, à la surveillance de

<sup>1</sup> Jugement du Tribunal administratif du canton de Berne du 25 janvier 2023 (100.2020.196U), consid. 2.1. (en allemand).

<sup>2</sup> BLS (2024) : <https://www.bls.ch/fr/unternehmen/ueber-uns/unternehmensportraet/zahlen-und-fakten> (consulté le 2.7.2024).

<sup>3</sup> BLS (2024) : <https://www.bls.ch/fr/unternehmen/ueber-uns/unternehmensportraet/organisation> (consulté le 2.7.2024).

<sup>4</sup> BLS (2024) : <https://www.bls.ch/fr/unternehmen/ueber-uns/unternehmensportraet/organisation> (consulté le 2.7.2024).

<sup>5</sup> Jugement du Tribunal administratif du canton de Berne du 25 janvier 2023 (100.2020.196U), consid. 2.2.

<sup>6</sup> Jugement du Tribunal administratif du canton de Berne du 25 janvier 2023 (100.2020.196U), consid.3.6.2 et 3.6.3 ; Lignes directrices du 29 novembre 2023 sur la conduite, le pilotage et la surveillance des autres organisations chargées de tâches publiques et des participations relevant de l'intérêt public (Lignes directrices sur la gouvernance des entreprises), ch. 18.

<sup>7</sup> RSB 101.1

<sup>8</sup> Jugement du Tribunal administratif du canton de Berne du 25 janvier 2023 (100.2020.196U), consid. 3.6.3. et 3.2.

<sup>9</sup> RSB 622.1

l'Office fédéral des transports (cf. art. 37 de la loi fédérale du 20 mars 2009 sur le transport de voyageurs [LTV]<sup>10</sup>).

Depuis 1995, la Constitution cantonale impose de régler dans une *loi* la nature et l'étendue des participations cantonales importantes. Une telle loi doit par ailleurs prévoir une *participation appropriée du Grand Conseil* (art. 95, al. 2 et 3 ConstC). La participation cantonale dans BLS SA et BLS Netz AG a longtemps été dépourvue d'une telle base légale. Ce n'est qu'après que la Commission de gestion du Grand Conseil (CGes) a recommandé au Conseil-exécutif dans son rapport d'août 2021 « BLS SA et exercice de la surveillance par le canton » de présenter une telle loi au Grand Conseil que le gouvernement a élaboré le présent projet législatif. Dans sa recommandation, la commission avait appelé à régler dans la loi la tâche étatique spécifique, les dispositions visant à éviter les conflits d'intérêts et d'objectifs, l'obligation de coopérer de BLS SA et de ses filiales lors des contrôles effectués par les organes de surveillance cantonaux ainsi que l'exercice de la surveillance par le Conseil-exécutif et la participation du Grand Conseil<sup>11</sup>.

Comme le projet mis en consultation par le Conseil-exécutif n'appliquait plusieurs des aspects essentiels cités ci-avant que de façon rudimentaire voire qu'il en avait même complètement omis certains, la CGes a exceptionnellement participé à la procédure de consultation, afin d'apporter aussi tôt que possible des propositions concrètes de modifications et d'ajouts<sup>12</sup>. Ce faisant, la CGes s'est aussi référée à un jugement du Tribunal administratif datant de 2023<sup>13</sup>, lequel n'avait été mentionné que ponctuellement dans le projet mis en consultation, bien que cette décision judiciaire ait clarifié des questions essentielles pour la situation juridique dans le canton de Berne et ce, dans des domaines ayant une importance centrale pour la présente LBLS<sup>14</sup>.

Comme la CGes s'intéresse depuis plusieurs années à BLS SA et qu'elle est la commission compétente pour la haute surveillance sur les autres organisations chargées de tâches publiques (cf. art. 4 de la loi du 4 juin 2013 sur le Grand Conseil [LGC]<sup>15</sup>, art. 37, al. 2, lit. a du règlement du Grand Conseil du 4 juin 2013 [RGC]<sup>16</sup>), le Bureau du Grand Conseil lui a assigné la tâche de préaviser le présent projet législatif. La Commission des finances ainsi que la Commission des infrastructures et de l'aménagement du territoire du Grand Conseil ont adressé à la CGes des avis par écrit (cf. art. 30, al. 4 LGC).

Le Conseil-exécutif a, selon ses propres dires, élaboré la LBLS dans l'optique qu'elle s'inspire « des conditions existantes », car le projet de loi n'a pas vocation à les modifier<sup>17</sup>. À l'inverse, forte des expériences faites jusqu'à présent, la CGes est résolument d'avis que la LBLS doit permettre au Conseil-exécutif et au Grand Conseil de viser un exercice plus actif de la surveillance et de la haute surveillance de BLS SA et BLS Netz AG.

