



Geschäftsprüfungskommission
Commission de gestion

Parlamentsdienste des Grossen Rates
Postgasse 68
Postfach 562
3000 Bern 8
+41 031 633 75 81
www.be.ch/gr

BLS SA et exercice de la surveillance par le canton

Audit de la CGes

Date de traitement 12 août 2021

Sommaire

1.	Synthèse.....	3
2.	BLS SA	5
3.	Démarche de la Commission de gestion	6
4.	Caractéristiques principales de l'exercice de la surveillance par le canton	11
4.1	La surveillance en qualité de propriétaire.....	11
4.2	La surveillance en qualité de commanditaire de prestations	13
5.	Constatations de la Commission de gestion	15
5.1	Dispositions et prescriptions légales	15
5.2	Exercice de la surveillance par le Conseil-exécutif et par la DTT	17
5.3	Conflits d'intérêts	30
5.4	Rôle du représentant du canton.....	32
5.5	Relations avec les organes de surveillance du canton	34
6.	Proposition de la Commission de gestion.....	39

1. Synthèse

BLS SA a fait la une des journaux à plusieurs reprises ces deux dernières années pour avoir perçu de la part de la Confédération et du canton des indemnités trop élevées au titre du transport de voyageurs ouvrant droit à subvention. On a d'abord appris en 2019 que BLS SA, après la constatation d'écarts concernant le modèle dit de lissage des taux d'intérêt, avait conclu avec l'Office fédéral des transports (OFT) un accord portant sur le remboursement de 29,4 millions de francs à la Confédération et aux cantons. Une année plus tard, l'OFT et BLS SA faisaient savoir que la société avait inclus dans ses offres un montant trop bas pour les recettes de la communauté tarifaire Libero. Dans ce deuxième cas, le montant à rembourser par BLS SA et sa filiale Busland AG s'élevait à 43,6 millions de francs selon le communiqué de presse¹ publié à ce sujet². Le Contrôle fédéral des finances ainsi qu'un audit interne demandé par le conseil d'administration de BLS SA ont également relevé des manquements. Il a été constaté notamment que la direction comptabilisait sciemment les recettes de la communauté tarifaire Libero de manière incorrecte depuis plusieurs années déjà.

Dans le présent rapport, la Commission de gestion (CGes) rend compte de son audit de la surveillance exercée par le canton de Berne sur BLS SA, dont le canton détient 55,8 pour cent du capital. Elle a axé ses travaux sur la manière dont le Conseil-exécutif et la Direction compétente ont utilisé les instruments de surveillance à leur disposition, en particulier pour traiter les problèmes d'indemnisation. La commission s'est intéressée principalement à la manière dont le canton a assumé son rôle de propriétaire, sans négliger pour autant l'exercice de son rôle de commanditaire de prestations de transport.

Se fondant sur ses investigations et sur les informations dont elle dispose, la CGes estime que des actions s'imposent dans les domaines suivants :

- **Dispositions et prescriptions légales** : contrairement à ce que prescrit la Constitution cantonale (ConstC), il n'existe pas de loi relative à BLS SA. La Constitution impose de régler dans une loi les grandes lignes de l'organisation et des tâches des établissements et institutions qui sont créés par le canton, la nature et le cadre de la délégation de compétences législatives ainsi que la nature et l'étendue des participations cantonales importantes (art. 95, al. 2 ConstC). Ce cadre de rang supérieur adopté par le législateur fait défaut au canton. Les questions d'orientation stratégique ont été tranchées par le seul Conseil-exécutif.
- **Exercice de la surveillance par le Conseil-exécutif et par la Direction des travaux publics et des transports (DTT)** : malgré l'arrivée régulière de nouveaux incidents sur la place publique mettant en cause BLS SA, la Direction compétente et le Conseil-exécutif sont restés passifs. Pourtant, en vertu de la Constitution, le gouvernement devait exercer la surveillance sur la participation cantonale dans BLS SA (art. 95, al. 3 ConstC). En 2019 et 2020, le Conseil-exécutif a donné son feu vert pour que l'assemblée générale donne décharge au conseil d'administration, alors même que des investigations sur la responsabilité des irrégularités étaient en cours. Le gouvernement et la Direction ont fait entièrement confiance au conseil d'administration, à qui ils ont en grande partie laissé le soin de demander un audit externe pour faire la lumière sur les incidents. Malgré les investigations menées au niveau fédéral, notamment par le Contrôle fédéral des finances, le canton en tant qu'actionnaire majoritaire est demeuré passif. Le Conseil-exécutif a balayé les recommandations pourtant très claires du Contrôle cantonal des finances de lancer un audit indépendant, proposant même au contraire de clore le dossier concernant les problèmes d'indemnisation de BLS SA. Le Conseil-exécutif n'a rien fait non plus pour déterminer si certains faits pouvaient relever du droit pénal et c'est finalement l'OFT qui a porté plainte.
- **Conflits d'intérêts** : les deux rôles au titre desquels le canton était impliqué dans les problèmes d'indemnisation de BLS SA, soit le rôle de commanditaire de prestations et celui d'actionnaire de la société, sont dévolus à deux services différents de la DTT : le secrétariat général représente le canton en tant que propriétaire tandis que l'Office des transports publics et de la coordination des transports (OTP)

¹ Communiqué de BLS du 28 février 2020 : BLS examine les domaines relevant de l'indemnisation.

² Dans sa prise de position, BLS SA a indiqué que le montant s'élevait à « 46,971 millions de francs selon la convention à conclure ».

exerce la fonction de commanditaire. La CGes estime qu'il y a une trop grande proximité entre ces services, ce qui complique voire rend impossible le maintien d'une délimitation claire entre les deux rôles.

- **Rôle du représentant du canton** : depuis 2018, le canton de Berne délègue un représentant mandaté au sein du conseil d'administration de BLS SA. Celui-ci rend compte à la DTT de ce qui se passe chez BLS SA et, inversement, il a pour mission de faire valoir les intérêts du canton au sein du conseil d'administration. La CGes estime que l'influence du canton au sein du conseil d'administration s'est affaiblie depuis que le canton n'y est plus représenté par un membre du gouvernement car son représentant s'est insuffisamment employé à défendre ses intérêts.
- **Relations avec les organes de surveillance du canton** : le Contrôle cantonal des finances, qui avait débuté des investigations en mars 2019 après la publication d'informations sur les premières irrégularités chez BLS SA, a dû les abandonner en juillet 2020 parce que tant BLS SA que la Direction compétente s'étaient refusées à collaborer avec lui alors que la loi le requiert. Elles ont par exemple refusé de fournir certains documents au Contrôle des finances et même remis en question sa compétence d'organe de révision de manière générale. Le conseil d'administration de la société, qui était l'organe soumis à la surveillance, a fixé les conditions auxquelles un rapport d'audit interne pouvait être consulté par le Conseil-exécutif, c'est-à-dire le représentant de son actionnaire majoritaire, et par d'autres organes de surveillance cantonaux. Cette démarche de l'organe soumis à la surveillance montre bien que le mécanisme de surveillance n'a pas fonctionné correctement.

La Commission de gestion a adopté huit recommandations visant à tirer des enseignements de l'affaire BLS SA au niveau cantonal. Elle suggère par exemple de concentrer dans un même service la compétence de représenter le canton dans ses rôles de propriétaire. On mettrait ainsi sur pied un centre de compétences cantonal qui pourrait se spécialiser dans la gouvernance d'entreprise. La commission attend également du Conseil-exécutif qu'il exerce plus complètement sa surveillance sur les entreprises externalisées, telles que BLS SA, comme l'exige clairement un avis de droit établi à la demande de la commission.

2. BLS SA

Avec un chiffre d'affaires de 1195 millions de francs et 3400 collaboratrices et collaborateurs, BLS SA est l'une des plus grosses entreprises de transport de Suisse. Son cœur de métier est le ferroviaire, où l'entreprise est principalement active dans le transport des voyageurs indemnisé. BLS SA couvre la totalité du canton de Berne et déborde sur plusieurs cantons voisins. En 2018, la société avait demandé à l'Office fédéral des transports (OFT) une concession pour l'exploitation de cinq grandes lignes. Suite à un différend juridique, l'OFT, les CFF et BLS SA ont pu s'entendre sur une solution de compromis qui permet à BLS d'exploiter au moins trois grandes lignes (Berne–Bienne, Berne–Berthoud–Olten et Berne–Neuchâtel–La Chaux-de-Fond).

BLS SA opère également le ferroutage du tunnel de faîte du Lötschberg et du tunnel du Simplon ainsi que la navigation sur les deux grands lacs de l'Oberland bernois. Les autres domaines d'activité de l'entreprise sont externalisés dans des filiales. Dans le domaine de l'infrastructure, BLS Netz AG entretient un réseau ferroviaire de 420 kilomètres, 119 gares et stations ainsi que, sur l'axe du Lötschberg, les 34,6 kilomètres du tunnel de base et les 60 kilomètres de la ligne de montagne reliant Frutigen à Brigue. La filiale BLS Cargo SA joue un rôle central dans le transport de marchandises sur le rail. Le tableau ci-dessous propose une vue d'ensemble de BLS SA et de ses filiales (état en août 2021).

BLS SA				
Création de la SA : 2006				
Activités principales : transport régional de voyageurs navigation ferroutage				
Actionnariat : canton de Berne (55,8 %) Confédération (21,7 %) autres cantons et communes (7,4 %)				
Conseil d'administration : 9 membres (dont 1 représentant du canton de Berne)				
↓	↓	↓	↓	↓
BLS Netz AG	BLS Cargo SA	Busland AG	BLS trafic longues distances SA	BLS Immobilien AG
2008	2001	2006	2019	2017
Infrastructure ferroviaire	Trafic de marchandises	Transports par bus dans l'Emmental et en Haute-Argovie	Trafic longues distances	Développement de sites ferroviaires désaffectés
Actionnariat Confédération : 50,05 % BLS SA : 33,4 % Canton BE : 16,5 % CFF : 0,05 %	Actionnariat BLS SA : 52 % SNCF Logistics : 45 % Ambrogio : 3 %	Actionnariat BLS SA : 90,1 % Autres : 9,9 %	Actionnariat BLS SA : 100 %	Actionnariat BLS SA : 100 %

(Source : site Internet BLS SA)

BLS SA est une société anonyme de droit privé. Depuis 2014, ses actions ne sont plus négociées que de gré à gré. L'entreprise a cependant émis des obligations d'un montant de 200 millions de francs à la fin de 2018 pour financer des investissements dans le transport régional de voyageurs. Ces obligations étant co-

tées en bourse, BLS SA doit de nouveau se conformer au droit boursier, par exemple concernant la publicité événementielle : l'entreprise est tenue d'informer les actionnaires de tous les faits ayant une influence notable sur les cours, c'est-à-dire de nature à entraîner une variation de cours dépassant les fluctuations habituelles.

Dans les domaines relevant du transport de voyageurs indemnisé, les éventuels bénéfices sont affectés aux réserves, lesquelles peuvent être utilisées pour compenser d'éventuelles pertes les années suivantes. Aucun dividende n'est versé, même si un versement serait possible selon BLS.

Les entreprises au sein de BLS SA sont très imbriquées sur le plan du personnel. Ainsi, BLS SA, BLS Netz AG et BLS trafic longues distances SA ont en grande partie les mêmes administrateurs : le représentant du canton siège à la fois dans le conseil d'administration de BLS SA et dans celui de BLS Netz AG ; quant à BLS Cargo SA, Busland AG et BLS Immobilien AG, elles comptent parmi leurs administrateurs des membres de la direction d'autres filiales de BLS. Cette imbrication se retrouve au niveau opérationnel. Par exemple, ni BLS Netz AG ni BLS trafic longues distances SA n'ont leur propre personnel : leurs ressources humaines sont mises à disposition par BLS SA en vertu d'une convention interne.

BLS SA existe dans sa forme actuelle depuis la fusion entre les Transports régionaux du Mittelland SA et BLS Chemin de fer du Lötschberg SA en 2006. L'histoire des deux entreprises de transport est d'ailleurs jalonnée de regroupements entre compagnies ferroviaires locales. L'appellation BLS remonte à la société d'origine, fondée en 1906 sous le nom d'Alpenbahngesellschaft Bern-Lötschberg-Simplon.

3. Démarche de la Commission de gestion

En 2016, la Commission de gestion (CGes) a adopté un programme visant à systématiser l'exercice de la haute surveillance dans le domaine des autres organisations chargées de tâches publiques (programme de contrôle KoTra)³, qui lui incombe en vertu de l'article 37, alinéa 2, lettre a du Règlement du Grand Conseil (RGC). Ce programme prévoit essentiellement que la commission sélectionne aléatoirement chaque année une institution pour vérifier dans le cas concret comment le Conseil-exécutif et la Direction concernée assurent la surveillance de l'institution ou de la participation cantonale dans l'institution.

Le communiqué de presse publié en mars 2019 par l'OFT concernant les indemnités trop élevées perçues par BLS SA en raison d'un modèle incorrect de lissage des taux d'intérêt a conduit la CGes à inscrire cette organisation chargée de tâches publiques à son prochain cycle de contrôle KoTra. La commission a ouvert formellement la procédure par un courrier adressé au Conseil-exécutif fin 2019.

La première étape du contrôle consiste à rassembler les documents utiles, notamment la stratégie du propriétaire, la stratégie de surveillance, etc. Dans le cas de BLS SA, la commission a demandé en outre les rapports du Contrôle des finances. Suite à la publication d'une information selon laquelle BLS SA avait également perçu des indemnités trop élevées au titre de la communauté tarifaire Libero, la CGes a décidé au printemps 2020 de faire de cette question une priorité et d'examiner aussi de plus près le rôle du canton en tant que commanditaire de prestations, notamment en concurrence avec son rôle de propriétaire (cf. *communiqué de presse de la CGes du 11 mars 2020 « Commission de gestion. Vérifications supplémentaires demandées au sujet de BLS SA »*).

Le comité ad hoc a alors tenu plusieurs auditions afin de se faire une image aussi complète que possible de la situation. Pendant ce temps, la commission a obtenu des documents supplémentaires, notamment de

³ Parlement, Bulletin d'information de la Société suisse pour les questions parlementaires, n° 3, décembre 2019, p. 51 s.

la part du Contrôle cantonal des finances, qui avait engagé un audit pour perception d'indemnités trop élevées après la première annonce en mars 2019, lors duquel il avait constaté des manquements auxquels il avait attribué l'importance « considérable ».

Au deuxième semestre 2020, la CGes s'est efforcée d'obtenir un rapport que le conseil d'administration de BLS SA avait commandé à l'automne 2019 à une société de révision privée, dont il avait élargi le mandat pour demander un audit approfondi à la manière d'une expertise judiciaire (ci-après « rapport PwC »). Le conseil d'administration ne s'étant pas montré disposé à remettre à la CGes un exemplaire non caviardé de ce rapport, la commission a décidé début 2021 d'achever et de consolider ses investigations sans ce document. Au vu de la portée des irrégularités exposées sur la place publique, la CGes a décidé d'adopter un rapport à l'attention du Grand Conseil concernant le contrôle KoTra de BLS SA, alors qu'elle ne l'avait pas fait pour les objets précédents.

De plus, la CGes a demandé en janvier 2021 à M. Markus Müller, professeur de droit public à l'Université de Berne, un avis de droit pour répondre à un ensemble de questions de fond concernant l'étendue de la surveillance sur les autres organisations chargées de tâches publiques. La commission souhaitait notamment savoir quand une institution a effectivement la qualité d'autre organisation chargée de tâches publiques et quelles sont les possibilités dont dispose l'organe chargé de la haute surveillance pour faire appliquer ses droits à l'information. Dès l'automne 2020, à l'issue de l'audit de BKW SA, la commission avait pris la décision de principe de demander un avis de droit pour clarifier certains points concernant l'étendue de la surveillance dans le domaine des autres organisations chargées de tâches publiques. Les éléments fournis dans l'avis de droit remis à la CGes début mai 2021, que la commission a publié avant les vacances d'été 2021, ont alimenté le présent rapport.

Les constatations et les conclusions exposées dans le présent rapport par la Commission de gestion reposent principalement sur les informations et documents suivants :

- Rapport trimestriel du Contrôle des finances, 30 juin 2019 (en allemand)
- Stratégie du propriétaire relative à BLS SA, 29 février 2016 (en allemand)
- Stratégie de surveillance relative à BLS SA, 31 octobre 2018 (en allemand)
- Statuts de BLS SA, 17 mai 2018
- Stratégie de controlling relative aux représentantes et représentants du canton dans les conseils d'administration de BKW SA et de BLS SA, 9 mai 2018 (en allemand)
- Profil d'exigences pour la représentante ou le représentant du canton dans le conseil d'administration de BLS SA (en allemand)
- Note d'information relative à l'entretien de controlling du 3 avril 2019 avec le Conseil-exécutif (en allemand)
- Note d'information relative à l'entretien de controlling du 16 octobre 2019 avec le Conseil-exécutif (en allemand)
- Procès-verbal de l'entretien de controlling du 17 septembre 2019 avec la DTT
- Note d'information de la TTE en vue de la séance du Conseil-exécutif du 3 juillet 2019 concernant BLS SA (lignes longues distances) (en allemand)
- Note d'information de la TTE en vue de la séance du Conseil-exécutif du 21 août 2019 concernant BLS SA (lignes longues distances) (en allemand)
- Note de discussion de la TTE en vue de la séance du Conseil-exécutif du 6 février 2019 concernant BLS Cargo SA et l'acquisition de Crossrail NV (en allemand)
- Constatations du Contrôle des finances relatives au modèle de lissage des taux d'intérêt de BLS SA et à la manière dont le rôle de propriétaire est endossé, 13 juin 2019 (en allemand)
- Audition d'une représentation du Contrôle des finances, 20 février 2020
- Audition du président du conseil d'administration de BLS SA, 30 avril 2020
- Audition du représentant du canton au sein de BLS SA, 30 avril 2020
- Audition d'une délégation de la DTT, 30 avril 2020
- Audition d'une représentation de l'OTP, 2 juillet 2020

- Note d'information de la FIN en vue de la séance du Conseil-exécutif du 4 mars 2020 concernant des questions juridiques en lien avec les représentations du canton dans des sociétés anonymes (en allemand)
- Compte rendu de l'échange entre le représentant du canton au sein de BLS SA et le Contrôle des finances du 13 mars 2020 (en allemand)
- Rapport du Contrôle des finances relatif aux constatations à traiter en lien avec BLS SA, 30 juin 2020 (en allemand)
- Mémoire à l'attention de la TTE : clarification concernant la décharge du conseil d'administration de BLS SA en vue de l'assemblée générale d'avril 2020 (en allemand)
- Divers communiqués de presse de l'OFT, de BLS SA et du Conseil-exécutif
- Divers échanges de courriers entre BLS SA, l'OTP, le Contrôle des finances, la CGes, le Conseil-exécutif
- Lignes directrices du canton de Berne sur la gouvernance des entreprises publiques, 16 décembre 2020
- Avis de droit d'Andreas Stöckli et Elisabeth Joller relatif à une révision totale de la loi cantonale sur le Contrôle des finances et l'obligation de coopérer avec le Contrôle des finances dans le canton de Berne, 15 mars 2021 (en allemand)
- Avis de droit de Markus Müller et Ueli Friederich relatif à l'étendue de la surveillance et de la haute surveillance sur les autres organisations chargées de tâches publiques dans le canton de Berne (art. 78 et 95 ConstC), 3 mai 2021 (en allemand)

La CGes a adopté le présent rapport le 27 mai 2021 afin de le soumettre pour avis aux autorités concernées. Concrètement, elle a invité le Conseil-exécutif, BLS SA, l'ancien président du conseil d'administration de BLS SA ainsi que le Contrôle des finances à prendre position sur le rapport.

Aux termes de l'article 55, alinéa 3 de la loi sur le Grand Conseil (LGC), les rapports dans lesquels les commissions du Grand Conseil adressent des recommandations à l'autorité concernée doivent également présenter l'avis de l'autorité. Conformément à une pratique bien établie, la CGes applique cette consigne en exposant en note de bas de page les avis qu'elle a choisis de ne pas reprendre (ce qu'elle fait par exemple en cas d'erreur factuelle de sa part). Les avis en question sont reproduits sans commentaire ni appréciation de la part de la CGes.

La CGes a reçu cinq prises de position avant l'échéance annoncée : celle des quatre personnes et autorités contactées directement ainsi que celle du représentant du canton au sein du conseil d'administration. Pour des raisons de lisibilité et pour garantir une vue d'ensemble, la commission a dès lors décidé de reproduire ci-dessous sous forme résumée les remarques d'ordre général. Les remarques relatives à un chapitre spécifique ou à un passage concret sont signalées dans le rapport à l'aide de notes de bas de page.

Prise de position du 23 juin 2021 du Conseil exécutif

Dans sa prise de position, le Conseil-exécutif a exposé en guise d'« appréciation générale » qu'il saluait le rapport de la CGes. Ce dernier contribue à tirer au clair les faits constatés chez BLS et pourrait donner une précieuse impulsion pour améliorer la surveillance concernant les participations. En revanche, le Conseil-exécutif a l'impression que le rapport, en ce qui concerne la surveillance de BLS, dresse un tableau partiel des compétences et élude certains aspects essentiels. Par exemple, le rôle central exercé par la Confédération dans la procédure de commande pour le transport régional de voyageurs (TRV) n'est pas assez pris en compte. « A l'inverse, les tâches et les rôles du canton et du représentant du canton sont surestimés et parfois mal compris », écrit le Conseil-exécutif. En outre, il regrette que le rapport ne fasse pas mention du fait que les irrégularités constatées chez BLS ont, dans l'intervalle, majoritairement été traitées et que des améliorations ont été mises en œuvre par les services responsables. La direction de l'entreprise a par exemple été repourvue et BLS a remboursé le trop-perçu d'indemnités, y compris les intérêts de pénalité pour les recettes Libero. L'Office fédéral des transports (OFT) auquel incombe ces questions a aussi intensifié la surveillance et les contrôles. Enfin, BLS a aussi mis sur pied des projets destinés à améliorer le système de contrôle interne et la gouvernance. « L'évolution conforte le Conseil-exécutif dans son idée que la voie qu'il a choisie, basée sur les rôles et compétences qui ont fait leurs preuves, a contribué à une analyse rapide et à des améliorations. » Le Conseil-exécutif apprécierait que la CGes reconnaisse cette évolution positive dans son rapport. Par ailleurs, le Conseil-exécutif estime que l'apparition d'irrégularités dans le domaine des subventions du TRV s'explique aussi par le conflit d'objectifs du système et que la seule gouvernance ne suffit pas à y remédier. En effet, le système impose une double exigence aux entreprises de transport puisqu'il présuppose une orientation sur le marché sans toutefois prévoir de bénéfices. C'est pour cela que des irrégularités sont apparues dans différentes entreprises de transport et que des

adaptations au niveau de l'OFT ont eu lieu quant à la surveillance de toutes les entreprises de transport. Si dans le système actuel, l'accent était surtout mis sur les synergies, il s'agit maintenant de poser avant tout des délimitations. Enfin, le Conseil-exécutif indique que, selon lui, la chronologie de certains faits exposés dans le rapport est incomplète, voire erronée.

Prise de position du 18 juin 2021 de BLS SA

Le conseil d'administration de BLS SA fait savoir qu'il a pris connaissance du rapport de la CGes ainsi que de l'avis de droit du professeur Markus Müller. Sur le fond, le conseil d'administration de BLS indique avoir plusieurs remarques qu'il transmet à la CGes sous la forme de commentaires annotés sur le rapport de celle-ci. En raison de la procédure judiciaire en suspens concernant la consultation des documents commerciaux de BLS par le Contrôle des finances, il indique par ailleurs renoncer à prendre position sur les questions juridiques figurant dans le rapport et dans l'avis de droit. Il indique enfin que le représentant du canton fera parvenir à la CGes une prise de position séparée, étant donné qu'il est selon le conseil d'administration « directement concerné » par le rapport.

Prise de position du 19 juin 2021 du représentant du canton au sein du conseil d'administration

Le représentant cantonal explique qu'il se permet de détailler certains passages dans lesquels il est fait mention de sa personne. Dans ses remarques préliminaires, il tient à souligner qu'il n'a « jamais participé » aux faits reprochés (modèle de lissage, pool de locomotives, recettes des abonnements demi-tarif Libero) et qu'il n'a pas non plus pu exercer d'influence à cet égard. Le modèle de lissage des taux d'intérêt a été introduit en 2004 sur demande et en accord avec les commanditaires. Le pool de locomotives existe depuis 2001 avec les modèles de lissage correspondants et représente une pratique qui n'avait jamais l'objet de critique de la part de la surveillance jusqu'à tout récemment. Enfin, le non-calcul des recettes des abonnements demi-tarif Libero a débuté en 2012, alors qu'il n'a pris ses fonctions de représentant cantonal au sein du conseil d'administration de BLS qu'en juin 2018. Par conséquent, il se défend contre les indications qui donnent l'impression qu'il porte une part de responsabilité en tant que membre du conseil d'administration (surveillance de la direction opérationnelle) juste parce qu'il a renvoyé à des décisions opérationnelles prises bien avant son arrivée. Il rejette catégoriquement cette image de bouc émissaire. En effet, depuis que les problèmes sont connus, il a étudié les dossiers en détail et s'est efforcé de comprendre les faits complexes afin de les présenter de façon compréhensible lors de son audition par la CGes. Par rapport au modèle de lissage, il a pu consulter de nombreux rapports de révision. Quant au pool de locomotives, il ne disposait au moment de l'audition que de l'expertise PwC mandatée par BLS en 2019 déjà, ainsi que d'un rapport de révision de l'OFT du 30 janvier 2020 concernant les modèles de lissage liés au pool de locomotives dans le trafic régional des voyageurs. Le représentant joint ce rapport à sa prise de position. Le rapport du CDF sur le pool de locomotives et les modèles de lissage n'était pas encore disponible au moment de l'audition. En outre, il n'existait encore aucun rapport et aucune constatation consolidée sur le non-calcul des recettes des abonnements demi-tarif Libero dans les offres BLS au moment de l'audition. C'est la raison pour laquelle il ne s'était pas exprimé à ce sujet. Enfin, il attend que sa prise de position soit « intégralement publiée » avec le rapport si ses demandes « restent lettre morte » auprès de la CGes.