La CGes a rédigé le présent complément au rapport du Conseil-exécutif car elle considère que différents aspects importants du projet méritent d'être complétés. En effet, les propositions de la CGes suggérées au cours de la procédure de consultation, mais aussi celles de plusieurs autres parties prenantes à la consultation n'ont tout simplement pas été prises en compte. D'ailleurs, la Commission des finances a exprimé le

<sup>10</sup> RS 745.1

<sup>11</sup> Commission de gestion du Grand Conseil, CGes (2021) : *BLS et exercice de la surveillance par le canton*, Berne : « BLS SA et exercice de la surveillance par le canton », p. 17 (consulté le 2.7.2024).

<sup>12</sup> Conseil-exécutif (2024) : Évaluation de la procédure de consultation, *Beilage-Stellungnahmen\_Vernehmlassung-24.04.2024-fr.pdf* (en allemand, consulté le 2.7.2024).

<sup>13</sup> Jugement du Tribunal administratif du canton de Berne du 25 janvier 2023 (100.2020.196U). La CGes estime que d'autres connaissances juridiques actuelles n'ont pas été suffisamment prises en compte, notamment deux avis de droit (Müller, Markud/Friedrich, Ueli [2021] : *Umfang der Aufsicht und Oberaufsicht über andere Träger öffentlicher Aufgaben im Kanton Bern* (Art. 78 KV, Art. 95 KV), avis de droit pour la CGes, in : Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht [Hg.] : *Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht*, Jahrbuch 2020/21, p. 69-138 [en allemand] ; Stöckli, Andreas/Joller, Elisabeth [2021] : *Totalrevision des Kantonalen Finanzkontrollgesetzes: Mitwirkungspflichten gegenüber der Finanzkontrolle im Kanton Bern*, avis de droit pour la Chancellerie d'État, in : Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht [Hg.] : *Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht*, Jahrbuch 2020/21, p. 139-293 [en allemand]).

<sup>14</sup> Par exemple, les conclusions selon lesquelles BLS SA est une entreprise d'économie mixte qui assume aussi des tâches publiques pour le canton (également dans le domaine du trafic régional de voyageurs), qu'elle est donc soumise à la surveillance cantonale (notamment du Conseil-exécutif et du Grand Conseil [art. 95, al. 3, première phrase ConstC ; art. 78, al. 2 ConstC]) et parfois tenue de collaborer avec les instances de surveillance cantonales (donner des renseignements, permettre la consultation de dossiers) tout en respectant son obligation de garder le secret, consid. 2.2, 3.6.1/3.6.2, 3.2, 3.8.

<sup>15</sup> RSB 151.21

<sup>16</sup> RSB 151.211

<sup>17</sup> Conseil-exécutif (2024) : *Rapport sur la loi sur la participation du canton à BLS SA et à BLS Netz AG (LBLS)* : rapport LBLS, p. 4 (consulté le 2.7.2024).

souhait explicite, dans sa prise de position adressée à la CGes, que celle-ci envisage un complément au rapport.

Pour conclure, la CGes adresse aussi au Grand Conseil les propositions d'amendement correspondantes, lesquelles sont expliquées au point 2.

## 2. Commentaire des articles

### 2.1 Article 1 LBLS

La LBLS règle l'aspect relatif à la participation à d'autres organisations chargées de tâches publiques et doit donc se limiter aux sociétés de BLS dans lesquelles le canton de Berne détient une participation directe (soit BLS SA et BLS Netz AG). Il est tout à fait incontesté que le droit fédéral supérieur, à savoir le droit de la société anonyme, prime le droit cantonal qui lui est contraire (art. 49, al. 1 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 de la Confédération suisse [Cst.])<sup>18</sup>. En revanche, cela ne signifie pas que le *législateur cantonal* ne peut pas régler certains éléments en toute indépendance. Au contraire, il dispose d'une *marge de manœuvre considérable* concernant divers aspects : il est par exemple habilité à déterminer le but de la participation cantonale (cf. art. 2 LBLS) ou le rôle qui incombe au canton, soit les modalités et les instruments au moyen desquels il entend assurer l'exercice de la surveillance par le Conseil-exécutif au sens de l'article 95, alinéa 3, première phrase ConstC, et de la haute surveillance par le Grand Conseil, ainsi que la participation parlementaire au sens de l'article 78, alinéa 2 ConstC en lien avec l'article 95, alinéa 3, deuxième phrase ConstC (cf. art. 6 à 8 LBLS selon le projet du Conseil-exécutif ou les propositions de la CGes pour les articles 6 à 8, 7a). Le législateur est également libre de nommer l'autorité cantonale qui, dans le cadre de la participation cantonale, exerce les droits d'actionnaire et procède à la délégation et à l'instruction du membre du conseil d'administration représentant le canton (cf. art. 6, 7, 8 LBLS)<sup>19</sup>.