Prise de position du 14 juin 2021 de l'ancien président du conseil d'administration de BLS (jusqu'en novembre 2020)

L'ancien président du conseil d'administration de BLS SA indique qu'il n'occupe plus de fonctions dans aucun organe de BLS et qu'il s'exprime indépendamment d'une éventuelle prise de position de BLS. Au chapitre « Généralités », il souligne que le rapport de la CGes se base sur la compréhension juridique de la commission selon laquelle cette dernière serait habilitée à surveiller BLS, partant du principe que BLS est une organisation chargée de tâches publiques par le canton. « Il est compréhensible que la CGes exprime cette conception juridique dans son propre rapport. En revanche, il est indispensable de souligner que BLS ne partage pas cette conception. » Selon lui, BLS SA a été chargée de tâches publiques par la Confédération, laquelle lui a également accordé sa concession d'entreprise de transport ferroviaire. L'autorité régulatrice et de surveillance est exclusivement la Confédération, généralement représentée par l'OFT. « La CGes connaît cette conception juridique de BLS. Elle sait aussi que cette question fait l'objet d'une procédure juridique actuellement en cours auprès du Tribunal administratif cantonal. » Si la conception juridique de BLS s'avère valable, de nombreux points soulevés par la CGes n'auront plus lieu d'être. Il écrit ne pas vouloir s'étendre davantage sur le sujet au vu de la procédure en cours. Il est néanmoins indispensable de faire apparaître cette nuance dans le rapport. Au chapitre « Particularités », il indique se limiter à trois points « frappants et essentiels » du rapport, dans l'hypothèse où les autres destinataires invités par la CGes à prendre position auraient aussi saisi cette opportunité. A maintes reprises, des faits qui expliqueraient et justifieraient le comportement de BLS ou contribueraient à sa décharge ont été omis. Il donne trois exemples, bien que la liste ne soit pas exhaustive. L'ancien président du conseil d'administration prend également position sur ses propos qui apparaissent sous forme de citation dans le rapport. A l'occasion de l'audition par la CGes du 30 avril 2020, l'opportunité lui avait été donnée de présenter les événements survenus chez BLS. Une séance de questions en plénum avait suivi. « Dans le rapport, il y a très peu de citations de moi issues de cette séance de questions. » Ces dernières sont clairement reconnaissables comme telles, mais il s'agit toujours de brefs extraits de ses réponses. « Pour pouvoir comprendre le sens et le cadre des déclarations, il faudrait tout le contexte. » Dans leur forme actuelle, les citations ne servent qu'à appuyer une opinion toute faite qui ne correspond certainement pas au contenu de ses déclarations. Ici aussi il convient de souligner que,

sur la base de la conception juridique de BLS, l'ancien président du conseil d'administration et le représentant cantonal sont intervenus « de leur plein gré et sans effet juridique ». La CGes avait par ailleurs insisté pour que les deux membres de l'organe soient entendus séparément ce qui n'était « ni utile à l'affaire, ni favorable à la collaboration ». Sous l'intitulé « Conclusion », l'ancien président du conseil d'administration indique que, pour « le lecteur parfaitement familier avec les faits, la chronologie et l'envergure de la situation » qu'il est, le rapport lui a fait l'effet d'un « coup monté ». Les faits ont été retranscrits de façon incomplète ; la chronologie, qui est essentielle pour les accusations dirigées contre le Conseil-exécutif, est parfois erronée et certains faits ont carrément été omis. « Cela donne une image faussée. » De son point de vue, l'objectif d'analyser correctement la situation et de parvenir à une solution est manqué. « On a plutôt l'impression d'avoir affaire à un règlement de compte politique. Je le regrette beaucoup. » Dans sa lettre d'accompagnement à sa prise de position, l'ancien président du conseil d'administration écrit qu'il ne peut s'empêcher de remarquer que le rapport de la CGes a été rédigé de façon unilatérale et parfois inadéquate. Il demande donc à la CGes de publier sa prise de position de façon intégrale dans le rapport.

Prise de position du 21 juin 2021 du Contrôle des finances

Le CF arrive à la conclusion que les faits décrits dans le rapport correspondent à ses propres résultats. « Nous partageons les appréciations de la CGes et pouvons tout à fait soutenir les recommandations. » Selon lui, le rapport présente de façon transparente les défauts de la direction et du Conseil-exécutif concernant la surveillance de BLS SA. « Le CF espère que ce rapport aide à apporter plus de transparence sur les indemnités trop élevées touchées par BLS SA et en général à améliorer, à l'avenir, le contrôle des participations du canton sur le long terme à tous les niveaux. » Pour conclure, le CF ajoute sous le titre « Suite de la procédure » que l'audit « complet » des irrégularités envisagé dans le communiqué de presse du 28 février 2020 de la DTT n'a toujours pas eu lieu. Comme le souligne la CGes dans son rapport, ni le Conseil-exécutif ni la DTT n'ont lancé leurs propres investigations par la suite. La CGes fait en outre remarquer que le Conseil-exécutif semble continuer de gratifier le conseil d'administration de toute sa confiance. Le CF ajoute que le conseil d'administration, selon le code des obligations, est responsable de la comptabilité et de la présentation des comptes, ainsi que du système de contrôle interne. Il porte donc l'entière responsabilité des indemnités trop élevées et des manquements dans les processus. « D'un point de vue extérieur, il peut sembler incompréhensible que le canton de Berne, en tant qu'actionnaire majoritaire, n'ait pas mandaté une enquête indépendante sur le comportement du conseil d'administration. » Le CF regrette que le canton de Berne n'ait pas été en mesure de contrôler de façon exhaustive et indépendante les irrégularités, contrairement à la Confédération lors de l'affaire Car postal ou à la ville de Lucerne et son entreprise de transports publics Verkehrsbetriebe Luzern AG par exemple. Le rôle du conseil d'administration dans son ensemble, en particulier, n'est toujours pas clarifié. La question se pose donc de savoir si la CGes, en tant que commission de surveillance, ne pourrait pas ordonner l'ouverture d'une enquête et si, en tant qu'actionnaire majoritaire de BLS SA, le canton de Berne ne devrait pas analyser les événements vis-à-vis des autres cantons, des communes et des habitantes et habitants au moyen d'un audit indépendant. Cette initiative visant à créer un climat de confiance au sein de la compagnie de chemin de fer du canton constituerait, selon lui, un pas en avant.

La CGes a refusé de publier intégralement la prise de position du représentant cantonal et de l'ancien président du conseil d'administration, car cette demande allait à l'encontre des règles du jeu communiquées dès le départ et donc de la pratique de la CGes en vigueur depuis de longues années. En outre, les prises de position, pour autant qu'elles n'aient pas mené à des adaptations du rapport, sont pleinement illustrées dans ce chapitre ainsi que dans les notes de bas de page et donc rendues visibles.

Au demeurant, la CGes précise que ses investigations ont porté sur la maison-mère, BLS SA. Par contre, elle ne s'est pas penchée sur la surveillance des filiales, telles que BLS Netz AG. Il y a plusieurs raisons à cela. D'une part, le Conseil-exécutif et la Direction compétente sont censés exercer la surveillance de la même manière sur la société-mère et sur les filiales. D'autre part, l'extension des investigations aux filiales aurait largement dépassé les capacités de la commission. Enfin, la CGes est en train d'auditer BLS Netz AG au sujet de l'affaire du Blausee. Il est prévu qu'elle fasse rapport au Grand Conseil sur ces investigations d'ici la session de printemps 2022.

4. Caractéristiques principales de l'exercice de la surveillance par le canton⁴

Vis-à-vis de BLS SA, le canton de Berne a un rôle de représentant du propriétaire. Il intervient également en qualité de commanditaire de prestations de transport. Dans les deux cas, il a une responsabilité de surveillance.

4.1 La surveillance en qualité de propriétaire

La Constitution cantonale dispose que le canton peut créer des établissements ou d'autres institutions de droit public ou privé ou en faire partie (art. 95, al. 1, let. a et b ConstC). « Ces organisations chargées de tâches publiques » (art. 95, al. 3 ConstC) sont soumises à la surveillance du Conseil-exécutif et à la haute surveillance du Grand Conseil (art. 78 ConstC).

Selon l'avis de droit Müller/Friederich demandé par la CGes, ces autres organisations chargées de tâches publiques se caractérisent par le fait qu'elles exécutent une tâche étatique cantonale et que le canton y détient normalement une position dominante. Ce dernier élément est clairement avéré chez BLS SA puisque le canton en est l'actionnaire majoritaire (55,8 % du capital-actions), ce qui en fait également le propriétaire majoritaire de la plupart des filiales de la société⁵.

Le premier critère de même que la question de la nature de la tâche assumée pour l'État bernois par BLS SA méritent qu'on s'y arrête plus longuement. Il est un fait que la Confédération régit déjà en grande partie le domaine des transports publics, avec la loi fédérale sur les chemins de fer, la loi fédérale sur le transport de voyageurs ou encore la loi fédérale sur le transport de marchandises. Selon l'avis de droit Müller/Friederich, le canton de Berne dispose néanmoins de certaines compétences résiduelles pour assurer l'accomplissement de tâches au niveau cantonal, notamment en matière d'élaboration et d'application du droit et donc aussi en matière de surveillance⁶. En outre, toujours selon l'avis de droit, les cantons sont libres d'accomplir comme ils l'entendent le mandat que leur donne la Constitution fédérale de veiller à ce qu'une offre suffisante de transports publics soit proposée (cf. art. 81a Cst.) : « Une grande marge de manœuvre est laissée aux cantons pour concrétiser le mandat fédéral, liberté qu'ils peuvent utiliser à la fois au niveau de

⁴ Dans sa prise de position, le Conseil-exécutif indique par rapport à ce chapitre que le rapport de la CGes part du principe que le canton a une fonction de surveillance très importante vis-à-vis de BLS SA et que celle-ci a été exercée avec négligence ou tout du moins de façon trop passive au vu des événements survenus. « Le Conseil-exécutif ne partage pas cette appréciation et est d'avis que le rapport traduit de façon incomplète les compétences et responsabilités essentielles dans la surveillance de BLS. » Les présentes thématiques ont trait au trafic régional indemnisé (TRV). Il s'agit donc d'un « thème de commanditaire de prestations » et la responsabilité de ce domaine incombe clairement à la Confédération. Cette-ci a par ailleurs édicté des dispositions à cet égard dans la loi sur le transport de voyageurs. Ce n'est pas le canton mais bien la Confédération qui a chargé BLS de tâches publiques et lui a confié une concession pour ce faire. Cet état de fait est aussi présenté ainsi dans l'avis de droit Müller/Friederich. L'avis indique que la responsabilité des tâches et compétences essentielles incombe à la Confédération et parle de « compétences résiduelles » du canton. Il semble donc rétrospectivement juste au Conseil-exécutif que le canton de Berne ait laissé aux services fédéraux, à savoir l'OFT et le CDF, le soin de clarifier les faits. Le canton a néanmoins été activement impliqué dans l'enquête. L'OTP, par exemple, a pris en charge l'analyse des offres 2010 à 2019 en collaboration avec l'OFT. « Pour ces raisons, le Conseil-exécutif refuse de reconnaître une quelconque défaillance ou passivité de sa part ou de celle de l'administration. » C'est justement parce que le canton, selon les termes de l'avis Müller/Friederich, est concerné par des « compétences résiduelles » que le Conseil-exécutif a laissé la Confédération agir et a renoncé à une plainte pénale. La responsabilité de la Confédération est par ailleurs aussi partagée par le Ministère public du canton de Berne, lequel s'est déclaré non responsable de la clarification d'éventuels actes punissables face à l'OFT, puisque la commande de l'offre du TRV est effectuée conformément au droit fédéral et sous la surveillance d'organes fédéraux. Sur la base de l'avis de droit Müller/Friederich, la CGes est d'avis que le Conseil-exécutif, en sa qualité de représentant du propriétaire, aurait dû intervenir de façon plus active et plus rapide auprès de BLS. Le Conseil-exécutif écrit qu'il ne partage pas non plus cette appréciation de la CGes. BLS SA est une entreprise d'économie mixte organisée sous forme de société anonyme. Le canton de Berne est certes un actionnaire majoritaire, mais il existe aussi beaucoup d'autres actionnaires du secteur public ainsi que des actionnaires privés. En outre, il convient de tenir compte du contexte historique : le canton de Berne n'a jamais dissocié BLS en tant qu'unité administrative. Depuis 1920, il considère BLS comme une entité d'économie publique importante et a participé à diverses réorganisations. C'est ainsi qu'il est devenu actionnaire majoritaire. De surcroît, le canton n'a pas chargé BLS de tâches publiques. Les possibilités d'influence du canton en tant qu'actionnaire majoritaire sont donc semblables à celles auprès de BKW SA. Le « droit des sociétés anonymes, c'est-à-dire le droit des obligations » s'applique. Le Conseil-exécutif écrit : « Une implication trop intensive de l'actionnaire majoritaire dans l'entreprise entraînerait des risques pour le canton, voire, dans le pire des cas, des problèmes de responsabilité. » C'est pourquoi il a, à juste titre, axé ses actions sur le conseil d'administration. Il a exigé du conseil d'administration l'analyse de la situation, ainsi qu'une correction et une amélioration, ce que le conseil d'administration a exécuté. La haute surveillance de l'actionnaire majoritaire a lieu en toute logique de façon différée. « Dans le présent cas, la surveillance a été assurée. » Le Conseil-exécutif s'est toujours réservé le droit de prendre d'autres mesures et a aussi laissé entrevoir la possibilité de le faire aux personnes concernées. Comme l'enquête demandée et l'amélioration ont été effectuées par les responsables, cela n'a pas été nécessaire jusqu'à présent. Le fait qu'une surveillance a été exercée est prouvé notamment par l'intensification des contacts depuis 2019 entre la DTT, BLS, le représentant cantonal et le Conseil-exécutif. « Au vu de sa procédure et de celle de la DTT, le Conseil-exécutif ne peut conclure à aucune violation de la surveillance. » Il a plutôt contribué à la clarification et à l'amélioration conformément à ses compétences et responsabilités.

⁵ BLS Netz AG constitue un cas à part : le canton n'en détient qu'une part de 16,5 pour cent, mais BLS en possède 33,4 pour cent. De plus, il y a manifestement une convention avec l'actionnaire majoritaire, la Confédération, qui permet au canton d'exercer le contrôle sur la politique financière et commerciale de l'entreprise. Le canton s'est ainsi assuré une influence dominante. Cf. avis de droit Müller/Friederich, p. 19. Dans sa prise de position, BLS SA indique quant à cette note de bas de page que la convention d'actionnaires mentionnée ici ne concède aucun droit à cet égard au canton de Berne. La convention prévoit que BLS puisse consolider BLS Netz AG malgré la participation majoritaire de la Confédération. BLS et la Confédération (sic ! [D'après la CGes, il s'agit plutôt de « BLS et le canton ».]) ont néanmoins également renoncé à l'exercice de leurs droits des minorités en vertu du droit des sociétés anonymes au profit de la Confédération. Ainsi, la Confédération détient effectivement une influence dominante sur BLS Netz AG, qu'elle finance aussi à pratiquement 100 pour cent.

⁶ Avis de droit Müller/Friederich, p. 15.

la législation d'exécution et dans le cadre de l'exécution » (traduction)⁷. La législation fédérale n'oblige aucunement les cantons à fournir eux-mêmes les prestations de transport public. Mais c'est le parti pris naïf par le canton de Berne avec BLS SA. Le canton a ainsi fait sien la tâche étatique d'assurer l'exécution de la législation fédérale dans ce domaine et donc de fournir des prestations de transport⁸.

L'avis de droit explique que la surveillance des autres organisations chargées de tâches publiques se distingue de la surveillance de l'administration centrale sur deux points : les destinataires et l'intensité. Dans le premier cas, la surveillance vise directement l'institution gestionnaire, en l'espèce les organes de direction de BLS SA, et non pas des membres du personnel ou des unités d'organisation internes déterminées, comme ce pourrait être le cas de la surveillance hiérarchique⁹. La surveillance des autres organisations chargées de tâches publiques est également moins étendue que la surveillance hiérarchique normale. En effet, le législateur a accordé aux gestionnaires de tâches externalisées une certaine autonomie entrepreneuriale. Cette autonomie a cependant des limites, que les auteurs résument ainsi : « Toute entreprise étatique, quelle que soit sa forme juridique et son degré d'autonomie, est soumise à une surveillance politique »¹⁰ (traduction).

Le canton dispose d'un large éventail d'instruments pour exercer la surveillance en qualité de propriétaire. Par exemple, il peut définir dans la stratégie du propriétaire les objectifs supérieurs qu'il vise avec sa participation dans BLS SA. Il peut également envoyer ou faire élire une personne pour le représenter au sein du conseil d'administration (« représentation cantonale »). En sa qualité d'actionnaire majoritaire, le canton est en mesure d'exercer une influence déterminante sur les décisions de l'assemblée générale : il peut notamment intervenir dans les décisions de nomination, faire modifier les statuts ou refuser d'approuver le rapport et les comptes annuels (y c. le rapport sur les rémunérations)¹¹.

Si ces instruments, dont certains sont applicables aussi dans le contexte du droit des sociétés anonymes, ne permettent pas d'atteindre le but de la surveillance, d'autres instruments de surveillance s'offrent encore au Conseil-exécutif. Ainsi, le gouvernement peut si nécessaire donner des instructions concrètes aux organes de direction ou à la représentation cantonale, exiger des rapports spéciaux, changer la personne qui le représente ou engager des modifications législatives¹².

Dans le cas de BLS SA, le canton dispose d'une stratégie du propriétaire et d'une stratégie de surveillance spécifiques. D'après ces documents, la surveillance exercée par le Conseil-exécutif et par la Direction compétente comporte les éléments principaux suivants :

- **Réalisation d'entretiens de controlling** : selon la stratégie de surveillance, la personne représentant le canton au sein du conseil d'administration, BLS SA et le Conseil-exécutif se rencontrent deux fois par an pour un échange d'informations concernant des sujets d'actualité et des questions stratégiques sur lesquelles l'assemblée générale sera appelée à se prononcer dans un avenir proche. Des entretiens préparatoires ont lieu entre la Direction compétente, BLS SA et la représentation cantonale.
- **Exercice du droit de vote à l'assemblée générale** : l'entretien de controlling, qui a lieu au printemps, permet au Conseil-exécutif de prendre position sur les dossiers qui seront soumis à l'assemblée générale qui suit. Une fois ses décisions prises, le gouvernement charge en général un membre du secrétariat général de la Direction des travaux publics et des transports (DTT) de faire valoir ces positions lors de l'assemblée générale.
- **Prise de connaissance du reporting annuel sur les relations entre le canton et ses entreprises publiques et semi-publiques (RCE)** : à l'automne de chaque année, le Conseil-exécutif prend con-

⁷ Avis de droit Müller/Friederich, p. 15.

⁸ Avis de droit Müller/Friederich, p. 16.

⁹ Avis de droit Müller/Friederich, p. 23.

¹⁰ Avis de droit Müller/Friederich, p. 25.

¹¹ Avis de droit Müller/Friederich, p. 25.

¹² Avis de droit Müller/Friederich, p. 26.

naissance du rapport RCE, qui porte sur l'ensemble des participations et institutions cantonales présentant une importance financière et politique. Le rapport concerné comporte une appréciation globale des Directions compétentes, qui est illustrée par des voyants de couleur. Il expose en outre les perspectives en les assortissant d'une évaluation des risques. La procédure de prise de connaissance du RCE par le Conseil-exécutif garantit que celui-ci reçoit au moins une fois par an des informations sur toutes les organisations concernées en même temps.

Le tableau ci-dessous présente, sous une forme un peu plus détaillée, les tâches du Conseil-exécutif et des Directions compétentes.

Direction	Conseil-exécutif
	Exercice des droits de l'actionnaire
Élaboration de la stratégie du propriétaire	Adoption de la stratégie du propriétaire
Préparation des décisions dans les cas suivants : • Questions stratégiques centrales • Événements exceptionnels • Décisions clés concernant le personnel • Rapport annuel • Préparation de l'assemblée générale • Votes de la représentation cantonale • Profil d'exigences spécifiques de la représentation cantonale	Adoption des décisions dans les cas suivants : • Questions stratégiques centrales • Événements exceptionnels • Décisions clés concernant le personnel • Rapport annuel • Préparation de l'assemblée générale • Votes de la représentation cantonale • Profil d'exigences spécifiques de la représentation cantonale
Préparation des entretiens de conduite stratégique entre BLS, la représentation cantonale et le Conseil-exécutif (entretiens de controlling)	Réalisation des entretiens de conduite stratégique (entretiens de controlling)
Appréciation des risques que présentent les participations pour le canton et préparation des informations pour le rapport RCE	Prise de connaissance du rapport RCE

Jusqu'à la fin 2020, la surveillance de toutes les participations importantes et institutions externalisées du canton reposait sur la Stratégie générale de surveillance et de controlling des participations, entreprises et institutions cantonales du Conseil-exécutif. En juin 2020, dans le contexte de ses investigations concernant l'exercice de la surveillance cantonale sur BKW SA, la CGes a adopté à l'attention du gouvernement plusieurs recommandations concernant la surveillance des autres organisations chargées de tâches publiques en général. Le Conseil-exécutif a mis en œuvre l'une de ces recommandations en édictant, fin 2020, les lignes directrices du canton de Berne sur la gouvernance des entreprises publiques. Ce document définit des règles plus étendues que la stratégie qu'il remplace en ce qui concerne la surveillance des autres organisations chargées de tâches publiques. Il contient par exemple des prescriptions sur la structure et le contenu des stratégies de propriétaire relatives aux participations cantonales, jusque-là assez hétéroclites. Un délai transitoire de deux ans est prévu pour adapter ces instruments aux nouvelles directives.

4.2 La surveillance en qualité de commanditaire de prestations

Dans le domaine du transport de voyageurs indemnisé, le canton commande à BLS SA des offres concrètes de transports publics, qu'il finance au moyen de subventions annuelles. Il partage ce rôle avec les cantons de Soleure, de Neuchâtel, de Vaud, de Fribourg, de Lucerne et du Valais ainsi qu'avec la Confédération. Le Grand Conseil adopte tous les quatre ans l'arrêté sur l'offre, qui définit concrètement les prestations à commander ainsi que l'enveloppe financière allouée à cet effet. Le canton de Berne se fonde sur

cet arrêté pour conclure avec BLS SA une convention de prestations négociée par l'Office des transports publics et de la coordination des transports (OTP). Les indemnités destinées à BLS SA au titre du transport régional de voyageurs s'élèvent à 200 millions de francs par an. Une moitié est versée par la Confédération, l'autre moitié par les six cantons intervenant en qualité de commanditaires de prestations à BLS SA. Le canton de Berne finance les deux tiers environ de la part des indemnités à la charge des cantons. Un tiers de la part bernoise est financée par les communes via le mécanisme de la compensation des charges.

La procédure de commande se déroule schématiquement de la manière suivante. Le commanditaire définit les prestations qu'il souhaite obtenir d'une entreprise de transport, c'est-à-dire quelles lignes seront assurées par quels moyens de transport et à quelles cadences sur le territoire cantonal. L'entreprise de transport élabore une offre pour les prestations demandées. Pour cela, il évalue combien coûtera la mise à disposition de ces prestations (coûts prévisionnels) et combien rapportera la vente de billets (recettes prévisionnelles). La différence, c'est-à-dire le montant manquant pour couvrir les coûts, est financé par les commanditaires, c'est-à-dire la Confédération et les cantons. Si les prévisions de coûts ou de recettes sont fausses, l'indemnité est trop faible ou trop élevée. Si les coûts réels sont plus bas que les coûts prévisionnels ou si les recettes réelles sont plus élevées que les recettes prévisionnelles, l'entreprise de transport réalise un bénéfice, qu'elle est tenue d'affecter à ses réserves. Inversement, si les coûts réels sont plus élevés ou les recettes de la vente de billets plus basses que prévu, l'indemnité ne suffit pas à compenser l'insuffisance de financement. L'entreprise doit alors couvrir la perte par un prélèvement dans ses réserves.

La procédure d'offre a ceci de particulier que le commanditaire comme le fournisseur de prestations sont généralement en situation de monopole. La plupart du temps, le canton ne peut faire appel qu'à un seul prestataire pour une ligne régionale déterminée et, inversement, l'exploitant ne peut proposer à personne d'autre ses prestations dans le domaine du transport régional de voyageurs indemnisé. Une autre particularité de ce système réside dans le fait que les conventions portent sur des prestations qui ne seront pas fournies avant deux ans. BLS SA doit donc calculer des coûts et des recettes prévisionnels à un horizon de 24 mois. Pour cela, il se base entre autres sur les derniers chiffres disponibles pour les coûts et les recettes effectifs.

Le calcul de l'offre est d'autant plus complexe pour BLS SA que l'entreprise n'est pas active uniquement dans le domaine du transport régional de voyageurs indemnisé, mais que certaines branches du groupe sont entièrement exposées aux mécanismes du marché (p. ex. la navigation et BLS Cargo SA). Cette dualité offre un potentiel de synergies : lorsqu'une locomotive est utilisée à la fois pour BLS Cargo SA et pour le transport de voyageurs indemnisé, l'effet est positif pour les deux secteurs d'activité. Mais cela peut aussi poser des questions de délimitation comptable : par exemple, dans quelle mesure et à quel prix BLS Cargo SA peut-elle facturer à BLS SA l'utilisation de ses locomotives ? Les entreprises de transport actives uniquement dans le transport de voyageurs indemnisé ne rencontrent pas cette difficulté.

L'examen des comptes sous l'angle du droit des subventions qui incombe à l'autorité de surveillance fédérale est régi à l'article 37 de la loi fédérale du 20 mars 2009 sur le transport de voyageurs. Les entreprises qui bénéficient de contributions ou de prêts des pouvoirs publics doivent soumettre leurs comptes annuels à l'OFT avec les justificatifs correspondants. L'OFT vérifie périodiquement ou en fonction des besoins si les comptes sont conformes aux dispositions légales et aux conventions sur les contributions et prêts qui en découlent. Il s'assure que les indemnités versées par la Confédération et les cantons sont utilisées conformément au but fixé et que les charges imposées dans la concession sont respectées. Il est plus judicieux que les questions concernant pareillement toutes les entreprises de transport soient clarifiées par l'OFT, comme l'illustre de façon exemplaire l'application des modèles de lissage des différences de taux d'intérêt (cf. ch. 5.2 infra). Suite au scandale de CarPostal, l'OFT a renforcé son activité de surveillance et procédé à différentes adaptations. Il a ainsi été imposé aux sociétés de révision de contrôler de plus près le respect des prescriptions légales.

Le contrôle du respect des prescriptions figurant dans la convention de prestations incombe à l'OTP. C'est lui qui mène les négociations sur l'offre avec tous les fournisseurs de prestations de transport régional sur le territoire cantonal pour aboutir à un arrêté sur l'offre concret. À la fin de chaque période d'indemnisation, les chiffres prévisionnels sont mis en regard avec les chiffres réels et la comparaison est utilisée pour contrôler la plausibilité des nouvelles offres.

5. Constatations de la Commission de gestion

Les irrégularités autour des indemnités versées par les pouvoirs publics à BLS SA qui ont petit à petit été divulguées au public ces deux dernières années concernent tout autant le canton-propriétaire que le canton-commanditaire. En sa qualité de **propriétaire**, le canton voit sa responsabilité engagée parce qu'il détient la majorité de l'entreprise qui a perçu des **indemnités** trop élevées. En sa qualité de **commanditaire**, le canton voit également sa responsabilité engagée car, des années durant, il n'a pas accordé une attention convenable aux données sujettes à caution contenues dans les **offres** de BLS SA.

Le rôle de propriétaire reçoit une attention prépondérante dans la suite du présent rapport car le canton de Berne n'est pas qu'un actionnaire parmi d'autres : il est l'actionnaire majoritaire de BLS SA, dont il détient 55,8 pour cent du capital. Cela signifie qu'il a la possibilité d'exercer une influence déterminante sur la société, en particulier au travers de sa représentation au sein du conseil d'administration, et que, de tous les actionnaires, c'est lui qui détient les leviers les plus efficaces.