### 2.2 Article 2 LBLS

Selon la CGes, il convient de renforcer l'article relatif au but, afin de clarifier ce que le canton souhaite exactement atteindre avec ses participations. Pour la CGes, il s'agit d'éviter de retrouver dans la LBLS une lacune répandue dans les « lois concernant des entreprises » déjà en vigueur, à savoir le fait que l'article sur le but est formulé de façon trop ouverte, de sorte que les intérêts de l'État visés concrètement par la participation ne sont pas clairs<sup>20</sup>. Dans son rapport, le gouvernement écrit lui-même que l'article relatif au but sert de ligne directrice au Conseil-exécutif pour la définition de la stratégie de propriétaire et dans certains cas, pour l'exercice du droit de vote lors de l'assemblée générale, ainsi que pour la désignation, les instructions et la surveillance des membres du conseil d'administration délégués par le canton<sup>21</sup>. Plus l'article relatif au but est précis, moins il subsiste d'incertitudes quant à la finalité de telle ou telle participation. Aussi les participations à BLS SA et BLS Netz AG au sens de l'**alinéa 1** doivent-elles servir *en premier lieu* à garantir une offre adaptée pour les transports publics régionaux. La CGes estime judicieux de renoncer à nommer les autres filiales, car le canton ne détient une participation directe que dans BLS SA et BLS Netz AG, mais pas par exemple dans BLS trafic longues distances SA ou BLS Cargo SA.

<sup>18</sup> RS 101

<sup>19</sup> Hettich, Peter (2023) : *Gutachten betreffend Beteiligung des Kantons Bern an der BLS AG*, avis de droit pour la Direction des travaux publics et des transports du canton de Berne, p. 3, 4, 13 (en allemand) ; Müller, Markus/Friederich, Ueli (2021) : *Umfang der Aufsicht und Oberaufsicht über andere Träger öffentlicher Aufgaben im Kanton Bern* (Art. 78 KV, Art. 95 KV), p. 129 (en allemand).

<sup>20</sup> Cf. Müller, Markus/Friederich, Ueli (2021) : *Umfang der Aufsicht und Oberaufsicht über andere Träger öffentlicher Aufgaben im Kanton Bern* (Art. 78 KV, Art. 95 KV), p. 125.

<sup>21</sup> Conseil-exécutif (2024) : *Rapport sur la loi sur la participation du canton à BLS SA et à BLS Netz AG (LBLS)*, p. 15.

Le Conseil-exécutif énumère à l'**alinéa 2** d'autres buts devant notamment être atteints grâce à la participation à BLS SA et BLS Netz AG. Toutefois, sur ce point, les objectifs restent vagues, puisque seuls sont définis les domaines thématiques dans lesquels les objectifs sont ancrés. Il est par exemple inscrit que la participation contribue à la réalisation des objectifs en matière de politique de mobilité, mais la disposition n'apporte pas de précision sur ce que sont les principaux objectifs cantonaux en matière de politique de mobilité. Les objectifs sont concrétisés à l'aide de stratégies (p. ex. stratégie de mobilité globale, stratégie énergétique) ou de rapports récurrents (p. ex. rapport sur l'aménagement du territoire). Des considérations génériques – par exemple sous la forme de déclarations de planification du Grand Conseil – peuvent se dessiner à l'aune de ces rapports ou de débats relatifs à ces rapports, dont le Grand Conseil prend connaissance, et doivent également être prises en compte. La CGes demande donc de compléter l'**alinéa 2** afin de définir de façon plus contraignante ce qu'englobent les objectifs au niveau matériel. À cet égard, la Constitution cantonale offre également des repères (p. ex. art. 31, 31a, 33 à 35 ConstC). La CGes recommande par ailleurs d'ajouter le terme « politique d'énergie » et de supprimer la mise en évidence de « politique climatique » dans l'énumération des objectifs généraux.

L'**alinéa 3** entend souligner que le canton s'engage particulièrement en faveur de deux aspects dans le cadre de ses droits d'actionnaire. À la **lettre a**, il est fait référence au fait que BLS SA possède un caractère « étatique » et qu'elle représente une autre organisation chargée de tâches publiques qui remplit donc des tâches étatiques<sup>22</sup>. En conséquence, le canton doit s'engager pour que BLS SA ne soit pas soudainement active dans des domaines d'activité foncièrement éloignés du but pour lequel le canton de Berne détient une participation dans BLS SA. Comme l'**alinéa 1** de la proposition de la CGes ne limite pas exclusivement le but de la participation à la garantie d'une offre adaptée pour les transports publics régionaux (a contrario, « en premier lieu » est indiqué), la lettre a permet à BLS SA de poursuivre les autres activités qu'elle exerce aujourd'hui déjà. Celles-ci sont suffisamment proches du but de la participation, selon la CGes. Avec la **lettre b**, le canton est appelé à s'engager pour que les domaines de l'entreprise qui touchent d'autres champs d'activité soient clairement séparés au niveau organisationnel au moyen de leur externalisation dans des filiales. Cette exigence est déjà largement satisfaite aujourd'hui, mais il convient de l'ancrer dans la loi, afin qu'elle s'applique aussi à d'éventuels futurs domaines d'activités. Une disposition similaire existe aujourd'hui déjà pour l'assurance immobilière cantonale (cf. art. 7, al. 3 de la loi du 9 juin 2010 sur l'assurance immobilière [LAIM]<sup>23</sup>).