En ce qui concerne le rôle de commanditaire, l'OTP n'est pas le seul en cause puisque l'OFT a une fonction de surveillance à exercer au niveau supérieur.

Étant donné les interdépendances qui existent entre le rôle de propriétaire et le rôle de commanditaire du canton, il aurait été illogique selon la CGes de séparer strictement les deux rôles dans l'analyse qui suit.

5.1 Dispositions et prescriptions légales¹³

Comme mentionné plus haut, la Constitution cantonale dispose à l'article 95, alinéa 1 que le canton peut créer des établissements et d'autres institutions de droit public ou privé ou qu'il peut en faire partie. L'alinéa 2 précise ce qui doit être réglé dans la loi : ce sont notamment les grandes lignes de l'organisation et des tâches des établissements et institutions créés par le canton (lit. a), la nature et le cadre de la délégation de compétences législatives (lit. b) ainsi que la nature et l'étendue des participations cantonales importantes (lit. c). La loi doit prévoir une participation appropriée du Grand Conseil (cf. art. 95, al. 3 et art. 78 ConstC). Dans le cas de BLS SA, la Constitution n'est pas respectée : il n'existe pas de loi sur la participation à BLS qui régit l'étendue de la participation cantonale dans la société, le but ainsi poursuivi par le canton ainsi que les modalités d'exercice de la surveillance par le Conseil-exécutif et de la haute surveillance par le Grand Conseil. L'avis de droit demandé par la CGes confirme que la légitimation démocratique revêtant la forme d'une base légale requise par le principe de légalité fait toujours défaut aujourd'hui en ce qui concerne BLS SA¹⁴.

Selon l'appréciation de la CGes, les responsables politiques n'ont pas suffisamment tenu compte de cet aspect jusqu'ici. Le 20 novembre 2018, le Grand Conseil a bien adopté sous forme de postulat la motion

¹³ Dans sa prise de position concernant le présent chapitre, le Conseil-exécutif insiste sur le fait qu'il était conscient qu'en l'absence d'une loi sur la participation de BLS, il y avait un vide juridique. Dans sa réponse à la motion Wüthrich (M 101-2018), il ne s'est pas prononcé contre l'élaboration d'une telle loi, mais a plutôt exposé au Parlement les arguments selon lesquels une telle loi ne constituait pas une priorité pour le moment et que cela devrait être réévalué plus tard. Le Grand Conseil a suivi le Conseil-exécutif et a adopté l'intervention sous forme de postulat. Le Parlement est même allé plus loin que le Conseil-exécutif et a classé la demande, contre la proposition de celui-ci. Le Conseil-exécutif se déclare prêt à évaluer une nouvelle fois la nécessité d'une loi BLS. En revanche, il se doit d'indiquer maintenant déjà que certains domaines que la CGes souhaiterait voir réglés dans la loi sont délicats en raison de l'autonomie juridique de l'entreprise déjà mentionnée et exposeraient le canton à des risques.

¹⁴ Avis de droit Müller/Friederich, p. 16.

101-2018 « Une loi sur la participation à BLS est nécessaire », mais il l'a immédiatement classée en prévoyant de rouvrir et de clarifier la question ultérieurement au besoin. Dans sa réponse à la motion, le Conseil-exécutif conteste de manière très générale la nécessité d'une telle loi bien que le mandat constitutionnel soit parfaitement clair. Il rejette en particulier la comparaison faite par les auteurs de la motion avec BKW SA, invoquant le fait que BLS SA est détenue en grande majorité par les pouvoirs publics et ne distribue pas de dividendes. Selon lui, c'est la raison pour laquelle l'action BLS n'est que très rarement négociée, qui plus est nettement en dessous de sa valeur nominale, elle n'est pas recherchée sur le marché et elle n'est pas attrayante pour les investisseurs. Toujours dans sa réponse à la motion, le gouvernement écrit : « Seules d'autres entreprises de chemins de fer, qui, par leur participation au capital de BLS, souhaiteraient s'assurer des avantages stratégiques dans le système ferroviaire suisse, devraient être intéressées à acquérir une part notable d'actions BLS. » Il ajoute que, comme la question de la concession de trafic longue distance est encore ouverte, il n'est actuellement pas dans l'intérêt du canton de conduire un débat politique sur le sujet. Il affirme enfin que « l'édiction d'une loi sur la participation du canton n'est pas indiquée comme instrument de surveillance ».

Cette dernière allégation ne manque pas d'étonner : où, sinon dans une loi, peut-on définir les paramètres fondamentaux d'une participation (p. ex. but, gestion des conflits d'intérêts) et donc, in fine, de la surveillance à exercer sur cette participation avec un effet obligatoire et la légitimation du législateur ?

L'argumentation du Conseil-exécutif ne tient pas. Cela a été démontré au plus tard par les événements de ces deux dernières années en lien avec les problèmes d'indemnisation de BLS SA. Si des questions se posent aujourd'hui au sujet de la responsabilité du canton et de la surveillance qu'il exerce sur BLS SA, mais aussi au sujet de l'importance que revêt l'économie de marché dans le fonctionnement de la société et du bien-fondé des objectifs de l'actionnaire majoritaire en matière de bénéfices, c'est en très grande partie parce que ces aspects ne sont pas régis par des consignes du législateur, mais seulement dans des stratégies adoptées par le Conseil-exécutif, que ce soit concernant la surveillance des autres organisations chargées de tâches publiques en général ou encore concernant spécifiquement la surveillance de BLS SA ou les tâches de la représentation cantonale. La situation est compliquée par le fait que le Conseil-exécutif a déclaré que les stratégies de surveillance étaient confidentielles, les soustrayant ainsi à un examen démocratique plus large. Cela fait obstacle à la transparence, sans raison apparente.

La stratégie de propriétaire des hôpitaux régionaux repose sur les consignes figurant dans la loi cantonale sur les soins hospitaliers, celle de BKW sur la loi sur la participation du canton à BKW SA. Cette dernière loi a été adoptée très tardivement, en 2018, mais elle a le mérite d'avoir comblé une lacune dans la législation. Force est cependant de constater que ces textes sont souvent formulés de manière trop vague et qu'ils ne règlent que très rudimentairement voire passent sous silence des aspects essentiels de la matière¹⁵. En ce qui concerne BLS SA, il n'y a pas de cadre légal conforme aux exigences constitutionnelles. Cela pose problème dans la mesure où son actionnaire majoritaire est confronté à des questions stratégiques de fond. Dans sa stratégie du propriétaire, le Conseil-exécutif écrit que, suite à l'introduction du principe de la commande des prestations de transport, le canton pourrait se passer de participation pour agir sur l'offre de transports publics. C'est d'ailleurs bien ainsi qu'il faut comprendre les réflexions exposées dans ce document, dont il ressort que le canton ne doit écarter aucune option pour l'avenir de BLS SA. Mais il faut pour cela que des conditions concrètes soient remplies, précise la stratégie du propriétaire, mentionnant la compétitivité de BLS SA, une stratégie qui apporte une croissance des excédents à moyen et long terme et une augmentation de l'attractivité des actions de BLS SA. Or, il s'agit de questions qui concernent à un degré élevé l'accomplissement de tâches publiques par BLS SA et qui devraient donc être régies par le législateur.

La stratégie du propriétaire a cependant ceci de positif qu'elle formule clairement les objectifs poursuivis par le canton avec sa participation et qu'elle dénote à l'évidence une conscience du caractère étatique de

¹⁵ Avis de droit Müller/Friederich, p. 49.

l'entreprise. On trouve dans ce document un chapitre consacré au positionnement du point de vue du canton, une analyse SWOT de la participation majoritaire du canton dans BLS SA ainsi qu'un exposé et une évaluation des risques que présente cette participation pour le canton. Le but supérieur poursuivi par le canton est clairement formulé : il s'agit de renforcer BLS SA afin d'améliorer sa compétitivité pour que l'entreprise puisse fournir des prestations de transport public de haute qualité répondant aux besoins des usagers tout en se développant durablement. On trouve également mention d'objectifs à caractère politique dans les domaines des finances, des transports, de l'économie, de l'équilibre régional, de la société et de l'environnement. Par ailleurs, la stratégie du propriétaire définit clairement les missions de base et les activités accessoires de BLS SA. Le transport régional de voyageurs sur la route et sur le rail ainsi que l'infrastructure sont désignés comme les missions de base de l'entreprise. La stratégie explique également pourquoi le Conseil-exécutif impose des exigences aussi claires aux activités commerciales : le but n'est pas de restreindre la liberté entrepreneuriale de BLS SA, mais de réaliser les objectifs du propriétaire, de minimiser les risques pour le canton et de maintenir un ratio attractif entre les risques et les opportunités.

La stratégie du propriétaire ne laisse planer aucun doute sur les possibilités d'action du canton. Elle affirme à ce sujet : « En tant qu'actionnaire majoritaire, le canton peut exercer une influence sur la stratégie entrepreneuriale de BLS SA et formuler des consignes concernant ses activités » (traduction).

Le plus grand défaut de la stratégie du propriétaire relative à BLS SA, c'est qu'elle n'est pas à jour bien qu'il y soit stipulé qu'elle doit être actualisée régulièrement. En 2020, la stratégie en vigueur datait de 2015 et elle était très en retard sur l'actualité dans bon nombre de domaines.

Recommandation 1 : Le Conseil-exécutif crée pour BLS SA les bases légales requises à l'article 95 de la Constitution cantonale, dans lesquelles il définit notamment les aspects suivants :

- tâche étatique spécifique que le canton veut assumer au moyen de sa participation dans BLS SA et dans ses filiales ;***
- dispositions visant à éviter les conflits d'intérêts et d'objectifs ;***
- obligation de coopérer de BLS SA et de ses filiales lors des contrôles effectués par les organes de surveillance cantonaux ;***
- exercice de la surveillance par le Conseil-exécutif et participation du Grand Conseil, avec mention des paramètres fondamentaux applicables et des instruments dont dispose le propriétaire pour exercer cette surveillance sur BLS SA et sur ses filiales.***

5.2 Exercice de la surveillance par le Conseil-exécutif et par la DTT¹⁶

Le rôle que le Conseil-exécutif et la Direction compétente sont censés assumer dans la surveillance en vertu de la Constitution et des dispositions plus concrètes figurant dans les stratégies est une chose. La manière dont la surveillance est effectivement exercée en est une autre. La CGes a mis cette question en exergue pour son exemplarité lorsqu'elle a étudié le problème des indemnités excessives perçues par BLS SA. Pour une meilleure compréhension, la commission a établi une chronologie des actions entreprises dans cette affaire par le Conseil-exécutif et par la DTT en tant que Direction compétente. Des encadrés

¹⁶ Dans sa prise de position concernant le présent chapitre, le Conseil-exécutif indique qu'il considère sa surveillance dans le cas des irrégularités constatées chez BLS comme adéquate et ciblée. « En revanche, il reste sans aucun doute un potentiel d'optimisation au niveau du controlling des participations, notamment en ce qui concerne la documentation et la traçabilité. » Par le passé, la DTT a réalisé ces travaux sur la base pratique des lignes directrices RCE. Le CF n'a vérifié le controlling de participation de la DTT que récemment et n'a formulé que des remarques insignifiantes. Au début de l'année, le Conseil-exécutif a mis en vigueur les nouvelles lignes directrices sur la gouvernance des entreprises publiques qui devaient apporter des améliorations et des concrétisations lors du controlling de toutes les participations. Dans ce contexte, le rapport annuel sur les organisations chargées de tâches publiques est aussi élaboré et désormais publié en grande partie sur le site internet de la Direction des finances. Le Conseil-exécutif partage à ce sujet en grande partie l'appréciation de la CGes selon laquelle la collaboration avec les commanditaires, en particulier entre l'OFT et l'OTP, semble de l'extérieur parfois compliquée et l'ensemble de la procédure de commande peut, le cas échéant, être optimisée. Il a mandaté un rapport externe auprès de la DTT, qui devrait être disponible au cours de l'été. Le rapport contient l'analyse et l'évaluation de la procédure de commande pour le transport régional de voyageurs et donne des recommandations pour l'optimisation des processus. Le Conseil-exécutif décidera d'éventuelles adaptations une fois le rapport disponible, bien que, là aussi, la Confédération soit responsable de ce processus et que le canton se limite à proposer des recommandations. Le Conseil-exécutif mettra alors le rapport à disposition de la CGes.

gris intercalés dans la chronologie relatent les mesures de communication externe qui ont accompagné ces actions.

2018

Selon les investigations menées par le Contrôle des finances, l'OFT a informé les cantons commanditaires, et donc aussi l'OTP, pour la première fois à la fin mai 2018 de sa présomption que les pouvoirs publics avaient versé des indemnités trop élevées à BLS SA en raison de l'application du modèle de lissage des taux d'intérêt. Ce modèle avait été développé à la fin des années 1990 à la demande expresse des commanditaires. Il a l'avantage pour eux de maintenir à un niveau constant le montant des indemnités versées chaque année au titre des intérêts débiteurs sur les investissements : grâce à ce dispositif, les indemnités ne grimpent pas subitement lorsqu'un fournisseur de prestations acquiert du matériel roulant. Ce modèle a été adapté en 2014, à l'occasion de l'acquisition des trains à deux étages. Courant 2018, l'OFT a constaté que les taux d'intérêt théoriques utilisés pour le lissage présentaient des écarts inhabituellement élevés avec les taux d'intérêt effectifs. Comme le modèle de lissage faisait partie intégrante des nouvelles offres, l'OFT a alors appelé les commanditaires à suspendre les offres et à ne pas conclure de conventions d'offre dans l'immédiat. Un accord a été négocié avec BLS SA les mois suivants, sous l'égide de l'OFT. Selon ses propres déclarations, l'OTP n'a pas participé à cette négociation.