L'**alinéa 4** vise à ancrer explicitement la tâche confiée au Conseil-exécutif de vérifier périodiquement si le but qui justifie la participation à BLS SA et BLS Netz AG est atteint. Il s'agit donc de vérifier si la participation à BLS SA sert effectivement à garantir une offre adaptée pour les transports publics régionaux ou si la participation contribue par exemple à la réalisation des objectifs cantonaux en matière de politique de mobilité. Si le Conseil-exécutif parvenait à la conclusion, lors de l'examen périodique, que les objectifs mentionnés à l'article 2, alinéas 1 et 2 LBLS ne peuvent (plus) être atteints au moyen de la participation, il serait amené à se poser des questions plus fondamentales voire à remettre en question la participation ou la forme juridique de l'organisation.

## 2.3 Article 6 LBLS

Cette disposition précise la position du canton en tant qu'actionnaire. Jusqu'à présent, elle se limite à mentionner que le canton, en sa qualité d'actionnaire, exerce les droits d'actionnaires (al. 1) et qu'il s'engage pour conserver son droit de déléguer une représentante ou un représentant au conseil d'administration (al. 2). Le Conseil-exécutif a renoncé à préciser davantage la position du canton ici. Pour la CGes, ce n'est pas suffisant. Elle propose donc une précision pour souligner que le canton assume la responsabilité de sa société d'économie mixte, dans le cadre autorisé par le droit des sociétés anonymes (plus de détails ci-après et dans le commentaire au ch. 2.4).

<sup>22</sup> Cf. Müller, Markus/Friederich, Ueli (2021) : *Umfang der Aufsicht und Oberaufsicht über andere Träger öffentlicher Aufgaben im Kanton Bern* (Art. 78 KV, Art. 95 KV), p. 87.

<sup>23</sup> RSB 873.11

Sur la base des expériences faites (cf. rapport de la CGes « BLS et exercice de la surveillance par le canton »<sup>24</sup>), la CGes est d'avis que la LBLS ne doit pas se contenter de mentionner les possibilités générales qui s'offrent à elle en raison du cadre juridique supérieur, mais que le législateur cantonal devrait formuler certaines attentes eu égard à l'exercice des droits d'actionnaire. Par conséquent, la CGes propose de compléter l'**alinéa 1** pour souligner que le canton a l'intention de faire usage des **possibilités** que lui donne le **droit des sociétés anonymes** pour défendre activement les intérêts du canton. Ces possibilités sont diverses. Le droit des sociétés anonymes permet en particulier ceci : lorsqu'une corporation de droit public (p. ex. le canton) a un intérêt public dans une société anonyme, les statuts de celle-ci peuvent lui conférer le droit de *déléguer des représentantes et représentants au sein du conseil d'administration*, même si cette corporation n'est pas actionnaire (art. 762 CO)<sup>25</sup>. Actuellement, le canton de Berne dispose d'une délégation au sein des conseils d'administration aussi bien de BLS SA que de BLS Netz AG. Le canton est de plus actionnaire des deux sociétés.

Lorsqu'il est actionnaire majoritaire, le canton est de toute façon à même de déterminer toutes les personnes qui seront (nouvellement) élues au conseil d'administration. Un actionnaire majoritaire peut, lors d'une élection ou réélection au sein de *l'assemblée générale, aussi élire des personnes au conseil d'administration qui n'y siégeaient pas auparavant*, révoquer des personnes élues, ou encore *refuser la décharge aux membres du conseil d'administration* (art. 698, al. 2, ch. 2 et 7 CO, art. 705 CO). Le canton peut utiliser cette même voie pour influencer fortement d'autres décisions : il peut notamment approuver ou rejeter le *rapport annuel* et le *rapport de rémunération ainsi que les comptes annuels*, ou les assortir de réserves. L'assemblée générale décide aussi de *l'emploi du bénéfice résultant du bilan* ainsi que de la fixation d'un *dividende* (art. 698, al. 2, ch. 3 et 4 CO)<sup>26</sup>. Les actionnaires disposent en outre de différents droits aux renseignements et à la consultation (art. 697 et 697a CO). S'ils détiennent 5 % du capital-actions, elles et ils peuvent par ailleurs demander *l'inscription d'un objet à l'ordre du jour* de l'assemblée générale, de même que l'inscription, dans la convocation à l'assemblée générale, de propositions concernant les objets portés à l'ordre du jour (art. 699b CO). Selon la doctrine dominante, les grands actionnaires se voient également octroyer, sous certaines conditions, un *accès privilégié à l'information*, c'est-à-dire que peuvent leur être transmises des informations que les autres actionnaires non pas (encore) à disposition, ou pas avec autant de détails (égalité de traitement dite relative et non absolue), ce bien évidemment dans le respect de la confidentialité. À préciser que même en droit des marchés financiers, il n'y a pas d'égalité de traitement absolue des actionnaires<sup>27</sup>.

Enfin, la CGes rejoint le gouvernement sur le fait qu'il est judicieux de définir, à l'article de la LBLS relatif à la position d'actionnaire du canton, qui, au sein du canton, exerce les droits d'actionnaire. Comme cela concerne aussi la position d'actionnaire, la CGes propose d'ajouter cette précision dans un **nouvel alinéa 3** à l'article 6 LBLS. Jusqu'à présent, le canton ne connaît aucune disposition correspondante. La proposition du Conseil-exécutif à ce sujet se trouve ailleurs, à savoir dans « son » article 7, alinéa 1, lettre a LBLS. Quant à la teneur de la disposition, c'est le Conseil-exécutif lui-même qui resterait toujours dépositaire des droits d'exercice, selon sa proposition. En règle générale, cela devrait être adéquat et judicieux. En ce qui concerne l'exercice des *droits à l'information*, les expériences passées montrent toutefois qu'il doit aussi être possible pour un organe parlementaire de haute surveillance, à titre exceptionnel, d'invoquer le droit à de possibles renseignements relevant du droit de la société anonyme. La norme est donc complétée par une réserve en faveur des obligations de participation et de renseignement à l'égard des organes

<sup>24</sup> Commission de gestion du Grand Conseil, CGes (2021) : *BLS et exercice de la surveillance par le canton*, Berne : « BLS SA et exercice de la surveillance par le canton », (consulté le 2.7.2024).

<sup>25</sup> Les décisions de l'assemblée générale, en particulier *l'élection ou la révocation de membres du conseil d'administration* ou la *modification des statuts*, requièrent l'approbation de la *majorité* des voix attribuées aux actions représentées (une majorité des deux tiers n'est qu'exceptionnellement nécessaire, p. ex. pour modifier le but social ; cf. art. 698 CO en lien avec les art. 703 et 704 CO). Le droit de délégation pourrait donc dans tous les cas continuer à prévaloir en cas de participation majoritaire.

<sup>26</sup> Voir à cet égard également Freudiger, Patrick (2016) : *Anstalt oder Aktiengesellschaft?* Diss. Bern, p. 113 ss (en allemand) ; Müller, Markus/Friederich, Ueli (2021) : *Umfang der Aufsicht und Oberaufsicht über andere Träger öffentlicher Aufgaben im Kanton Bern* (Art. 78 KV, Art. 95 KV), p. 96, en particulier les notes de bas de page 124 et 125 ; Stöckli, Andreas/Joller, Elisabeth (2021) : *Totalrevision des Kantonalen Finanzkontrollgesetzes: Mitwirkungspflichten gegenüber der Finanzkontrolle im Kanton Bern*, p. 224 ss.

<sup>27</sup> Voir Stöckli, Andreas/Joller, Elisabeth (2021) : *Totalrevision des Kantonalen Finanzkontrollgesetzes: Mitwirkungspflichten gegenüber der Finanzkontrolle im Kanton Bern*, p. 228 à 231, et les renvois aux spécialistes du droit de la société anonyme que sont Böckli, Peter/Bühler, Christoph B., *Vorabinformationen an Grossaktionäre: Möglichkeiten und Grenzen nach Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht* (en allemand) ; Forstmoser, Peter, *Informations- und Meinungsäusserungsrechte des Aktionärs*. À comparer aussi avec Freudiger Patrick, *Anstalt oder Aktiengesellschaft?*, p. 119 ss.



parlementaires de haute surveillance (concrètement, par un renvoi à l'art. 7a, al. 2 LBLS selon la proposition de la CGes).

## 2.4 Article 7 LBLS

Comme mentionné ci-avant (ch. 2.1), le *législateur cantonal* reste habilité à définir le *rôle du canton en tant que propriétaire* ainsi que les modalités et les instruments au moyen desquels il exerce la *surveillance du Conseil-exécutif* au sens de l'article 95, alinéa 3, première phrase ConstC. Le projet du Conseil-exécutif ne contient que peu de détails à ce sujet. La CGes propose par conséquent une modification de l'**article 7** LBLS pour préciser l'essentiel. Les ajouts proposés se basent d'une part sur les principales dispositions de la loi sur les finances relatives à la gestion des participations (cf. art. 17, al. 2 de la loi du 15 juin 2022 sur les finances [LFin]<sup>28</sup>) et d'autre part sur les lignes directrices du Conseil-exécutif sur la gouvernance des entreprises publiques, entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2021<sup>29</sup>.