Les informations sur la date à laquelle la DTT a eu connaissance de la problématique en sa qualité de représentante du propriétaire sont contradictoires. D'un côté, il y a les affirmations faites par le Conseil-exécutif dans un courrier du 3 juillet 2019 : « En l'espèce, la Direction des travaux publics, des transports et de l'énergie n'a eu connaissance de l'accord avec BLS et de son application rétrospective à la période 2014 à 2017 que lors de la publication du communiqué de presse de l'OFT du 15 mars 2019. Jusqu'à cette date, il y avait lieu de penser que le modèle de lissage des taux d'intérêt convenu entre l'OFT et BLS était en vigueur et rien ne laissait présager que le nouvel accord s'appliquerait rétrospectivement » (traduction). D'un autre côté, l'OTP a affirmé que le secrétariat général en sa qualité de représentant du propriétaire avait été informé de la problématique en octobre 2018 par le représentant du canton.

2019

On sait que la DTT en sa qualité de représentante du propriétaire s'est entretenue, en février 2019, avec une délégation du conseil d'administration de BLS SA ainsi qu'avec le représentant du canton pour que le propriétaire et l'entreprise s'accordent sur la position que BLS SA devait adopter dans la négociation au sujet des écarts relevés dans l'application du modèle de lissage des taux d'intérêt. La commission est étonnée de la conception de leurs rôles respectifs manifestée par le canton et par BLS SA à cette occasion car il est tout à fait évident que c'est BLS SA qui a dirigé l'entretien. L'entreprise avait demandé un avis de droit, qui arrivait à la conclusion que les commanditaires n'avaient aucune possibilité d'obliger l'entreprise à rembourser le trop-perçu d'indemnités. BLS SA estimait donc être en position de force sur le plan juridique. Elle était cependant consciente qu'après l'affaire CarPostal sa réputation pourrait pâtir de son refus de rembourser le trop-perçu. L'entreprise avait en outre besoin d'avoir de bonnes relations avec l'OFT, qui faisait pression pour obtenir un remboursement¹⁷. La délégation de BLS SA a abordé l'entretien de février à la DTT avec une position claire en vue de la négociation, comme en attestent divers documents. Selon la présentation utilisée lors de l'entretien, BLS SA souhaitait que son actionnaire principal discute, confirme ou, le cas échéant, adapte les recommandations d'action faites par BLS, précisant plus loin que l'actionnaire principal serait informé périodiquement de l'avancement du dossier.

¹⁷ Dans sa prise de position relative à la question du modèle de lissage des taux d'intérêt, l'ancien président du conseil d'administration souligne que BLS a restitué la somme reçue de l'OFT de son plein gré et en étroite coordination avec le canton. Le conseil d'administration s'était décidé à prendre cette mesure pour ne pas troubler les bons rapports avec le régulateur. « BLS aurait gagné haut la main une telle affaire, mais le conseil d'administration a estimé indigne d'intenter un procès contre le régulateur », selon l'ancien président. D'ailleurs, dans la révision de l'OFT, la BLS est bien notée. « Ces déclarations de la révision de l'OFT devraient être connues de la CGes et être mentionnées dans le rapport. »

Par la suite, lors de son audition par la CGes en avril 2020, la DTT a déclaré que le canton en tant que propriétaire avait usé de son influence pour aboutir à un accord sur le remboursement de 29,4 millions de francs. Mais parallèlement, le directeur de la DTT lui-même a parlé du rôle de figurant que le canton avait joué dans l'investigation sur les écarts dans le lissage des taux d'intérêt : selon ses dires, le canton a été mis devant le fait accompli par l'OFT lorsque celui-ci l'a informé qu'un accord avait été trouvé.

Le représentant du canton a affirmé que le canton avait été informé dès le début de la manière dont se présentait la situation mais que, ensuite, c'est au conseil d'administration qu'il a incombé de décider s'il rembourserait ou non. Il a déclaré que, naturellement, le directeur des transports avait été informé en temps réel des décisions du conseil d'administration par son président. Le Conseil-exécutif *in corpore* n'a pas été impliqué dans l'élaboration de l'accord bien que cela aurait relevé de sa responsabilité en tant qu'actionnaire majoritaire de BLS SA.

Quant à l'OTP, il mentionne qu'en sa qualité de commanditaire il a été informé début 2019 que l'OFT et BLS SA avaient conclu un accord de remboursement portant sur la somme de 29,4 millions de francs.

15 mars 2019

Modèle incorrect de lissage des taux d'intérêt : l'OFT publie un communiqué de presse pour expliquer que BLS SA a reçu des indemnités trop élevées de la Confédération et du canton pendant des années. Cela est dû au modèle de lissage des taux d'intérêt : le montant total des intérêts prévisionnels ayant donné lieu à indemnisation était plus élevé que les intérêts effectifs. Selon le communiqué, l'OFT a convenu avec BLS que le montant de 29,4 millions de francs versés en trop sur la période de lissage 2014 à 2017 serait entièrement compensé par une réduction du montant des indemnités sur la période suivante. L'accord prévoit que les écarts de la période 2004 à 2013 ne seront pas récupérés car « ils sont imputables à des variations admissibles par rapport aux intérêts prévus ».

Selon la position défendue par BLS SA, les modèles de lissage des taux d'intérêt répondent à un besoin des commanditaires, qui ont conclu des accords à ce sujet avec les fournisseurs de prestations. Il est de fait que, jusqu'en 2017, l'OFT n'avait jamais émis de griefs concernant le modèle de lissage lors de ses audits annuels. L'office a d'ailleurs confirmé que BLS SA avait à chaque fois fait état des écarts de manière transparente. La CGes n'est donc pas sourde à l'argument de BLS SA, selon lequel une méthode convenue conjointement est remise en question alors qu'elle n'avait jamais suscité de critiques jusque-là. Le représentant du canton au sein de la société a estimé qu'il appartenait aux responsables politiques de décider s'ils acceptaient ou non le modèle de lissage des taux d'intérêt. Mais selon lui, si l'utilisation de taux d'intérêts théoriques venait à être interdite, cela obligerait les pouvoirs publics à accepter des fluctuations et donc, selon les circonstances, à approuver plus souvent des crédits supplémentaires.

Il n'en reste pas moins que le transport régional des voyageurs ouvrant droit à indemnisation est un service public. Si un modèle de décompte amène les pouvoirs publics à verser durablement des indemnités trop élevées, la CGes estime qu'il est tout à fait de la responsabilité du fournisseur de prestations de réagir, a fortiori si son capital est détenu majoritairement par ces mêmes pouvoirs publics. Mais on ne peut pas ignorer non plus que l'organe de surveillance avait lui aussi sous-estimé l'impact et les risques du dispositif de lissage des taux d'intérêt. La déclaration de l'OFT dans le cadre d'une révision de mars 2019, qui admet que l'OFT n'a « malheureusement » pas remarqué les écarts, l'illustre bien.

Pour la CGes, il est particulièrement déconcertant que les modalités de remboursement prévues par l'accord aient été élaborées sans l'implication du gouvernement *in corpore*, comme l'a relevé le Contrôle des finances. Le Conseil-exécutif n'est-il pas l'autorité politique responsable de l'actionnaire majoritaire de BLS SA ? Lors de son audit du printemps 2019, le Contrôle des finances est arrivé à la conclusion que la DTT n'avait pas assumé correctement son obligation de reporting vis-à-vis du Conseil-exécutif. Il a estimé que

le gouvernement avait eu connaissance des faits par les médias et qu'il n'avait pas reçu d'informations directes avant l'entretien de controlling d'avril 2019. La DTT s'est inscrite en faux contre cette appréciation, arguant que le Conseil-exécutif avait été informé avant la conférence de presse.

Même si les choses s'étaient passées comme l'allègue la DTT, la CGes estime qu'il aurait été très insuffisant de ne faire qu'*informer* le Conseil-exécutif. En tant qu'organe de surveillance, la DTT aurait dû intervenir dans la négociation de l'accord. Sans parler du fait que les communes, qui participent au financement des indemnités via le mécanisme de la compensation des charges, n'ont pas été impliquées non plus et n'ont donc pas pu intervenir dans la décision concernant le traitement des indemnités versées en trop de 2004 à 2013¹⁸.

Ce premier cas d'irrégularités concernant le montant des indemnités perçues par BLS SA n'a pas incité le Conseil-exécutif à se pencher sur le dossier. La CGes trouve cela d'autant plus étonnant que la Suisse venait d'être secouée par le scandale de CarPostal. L'ambiance régnant dans les médias aurait pu donner l'alerte : on y parlait d'une dangereuse culture du détournement du regard¹⁹ et de la nécessité que les responsables politiques assument leurs responsabilités²⁰. La CGes ne comprend pas que le Conseil-exécutif n'y ait pas été plus sensible et n'en ait pas conclu qu'il fallait étudier l'affaire de plus près.

La DTT a bien procédé à quelques vérifications mais, selon le Contrôle des finances, elles se sont limitées aux aspects financiers. Il n'a jamais été question de faire la lumière sur les circonstances ayant conduit aux événements intervenus chez BLS SA.

A contrario, le Contrôle des finances, qui a appris par les communiqués de presse l'existence des écarts en lien avec le modèle de lissage des taux d'intérêt, a ouvert une enquête qui a abouti à des constatations « d'importance considérable ». Il a porté ses observations à la connaissance du Conseil-exécutif, de la Commission des finances (CFin) et de la CGes à la fin juin 2019, dans le cadre de son rapport trimestriel. Comme évoqué plus haut, il affirmait que la DTT avait assumé son rôle de représentante du propriétaire de manière insuffisante et qu'elle avait contrevenu à ses obligations en matière de reporting au Conseil-exécutif en adoptant un comportement trop passif face à la question du lissage des taux d'intérêt. Le Contrôle des finances alertait le Conseil-exécutif sur le risque de dommage réputationnel et recommandait de lancer une analyse critique de l'emploi du modèle de lissage des taux d'intérêt par BLS SA afin de réunir les éléments nécessaires pour décider de la suite à donner et pour prendre les mesures qui pourraient s'imposer. Concrètement, le Contrôle des finances mentionnait le renforcement des contrôles, l'élargissement des règles de gouvernance d'entreprise et, le cas échéant, la réévaluation des indemnités au titre de la période 2004 à 2013. Ces exhortations n'ont pas conduit le Conseil-exécutif à renforcer de manière clairement visible la surveillance de sa participation dans BLS SA, par exemple en menant sa propre enquête pour déterminer l'ampleur des problèmes en lien avec les indemnités versées à BLS SA par les pouvoirs publics.

Au cours de l'été 2019, l'OTP a relevé de nouvelles irrégularités dans l'offre de BLS SA pour 2020/21. Il a constaté que BLS SA et Busland AG n'avaient pas intégré les recettes de la vente des abonnements demi-tarif dans leurs offres si bien qu'elles avaient perçu des indemnités plus élevées des commanditaires.

Un audit du pool de locomotives demandé par BLS SA à la société de révision PwC s'est achevé en juillet 2019. La société utilise ce pool pour optimiser le taux de charge de ses locomotives en les mettant à la disposition du transport régional de voyageurs en fonction des besoins et de la disponibilité, plutôt que de les réserver à une seule unité, p. ex. BLS Cargo SA. Le rapport PwC conclut à l'existence d'indices de subventionnement croisé entre le secteur indemnisé et le secteur non indemnisé. Selon ce rapport, le transport régional de voyageurs indemnisé supporte un surplus de charges de 3 millions de francs environ au profit du trafic de marchandises. Il fait en outre un constat alarmant : la facturation des prestations entre BLS SA

¹⁸ Le Conseil-exécutif écrit que la compétence et la direction en matière de gestion du modèle de lissage des taux d'intérêt incombent à l'OFT. Selon l'affectation de l'OFT et du CDF, la perception d'indemnités dans le cadre du modèle de lissage se basait sur un modèle (erroné) qui était légitimé par une convention. Dans ces conditions, il n'était pas possible à ce moment-là de prévoir les événements en lien avec les abonnements demi-tarif Libero.

¹⁹ Berner Zeitung du 16 mars 2019, p. 19.

²⁰ Journal du Jura du 16 mars 2019, p. 33.

et BLS Cargo SA n'est pas régie par des principes uniformes et cohérents du point de vue de la gestion et de la comptabilisation des coûts. Alors que PwC a observé la période allant de 2014 à 2018 pour le pool de locomotives, le CDF s'est concentré sur les années 2016 à 2018 lors de son propre audit débuté en automne 2019, peu après celui de PwC. Le CDF a fait parvenir aux cantons mandants un premier rapport intermédiaire en février 2020. Il a rendu son jugement définitif dans le cadre de son rapport final rendu public en septembre 2020. Le CDF y signalait des écarts moins significatifs que PwC.^{21/22}

Selon les indications du Conseil-exécutif, BLS a officiellement confirmé fin août 2019 qu'il existait un problème avec les abonnements demi-tarif Libero. Dans la foulée, la DTT a programmé le sujet à l'ordre du jour de la prochaine rencontre entre BLS et la DTT. Selon le Conseil-exécutif, la direction des transports a informé oralement le Conseil-exécutif début septembre 2019 du problème. Mi-septembre, la thématique Libero a aussi été abordée dans le cadre de l'échange entre BLS et la DTT servant à la préparation de la rencontre entre BLS et l'ensemble du collège gouvernemental.

Début octobre 2019, l'OTP a fait part de ses constatations à BLS SA, en précisant qu'il faudrait clarifier les points obscurs avant de pouvoir conclure les conventions d'offre pour 2019, 2020 et 2021. Dans le même courrier, l'OTP expliquait que sa confiance dans la société était ébranlée.

À la mi-octobre, le Conseil-exécutif *in corpore* a été informé de la situation en cours par BLS SA lors d'un entretien de controlling périodique : les pouvoirs publics avaient versé au moins 80 millions d'indemnités en trop en raison du modèle de lissage des taux d'intérêt et de la non-comptabilisation dans les offres des recettes de la vente d'abonnements demi-tarif Libero. Lors de cette séance, la société a également informé le gouvernement qu'elle comptait prendre des mesures pour renforcer sa gouvernance.

Fin octobre 2019, le comité Finances et Révision du conseil d'administration de BLS SA a informé le plénum du conseil qu'il avait demandé à PwC de réaliser un audit interne complet en forme de bilan de santé.

Bien que les investigations de l'OTP aient appris au Conseil-exécutif comme à la Direction compétente l'existence de nouvelles irrégularités au sein de BLS et qu'un audit externe ait montré que la facturation des prestations ne respectait pas les principes comptables élémentaires, le Conseil-exécutif a pris connaissance du RCE en octobre 2019. Ce rapport portait en principe sur 2018, mais il contenait aussi un exposé de la Direction compétente sur les risques à venir. Or, cet exposé ne mentionnait ni le remboursement en lien avec le modèle de lissage des taux d'intérêt, ni les nouveaux problèmes liés aux tarifs Libero, préférant reprendre peu ou prou le texte de l'année précédente et dire que tous les voyants étaient au vert. Pour la CGes, il aurait fallu mettre les feux à l'orange voire au rouge ou, tout au moins, évoquer les problèmes en cours.

Le Conseil-exécutif ne voyait manifestement toujours pas l'utilité de lancer une investigation complète, bien au contraire. À la fin de chaque année, le Conseil-exécutif doit prendre position sur les constatations du Contrôle des finances jugées « d'importance considérable ». Or, concernant l'insuffisance de la gouvernance d'entreprise du canton chez BLS SA, le Conseil-exécutif a écrit que, pour lui, ce point était réglé²³.

²¹ Dans sa prise de position, le conseil d'administration de BLS indique que la représentation selon laquelle BLS SA a supporté un surplus de charges de 3 millions de francs pour son pool de locomotives est « unilatérale » et qu'elle ne prend pas en compte les faits complémentaires. BLS Cargo prend en charge l'ensemble du risque lié à la disponibilité des locomotives dans le pool. Le rapport PwC établit un avantage de 3,9 millions de francs attribuable à BLS SA, qui aurait été supporté par BLS Cargo SA et devrait être vérifié. En outre, et pour le même état de faits, une enquête du CDF concernant les années 2016 à 2018 arrive à la conclusion que le pool de locomotives a entraîné un transfert de bénéfices de 4,1 millions de francs, mais dans la direction inverse, de BLS Cargo SA à BLS SA. Cette différence se justifie par l'imputation complète des coûts analytiques. En résumé, le désavantage de BLS SA formulé dans le rapport PwC peut être réfuté par l'enquête du CDF.

²² L'ancien président du conseil d'administration explique dans sa prise de position que le pool de locomotives, tel que mentionné dans le rapport de la CGes, a été révisé par PwC. Le CDF a également effectué une révision. « Les deux résultats sont diamétralement opposés. » Le CDF arrive à la conclusion que BLS Cargo apporte avec le pool une contribution « au profit du TRV ». Les deux révisions concluraient que le pool de locomotives aide de toute façon à abaisser les coûts du transport régional de voyageurs. Le rapport du CDF est public et « devrait être connu de la CGes ».

²³ Le Conseil-exécutif souligne que la prise de position relative au rapport trimestriel du CF comportant l'affirmation que ce point du rapport était réglé se rapportait au modèle de lissage qui, à cette époque, avait été classé. La référence aux éclaircissements en cours concernant les recettes des abonnements demi-tarif Libero était présente dans la prise de position. Selon le Conseil-exécutif, le reproche de sa passivité n'est pas efficace. En 2019, l'analyse du CDF, l'enquête sur la révision de l'OFT et l'audit interne de BLS étaient en cours. Dans ce contexte, le Conseil-exécutif a pesé les intérêts et a décidé de lancer une investigation interne plus approfondie après réception des résultats des enquêtes en cours et d'augmenter ainsi les connaissances, puisque la nouvelle enquête pourrait se construire sur la base des résultats des précédentes.

La CGes ne comprend pas comment le Conseil-exécutif a pu aboutir à cette évaluation de la situation. Après le deuxième cas d'écarts dans les indemnités, l'alarme aurait dû sonner depuis longtemps au sein de l'exécutif. Comment a-t-il pu demander que la constatation du Contrôle des finances soit classée comme réglée alors que, dans sa prise de position, il mentionnait lui-même que l'OTP avait observé de nouvelles irrégularités, que la direction de BLS SA l'en avait informé début octobre et que l'OTP et l'entreprise allaient s'occuper de l'affaire ?

À l'automne 2019, le Contrôle fédéral des finances a décidé de reporter à janvier 2020 l'audit prévu à l'automne 2019 et d'en étendre largement le contenu.

2020

En janvier 2020, le Contrôle des finances a une nouvelle fois recommandé au Conseil-exécutif de se pencher attentivement sur les questions en suspens à propos de BLS SA : « Pour que les problèmes actuels de BLS ne se transforment pas en risques pour le canton, nous recommandons au Conseil-exécutif, sachant la portée que peuvent avoir ces incidents, d'élaborer une stratégie claire et de diligenter l'examen des faits sous sa conduite » (traduction).

Fin janvier, la DTT et une délégation du conseil d'administration de BLS SA ont rencontré le Conseil-exécutif *in corpore* pour faire un point de la situation concernant les recettes Libero et expliquer où en étaient les investigations.

28 février 2020

Absence de prise en compte des recettes Libero : l'OFT, BLS SA et la DTT publient des communiqués de presse séparés indiquant que BLS SA a intégré dans ses offres un montant trop faible pour les recettes de la communauté tarifaire Libero et qu'un accord venait d'être conclu avec BLS SA et sa filiale Busland AG portant sur le remboursement de 43,6 millions de francs²⁴. Dans son communiqué de presse, le canton de Berne écrit : « Un audit complet a été lancé, de même qu'une analyse de la gouvernance en vue de son adaptation ». Il précise qu'il a été chargé par l'OFT de procéder à une vérification fouillée.

Malgré les annonces claires faites dans les communiqués de presse, ni le Conseil-exécutif ni la DTT n'ont lancé leurs propres investigations par la suite. Il est vrai que le contenu des auditions de la CGes peut conduire à admettre que le Conseil-exécutif a bien exprimé au conseil d'administration de BLS SA son attente que toute la lumière soit faite sur les incidents. Mais selon les affirmations mêmes de la DTT, sa principale contribution en tant que représentante du propriétaire a consisté à amener le conseil d'administration à procéder à un audit approfondi des erreurs commises. Pour cela, selon ses mots, il a fallu passer par des discussions et tout un processus.

Ces affirmations sont singulières car elles indiquent qu'il a fallu user de persuasion pour amener BLS SA à démarrer un audit étendu. Le Conseil-exécutif a néanmoins continué de gratifier le conseil d'administration de toute sa confiance puisqu'il lui a laissé le soin de procéder aux investigations. Le président du conseil d'administration a d'ailleurs confirmé l'allégation selon laquelle le directeur de la DTT avait eu à cœur dès le départ que BLS SA clarifie rapidement les choses. Il a précisé que le conseil d'administration avait réagi à la demande de faire toute la lumière sur les événements pour déterminer ce qui avait été ordonné, fait ou omis afin de faire un bilan et d'en tirer les conséquences en élargissant le mandat d'audit donné à PwC pour que le bilan de santé en cours prenne l'ampleur d'une investigation approfondie à la manière d'une expertise judiciaire. Aux dires du Conseil-exécutif, BLS aurait envoyé à la mi-mars au Secrétariat général

²⁴ Cf. note de bas de page 2.

de la DTT la lettre d'attribution pour le projet. Le lendemain, ce dernier aurait fait l'objet d'une discussion entre la DTT, l'OTP et BLS.

L'annonce faite par voie de presse que toute la lumière serait faite sur les événements est restée sans suite aux yeux de la CGes puisque le soin d'accomplir ce travail a été laissé en grande partie au conseil d'administration de BLS SA. Par opposition, lors de l'enquête sur le scandale de CarPostal, il avait été exclu d'emblée que le conseil d'administration de l'entreprise se charge lui-même des investigations car, quel que soit le résultat, cela aurait donné une impression de parti pris : si le jugement est modéré, les personnes qui ont réalisé l'expertise se feront accuser de partialité ; inversement, si le jugement est dur ou excessivement dur, on se demandera si les personnes qui ont réalisé l'expertise n'ont pas frappé particulièrement fort pour échapper au grief de partialité.

La CGes estime que le Conseil-exécutif aurait dû prendre lui-même le dossier en mains en mars 2020 au plus tard, au lieu de laisser le conseil d'administration de BLS SA mener seul les investigations²⁵.

La commission avait déjà adressé une recommandation similaire au Conseil-exécutif en 2016, dans le contexte d'enquêtes administratives. Elle avait appelé à ce que soit plus souvent le gouvernement *in corpore*, et non pas les Directions, qui définisse le mandat des enquêtes administratives et qui choisisse à qui ce mandat est confié, appliquant ainsi par analogie l'article 19, alinéa 4 de la loi sur la procédure et la juridiction administratives. Dans le cas de BLS SA, même la Direction a renoncé à attribuer un mandat d'enquête, laissant ce soin à l'organe de conduite stratégique de l'entreprise au sein duquel s'étaient produits les incidents à investiguer.

Le fait que BLS SA avait la maîtrise de l'enquête a eu un deuxième effet négatif. Le contenu du rapport d'audit de PwC a été présenté comme très délicat et les noms qu'il mentionnait ont été caviardés en invoquant la protection de la personnalité. Se fondant sur les appréciations de juristes externes, le conseil d'administration de BLS a ainsi décidé que les organes de surveillance, quels qu'ils soient, ne pourraient consulter le rapport que dans les bureaux de PwC et sous sa forme caviardée. Le Conseil-exécutif, l'OFT, le Contrôle des finances et la CGes se sont ainsi retrouvés dépendants de BLS pour obtenir le rapport en question.

En avril 2020, le Contrôle des finances a adressé un nouveau courrier au Conseil-exécutif, dans lequel il lui faisait notamment les recommandations suivantes :

- ne pas donner décharge au conseil d'administration de BLS SA lors de l'assemblée générale de mai 2020 tant que toutes les investigations ne sont pas achevées et que les questions en suspens ne sont pas totalement élucidées ;
- lors de l'assemblée générale, proposer l'institution d'un contrôle spécial au sens de l'article 697a CO afin d'ouvrir une enquête indépendante sur les incidents ;
- dans le cadre du projet de révision totale de la loi sur le pilotage des finances et des prestations (LFP), revoir les prescriptions relatives au controlling des participations.

Environ un an après ce courrier, le Conseil-exécutif a donné suite à la dernière exigence du Contrôle des finances, qui revêt un caractère général, en incluant quelques prescriptions concernant le controlling des participations dans le projet de loi sur les finances (nouvelle dénomination de la LFP) mis en consultation. Les deux premières recommandations par contre, qui concernaient le court terme, ont été rejetées par la Direction compétente et par le gouvernement. Exactement comme au printemps 2019, le Conseil-exécutif a au contraire demandé à sa délégation à l'assemblée générale de donner décharge au conseil d'administration.

Avant l'assemblée générale de 2020, la DTT avait demandé à des experts externes de balayer les options qui s'offraient au Conseil-exécutif concernant l'octroi de la décharge. Dans ses conclusions récapitulatives,

²⁵ Dans sa prise de position, le Conseil-exécutif indique qu'il exerce la haute surveillance. Il contrôle le travail du conseil d'administration et n'intervient que lorsque celui-ci montre des résultats insuffisants. La Direction concernée a jugé le mandat de BLS à PwC exhaustif. « Lorsqu'en août se profilait un retard du travail de PwC, le Conseil-exécutif a agi et a mandaté sa propre enquête. »

l'expertise estimait qu'un refus total de donner décharge au conseil d'administration ne s'imposait pas étant donné les conséquences financièrement très limitées de l'affaire de la communauté tarifaire. Cette appréciation des conséquences financières semble aujourd'hui bien hâtive. Mais on peut également lire dans le rapport : « Étant donné que le contexte et les responsabilités, internes notamment, ayant conduit aux décomptes erronés ne sont pas encore totalement élucidés, accorder une décharge totale pourrait apparaître prématuré au final » (traduction). Quoi qu'il en soit, lorsque l'assemblée générale s'est tenue, l'audit confié à PwC par le conseil d'administration de BLS SA était toujours en cours. Et bien que la CGes n'ait pas eu accès au contenu complet du rapport PwC, la synthèse qui en a été publiée montre clairement qu'il y avait bien des raisons de refuser de donner décharge en 2020, voire de reporter l'assemblée générale.