Lors de la session de printemps 2024, le Grand Conseil a en outre adopté la motion 134-2023 « Création d'une nouvelle loi générale sur les participations du canton ». Comme pour l'heure, les points forts de cette loi ne sont pas encore définis et que nous ignorons le lien qu'elle entretiendra avec les différentes « lois concernant des entreprises », la CGes estime qu'il est judicieux de mentionner explicitement dans la LBLS les principales possibilités de pilotage et les instruments dont le canton peut se servir. Selon la CGes, le nouveau titre « Surveillance par le Conseil-exécutif » ne doit pas être compris dans un sens trop restreint. En effet, l'exercice des droits des actionnaires est aussi un élément de la surveillance par le Conseil-exécutif de BLS SA en sa qualité d'organisation chargée de tâches publiques.

L'**alinéa 1** rappelle ou précise que BLS SA et BLS Netz AG, auxquelles le canton participe directement, sont soumises à la surveillance du Conseil-exécutif en vertu de l'article 95, alinéa 3, première phrase ConstC, puisqu'il s'agit d'autres organisations chargées de tâches publiques.

L'**alinéa 2** précise comment le canton exerce son rôle de propriétaire envers BLS SA et BLS Netz AG (à comparer avec la version du Conseil-exécutif : sa proposition figure à l'art. 7, al. 1, lit. c LBLS). Comme mentionné ci-avant, la CGes s'appuie sur des instruments qui sont listés dans les lignes directrices du Conseil-exécutif sur la gouvernance des entreprises publiques<sup>30</sup>. Dans ces lignes directrices, BLS SA et BLS Netz AG sont non seulement définies sans ambiguïté comme d'autres organisations chargées de tâches publiques, mais sont aussi classées dans le cercle 1, lequel est soumis au régime de surveillance le plus intensif. Selon la **lettre a** de la proposition de la CGes, le Conseil-exécutif doit adopter une stratégie de propriétaire pour BLS SA et BLS Netz AG, dans laquelle il précise et pondère les objectifs visés par la participation. La CGes suit là la formulation proposée par le Conseil-exécutif pour l'article 7, alinéa 1, lettre c. La CGes est cependant d'avis qu'il ne faut pas reléguer ce point à la fin de l'article, vu son importance. Le Conseil-exécutif doit en outre adopter une stratégie de surveillance (**lettre b**) et réaliser régulièrement des entretiens de controlling et des réunions avec le propriétaire (**lettre c**). La commission reprend d'une part ici la formulation « entretiens de controlling » telle qu'utilisée dans la loi sur les finances pour définir la loi sur les participations (cf. art. 17, al. 2, lit. e LFin). Elle parle d'autre part à dessein de « réunions avec le propriétaire » pour mettre en évidence qu'il s'agit pour le propriétaire d'échanger avec les responsables de l'entreprise faisant l'objet de la participation, par exemple sur des événements d'actualité, des projets ou les perspectives et les risques. De plus, le Conseil-exécutif doit déléguer une représentation cantonale au sein des conseils d'administration de BLS SA et de BLS Netz AG, qu'il peut au besoin révoquer (**lettre d**, à comparer avec la version du Conseil-exécutif : sa proposition figure à l'art. 7, al. 1, lit. b LBLS). Le canton peut fournir des *instructions* aux **représentantes et représentants du canton au sein**

<sup>28</sup> RSB 620.0

<sup>29</sup> Lignes directrices du Conseil-exécutif du 29 novembre 2023 sur la conduite, le pilotage et la surveillance des autres organisations chargées de tâches publiques et des participations relevant de l'intérêt public.

<sup>30</sup> Lignes directrices du Conseil-exécutif du 29 novembre 2023 sur la conduite, le pilotage et la surveillance des autres organisations chargées de tâches publiques et des participations relevant de l'intérêt public.

**des conseils d'administration**<sup>31</sup>, qui les autorisent à et les chargent de défendre les intérêts du canton au sein du conseil d'administration, pour autant que ces intérêts puissent être poursuivis dans le cadre de la marge d'appréciation du conseil d'administration (théorie de la « double obligation »)<sup>32</sup>.

Le droit de fournir des instructions implique un devoir de garder le secret quelque peu assoupli vis-à-vis des personnes en bénéficiant : le membre délégué au conseil d'administration peut et doit informer le Conseil-exécutif sur les affaires de la société. D'ailleurs, lorsque le droit des sociétés anonymes autorise une information au Conseil-exécutif, cette information peut aussi être fournie à l'organe correspondant du Grand Conseil, pour autant que cela soit nécessaire pour l'accomplissement des tâches parlementaires et ce, bien évidemment, toujours dans le strict respect de la confidentialité (cf. art. 8, al. 1 et 2 LBLS).

En tant que membre du conseil d'administration, le membre délégué du canton peut après tout, **comme tout autre membre du conseil d'administration**, *exiger en tout temps des renseignements sur les affaires de la société et demander à consulter les documents*. En outre, tous les membres du conseil d'administration ainsi que les personnes chargées de la gestion *ont un devoir de renseignement* lors des séances du conseil d'administration (art. 715a CO). Chaque membre du conseil d'administration peut par ailleurs demander la convocation immédiate du conseil d'administration à une séance (art. 715 CO). Le **conseil d'administration** est d'ailleurs chargé *d'exercer la haute direction* de la société, incluant l'établissement des instructions nécessaires, ainsi qu'en particulier de *nommer et de révoquer les personnes chargées de la gestion* (art. 716a CO).

Enfin, la CGes propose d'ajouter une **lettre e** qui prévoit que le Conseil-exécutif adopte un profil d'exigences pour la représentation cantonale.

À l'**alinéa 3**, le Conseil-exécutif est chargé de s'engager, dans le cadre de ses possibilités, en faveur d'une rémunération « mesurée » des organes de direction de BLS SA et de BLS Netz AG (**lettre a**). La CGes reprend la formulation du chiffre 13.3 des lignes directrices sur la gouvernance des entreprises publiques<sup>33</sup>, laquelle prévoit que le montant de la rémunération des organes de direction stratégique et opérationnelle des organisations chargées de tâches publiques et des participations relevant de l'intérêt public doit être mesuré et ne pas dépasser le montant de la rétribution versée à ces organes dans des entreprises comparables. Le Conseil-exécutif a différentes possibilités de s'engager en faveur d'une rémunération mesurée, par exemple en discutant avec la délégation cantonale au sein du conseil d'administration ou à l'occasion des *entretiens de controlling et des réunions avec le propriétaire*. À préciser que le *rapport de rémunération* fait partie intégrante du rapport annuel que l'assemblée générale doit approuver, ce qui, lorsque le canton détient la participation majoritaire (cf. ci-avant, commentaire de l'art. 6 relatif aux possibilités offertes par le droit de la société anonyme), ne peut se faire sans l'approbation du canton de Berne. Le Conseil-exécutif doit par ailleurs s'engager, dans la limite de ses possibilités, en faveur de la prévention des distorsions de la concurrence chez BLS SA et BLS Netz AG (**lettre b**). Cette idée est née des discussions relatives à d'autres organisations chargées de tâches publiques, comme BKW SA ou l'assurance immobilière bernoise, à qui il est souvent fait grief de concurrencer des entreprises privées (cf. motion 252-2022 « Contenir la distorsion de la concurrence par les entreprises publiques », adoptée par le Grand Conseil à la session d'automne 2023).

Enfin, à l'**alinéa 4**, le Conseil-exécutif est chargé de prendre des mesures pour éviter les conflits d'intérêt (à comparer avec la version du Conseil-exécutif : sa proposition relative aux conflits de rôles figure à l'art. 7, al. 1, lit. d LBLS). La formulation ne précise volontairement pas ce que cela signifie concrètement, ni jusqu'où le Conseil-exécutif doit aller. Il est toutefois laissé à l'appréciation du Conseil-exécutif de décider dans quelle mesure il pourrait être opportun de confier l'exercice du rôle de propriétaire de BLS SA et BLS Netz AG à une Direction autre que la Direction des travaux publics et des transports.

<sup>31</sup> Cf. article 2, alinéa 2 de l'ordonnance du 24 août 1994 sur les représentants et les représentantes du canton (RSB 153.15).

<sup>32</sup> Freudiger, Patrick (2016) : *Anstalt oder Aktiengesellschaft?*, p. 115 ; Stöckli, Andreas/Joller, Elisabeth (2021) : *Totalrevision des Kantonalen Finanzkontrollgesetzes: Mitwirkungspflichten gegenüber der Finanzkontrolle im Kanton Bern*, p. 233.

<sup>33</sup> Lignes directrices du Conseil-exécutif du 29 novembre 2023 sur la conduite, le pilotage et la surveillance des autres organisations chargées de tâches publiques et des participations relevant de l'intérêt public.

## 2.5 Article 7a (nouveau) LBLS

Comme mentionné ci-avant (ch. 2.1), le législateur cantonal est aussi habilité à définir comment assumer la haute surveillance parlementaire. La Constitution cantonale prévoit de surcroît l'obligation de régler *dans la « loi » la participation du Grand Conseil* (cf. art. 78, al. 2 ConstC en lien avec art. 95, al. 3, deuxième phrase ConstC). Conformément aux documents préparatoires univoques de la Constitution, on entend par « loi » celle qui règle la nature et l'étendue de la participation (cf. art. 95, al. 2, lit. c ConstC), soit la *loi spéciale*, dans le cas concret, la LBLS<sup>34</sup>. Il est donc nécessaire que la LBLS s'exprime sur les possibilités de participation du Grand Conseil<sup>35</sup>.

L'**alinéa 1** précise la norme constitutionnelle selon laquelle BLS SA et BLS Netz AG, en leur qualité d'organisation (aussi) chargée de tâches publiques, sont soumises non seulement à la surveillance du Conseil-exécutif (cf. art. 6 LBLS), mais aussi à la haute surveillance du Grand Conseil (art. 78, al. 2 ConstC en lien avec art. 95, al. 3, deuxième phrase ConstC, à comparer aussi avec l'art. 4 LGC). L'**alinéa 2** rappelle par ailleurs que ces organisations sont *tenues d'apporter leur concours et de fournir des renseignements* aux organes de haute surveillance du Grand Conseil chargés de l'exercice de la haute surveillance ; sachant que toute norme de droit supérieur contraire prime cette disposition (art. 49, al. 1 Cst.)<sup>36</sup>. Les commissions de surveillance et les sections qu'elles ont instituées sont habilitées depuis longtemps à traiter *directement* avec les organisations chargées de tâches publiques du canton pour *exiger d'elles les renseignements et documents utiles* ou les consulter, lorsque cela est nécessaire, afin de pouvoir remplir leurs tâches de haute surveillance (cf. art. 37, al. 1, lit. b LGC)<sup>37</sup>. Enfin, l'**alinéa 3** impose au Conseil-exécutif d'informer les organes de haute surveillance parlementaire compétents en la matière des incidents d'une portée particulière. Le *caractère actif de cette obligation* est à souligner, car l'organe de haute surveillance pourrait tout à fait demander les renseignements lui-même (cf. art. 37 LGC), mais il ne le fait pas ou ne peut pas le faire lorsqu'il n'est pas encore au courant d'éventuels incidents d'une portée particulière.

## 2.6 Article 8 LBLS

Du point de vue de la CGes, le législateur devrait régler avec plus de précision la manière dont la déléguée ou le délégué au conseil d'administration doit informer le Conseil-exécutif. Ce membre ne doit pas simplement déterminer selon son appréciation s'il souhaite informer le gouvernement et quand. Il est plutôt indiqué d'instaurer une obligation d'information régulière, au vu de la grande participation du canton, tout en ajoutant un devoir d'information immédiate lors d'incidents. De plus, l'information doit être suffisamment exhaustive pour permettre au Conseil-exécutif de se faire une image précise de la situation (sur le rôle du membre délégué du canton, voir aussi les explications du ch. 2.4).

Le droit de fournir des instructions implique un devoir de garder le secret quelque peu assoupli vis-à-vis des personnes en bénéficiant : le membre délégué au conseil d'administration peut et doit informer le Conseil-exécutif sur les affaires de la société. D'ailleurs, lorsque le droit des sociétés anonymes autorise une information au Conseil-exécutif, cette information peut aussi être fournie à l'organe correspondant du Grand Conseil, pour autant que cela soit nécessaire pour l'accomplissement des tâches parlementaires et ce, bien évidemment, toujours dans le strict respect de la confidentialité (cf. art. 8, al. 1 et 2 LBLS).

<sup>34</sup> De surcroît, la deuxième phrase de l'article 95, alinéa 3 ConstC aurait sinon été superflue, puisqu'il existe déjà une disposition idoine pour la compétence générale de haute surveillance (cf. art. 78, al. 2 ConstC).

<sup>35</sup> Par exemple, le législateur pourrait vouloir attribuer au Grand Conseil plutôt qu'au Conseil-exécutif la délégation du membre représentant le canton au sein du conseil d'administration de BLS SA ou de BLS Netz AG : une telle norme n'aurait pas sa place dans la loi sur le Grand Conseil, mais bien dans la présente LBLS.

<sup>36</sup> Cf. aussi le rapport du 3 décembre 2012 présenté par la Commission de révision du droit parlementaire concernant la loi sur le Grand Conseil et le règlement du Grand Conseil (Journal du Grand Conseil de la session de janvier 2013, annexe 2), commentaires de l'article 4 LGC et de l'article 37 LGC.

<sup>37</sup> Dans ce cas, les organes de haute surveillance du Grand Conseil s'adressent dans certaines circonstances à BLS SA et BLS Netz AG en tant que représentants des actionnaires, c'est-à-dire en tant que représentantes et représentants de l'actionariat cantonal (cf. Hettich, Peter [2023] : *Gutachten betreffend Beteiligung des Kantons Bern an der BLS AG*, p. 7). Quant aux possibles droits aux renseignements et à la consultation conférés par le droit de la société anonyme, consulter le ch. 2.3. ci-avant. Cf. aussi sur la question dans son ensemble Freudiger, Patrick (2016) : *Anstalt oder Aktiengesellschaft?*, p. 97 s. et p. 342 s.



### **3.        Proposition de la CGes**

La Commission de gestion (CGes) propose au Grand Conseil d'adopter ses propositions d'amendement relatives à la LBLS.

Berne, le 4 juillet 2024

Au nom de la Commission de gestion  
La présidente : *Regina Fuhrer*