La CGes avait elle aussi recommandé au Conseil-exécutif, dans un courrier du 5 mars 2020, de ne pas donner décharge au conseil d'administration tant que toutes les questions en suspens ne seraient pas clarifiées. Dans ce courrier, la commission faisait explicitement référence à la Confédération : en raison du scandale de CarPostal, le Conseil fédéral avait choisi de ne pas accorder une décharge totale au conseil d'administration de La Poste Suisse SA pour les exercices 2017 et 2018, invoquant le fait que des investigations étaient encore en cours concernant la gouvernance d'entreprise²⁶. La DTT dit avoir souhaité que le conseil d'administration prenne l'initiative de reporter l'assemblée générale à une date ultérieure à la réception du rapport d'investigation de PwC ou propose d'accorder une décharge restreinte. Cette démarche est problématique : la CGes y voit là un exemple, parmi de nombreux autres, du comportement trop passif adopté par le Conseil-exécutif et par la Direction compétente dans les affaires concernant BLS SA, laissant largement au conseil d'administration de l'entreprise le soin d'élucider les faits. Le Conseil-exécutif aurait parfaitement pu, par l'intermédiaire du représentant du canton, exhorter le conseil d'administration à reporter l'assemblée générale. De même, l'argument avancé par la DTT selon lequel elle aurait hésité à proposer de donner une décharge restreinte par crainte que des membres du conseil d'administration ne quittent leur poste ne tient pas la route. Cela voudrait dire qu'une décharge ne peut jamais être refusée, quels que soient les résultats dont un conseil d'administration doit répondre. Sans compter que plusieurs personnes ont de toute façon quitté le conseil d'administration de BLS SA à l'automne 2020, quoique pour d'autres motifs²⁷. L'autre argument avancé par la DTT, selon lequel l'OFT et d'autres cantons ne se seraient pas ralliés à un refus de la décharge ou à l'institution d'un contrôle spécial, paraît également cousu de fil blanc. En tant qu'actionnaire majoritaire, le canton de Berne bénéficie d'une position privilégiée et il y a tout lieu de penser que les autres cantons auraient suivi son exemple s'il avait eu le courage de refuser la décharge.

En avril 2020, la CGes a entendu séparément une délégation de la DTT, composée de son directeur, du secrétaire général et de membres de l'OTP, le président du conseil d'administration de BLS SA et le représentant du canton. Les représentants de BLS SA se sont montrés assez peu réceptifs aux questions critiques posées par la CGes. Interrogé sur ce que BLS SA aurait pu faire autrement ou mieux, le président du conseil d'administration a répondu qu'il ne pouvait pas encore bien l'estimer. Lorsque la commission lui a demandé comment les défaillances comptables avaient pu se produire, il a jugé qu'il ne pouvait pas répondre à la question puisqu'il n'y avait pas de défaillances comptables à l'origine des faits discutés. Selon lui, BLS SA avait été présentée dans la presse comme si elle avait des problèmes de fonctionnement qui auraient abouti quasiment à un enrichissement sur le dos de l'État, mais c'était faux : rien dans les incidents dont il était question ne dépassait le cadre d'une différence de points de vue.

Lors de son audition, le représentant du canton a fait remarquer que les trois thématiques (lissage des intérêts, pool de locomotives et tarifs Libero) représentaient « des faits totalement différents en termes de chronologie, de contenu et d'origine ». Il a conclu en disant notamment que les faits étaient très techniques et opérationnels et qu'ils n'étaient pas du ressort du conseil d'administration, mais que celui-ci avait déjà pris des mesures depuis quelques temps, et ce, parfois même avant son arrivée.²⁸

²⁶ Communiqué de presse du Conseil fédéral, 11 juin 2018 : « Le Conseil fédéral restreint la décharge accordée au conseil d'administration de la Poste ».

²⁷ L'ancien président du conseil d'administration a dû se retirer pour des raisons de santé. Les deux anciens vice-présidents ont quitté cette fonction pour redevenir de simples administrateurs. Et l'administrateur Josef Küttel a annoncé sa démission pour le printemps 2021.

²⁸ Dans sa prise de position, le représentant du canton explique que le conseil d'administration a très bien rempli ses devoirs. En effet, ce dernier a demandé à la direction un rapport écrit en février 2018 déjà afin de clarifier si BLS connaîtrait une situation semblable à celle de CarPostal, ce qui, selon l'état des connaissances lors de la séance du

Finalement, qu'il s'agisse d'une affaire ayant trait à l'opérationnel ou pas ne joue aucun rôle. Il n'en reste pas moins que le conseil d'administration exerce aussi une surveillance opérationnelle et que sa responsabilité est bel et bien engagée. Le droit des sociétés anonymes confère au conseil d'administration l'attribution intransmissible d'exercer « la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion pour s'assurer notamment qu'elles observent la loi, les statuts, les règlements et les instructions données » (art. 716a, al. 1, ch. 5 CO).

Lors de l'audition d'avril 2020, la DTT s'est montrée nettement plus critique concernant les événements chez BLS SA. Elle a déclaré que des erreurs avaient très clairement eu lieu dans l'entreprise, que cela n'était pas acceptable et que la DTT ne lâcherait rien tant que ce ne serait pas corrigé. Et d'ajouter que si l'on comparait BLS SA avec d'autres entreprises de transport, l'entreprise présentait très clairement des déficits dans sa gouvernance. Ironiquement, ces déclarations émanent des responsables de la Direction qui, en sa qualité de représentante de l'actionnaire majoritaire, aurait eu les moyens de veiller à ce que l'entreprise ait une gouvernance fonctionnelle²⁹.

Quant à savoir si des actes punissables auraient été commis chez BLS SA, c'est une question qui ne présentait manifestement pas une grande priorité pour le Conseil-exécutif et pour la Direction compétente. Alors que, lors de leur audition, les représentants de BLS SA s'étaient déclarés tout à fait sûrs qu'il n'y avait pas eu d'actes criminels, la DTT a dit que l'audit de PwC ferait la lumière sur les faits et qu'il était possible qu'il entraîne d'autres investigations.

Au lieu de se contenter d'attendre, il aurait fallu prendre les devants et faire analyser les griefs du point de vue pénal également. Et même lorsque PwC a terminé son rapport à l'automne 2020 et en a présenté les résultats, c'est finalement l'OFT, et non pas les organes de surveillance cantonaux, qui a porté plainte pour que les faits soient élucidés au pénal. Fin 2020, on a pu lire dans la presse que le Ministère public du canton de Berne se considérait incompetent en la matière³⁰. Faute de compétences claires, l'OFT a transmis la plainte pénale au Tribunal pénal fédéral, selon un autre communiqué^{31/32}.

Selon la CGes, la DTT n'a pas pris en considération le dommage réputationnel pour le canton de Berne et pour BLS SA. Le fait qu'une grande partie des indemnités perçues en trop a été remboursée n'est pas suffisant pour restaurer cette réputation. Au contraire, l'image persiste que, ces derniers temps, les pouvoirs publics ne sont pas très regardants et qu'il pourrait tout à fait valoir la peine d'essayer d'obtenir des indemnités aussi élevées que possible. Cela ressort clairement des opinions exprimées dans les médias suite aux nouvelles communications : il y est question de fraude aux subventions³³ et de nouveau scandale concernant les subventions dans le domaine des transports publics³⁴.

conseil d'administration de juin 2018, avait été réfuté. Lors de la séance de réflexion du conseil d'administration de mars 2019, le sujet de la nouvelle gouvernance d'entreprise pour BLS a constitué un point fort et a donné une impulsion à différents projets initiés ensuite par la direction. En raison du rapport PwC sur le pool de locomotives mandaté par BLS en 2019 par la même occasion, BLS a commencé cette même année à mettre en œuvre les premières améliorations dans sa comptabilité. Les découvertes du rapport du CDF n'ont donc pas fait l'effet d'une surprise pour BLS SA. L'entreprise a fait savoir que les mesures correspondantes avaient été mises en place dans différents projets. Par ailleurs, le conseil d'administration a acquis en juin 2020 un système de gestion de contenus moderne composé d'un code de conduite, de directives visant à éviter la corruption, de prescriptions sur les directives et d'un système d'enregistrement des irrégularités. En outre, un poste d'agent de conformité a été approuvé. La titulaire du poste est entrée en fonction en août 2020. Le code de conduite a été introduit et présenté en novembre 2020, de même que le système d'enregistrement des irrégularités. Le représentant du canton ajoute que la facture effective de Busland AG a été élaborée pour la première fois en 2020 avec le nouveau calcul des frais. Afin d'accroître l'assurance dans le processus d'offre et dans la facture effective, des mesures immédiates ont été mises en œuvre et le système de controlling interne a été fortement étendu. En outre, l'ensemble du processus est suivi et contrôlé au niveau opérationnel et stratégique par trois membres de la direction. « Le bilan de santé ordonné par le conseil d'administration et l'investigation approfondie de l'affaire des recettes des abonnements demi-tarif Libero par PwC n'étaient pas un aveu qu'il s'agissait de problèmes dont l'importance surpassait le cadre opérationnel, mais témoignaient de la volonté du conseil d'administration d'enquêter sur l'affaire en détail. »

²⁹ Dans sa prise de position relative à cette déclaration, le Conseil-exécutif souligne que la gouvernance interne de BLS relève de la compétence du conseil d'administration. En raison de risques d'actions en responsabilité, le Conseil-exécutif ne peut pas intervenir opérationnellement dans la direction de l'entreprise. Lorsque des problèmes dans la gouvernance se sont profilés chez BLS, la DTT a immédiatement réagi et a exigé du conseil d'administration qu'il révise la gouvernance. Le sujet était aussi inscrit à l'ordre du jour des discussions périodiques.

³⁰ Berner Zeitung du 17 décembre 2020, p. 8.

³¹ Berner Zeitung du 9 avril 2021, p. 3.

³² Dans sa prise de position, l'ancien président du conseil d'administration indique que la CGes était au courant que la plainte pénale de l'OFT avait déjà été renvoyée par deux instances cantonales. Les justifications conduiraient à la conclusion que le Conseil-exécutif avait décidé à juste titre de ne pas déposer plainte. Les refus de la plainte de l'OFT doivent impérativement être mentionnés dans le rapport.

³³ Aargauer Zeitung, 29 février 2020, p. 11.

³⁴ Walliser Bote, 29 février 2020, p. 12.

En mai 2020, le Conseil-exécutif a reconduit le représentant du canton dans sa charge pour deux ans.

Selon les indications du Conseil-exécutif, la DTT a soumis au comité lors de deux séances successives en août 2020 un document de travail pour enquêter sur les processus de commande. Le premier propose des idées et le second un concept.

3 septembre 2020

Le rapport d'audit du Contrôle fédéral des finances constate des manquements : le Contrôle fédéral des finances a effectué un audit de la comptabilité des secteurs « TRV national par le rail » et « TRV national par la route » de BLS SA pour l'année d'horaire 2018. Il a découvert des erreurs dans le calcul des indemnités de l'ordre de quelques millions de francs. Il a jugé que la transparence et la traçabilité des flux de valeurs internes au groupe BLS étaient limitées³⁵. Le Contrôle fédéral des finances estime que BLS SA doit assurer une amélioration de la transparence et de la fiabilité de sa comptabilité par secteurs. Dans sa prise de position reproduite dans le rapport du Contrôle fédéral des finances, BLS SA affirme que différentes optimisations ont déjà été réalisées.

Alors que les autorités de la Confédération et du canton chargées de la surveillance en raison de leur rôle de commanditaire avaient déjà constaté des manquements, un autre organe de surveillance, le Contrôle fédéral des finances, a confirmé l'existence de déficiences dans l'imputation des coûts de BLS SA : il a observé que les éléments sur lesquels reposaient les chiffres prévisionnels, les hypothèses de planification et les répercussions des négociations sur l'offre étaient insuffisamment documentés, de même que les contrôles effectués dans le cadre du processus de planification. En particulier, les chiffres prévisionnels internes n'avaient pas de lien clairement reconnaissable avec la convention sur l'offre. Pour le Contrôle fédéral des finances, cela signifie qu'il est impossible de déterminer si les écarts par rapport aux chiffres figurant dans la convention sur l'offre sont imputables à des écarts opérationnels (p. ex. une demande moins importante) ou si des coûts non prévus par la convention ont été imputés aux secteurs indemnisés. Le jugement du Contrôle fédéral des finances est dévastateur : malgré le concours de spécialistes de BLS SA, il a été possible de retracer en partie seulement la manière dont les coûts ont été imputés en interne chez BLS SA, la transparence et la traçabilité étant parfois fortement limitées³⁶. Selon l'organe fédéral, BLS SA a comptabilisé des loyers au prix de marché pour l'utilisation de surfaces de bureau et de vente appartenant à BLS Immobilien AG ou encore les prestations de remplacement des trains assurées par Busland AG en faveur du transport régional de voyageurs ont été comptabilisées en rajoutant une marge de 15 pour cent sur les coûts de revient. Globalement, le Contrôle fédéral des finances y voit un prélèvement injustifié dans les liquidités du système de transport régional des voyageurs³⁷.

³⁵ Rapport du Contrôle fédéral des finances, 3 août 2020, p. 22 (résumé en français, p. 6).

³⁶ Rapport du Contrôle fédéral des finances, 3 août 2020, p. 22 (résumé en français, p. 7).

³⁷ Rapport du Contrôle fédéral des finances, 3 août 2020, p. 4.

4 septembre 2020

BLS dévoile les premiers résultats de son rapport de contrôle : BLS SA publie un communiqué de presse annonçant que les premiers résultats de l'audit de PwC sont disponibles. Selon le communiqué, l'audit a montré que la direction de BLS savait depuis 2017 déjà que les abonnements demi-tarif n'avaient pas été inclus dans le budget. Elle a en outre établi qu'il y avait un conflit d'objectifs dans la mesure où le conseil d'administration de BLS SA avait défini un objectif de rentabilité de 30 millions de francs. Dans le même communiqué, l'entreprise annonce que le CEO quittera ses fonctions pour la fin octobre et que son suppléant, le directeur de BLS Cargo SA, reprendra la direction ad intérim. De son côté, le canton fait savoir dans un communiqué de presse qu'il demandera une analyse externe au sujet de la procédure de commande de BLS SA, afin de répondre aux questions soulevées par le CDF. L'objectif est d'améliorer la coopération entre les acteurs dans la procédure de commande de BLS. Le rapport destiné au gouvernement devrait montrer comment il est possible, dans le système d'indemnisation, de diminuer le risque d'erreur dans le calcul des prestations publiques.

Ce n'est qu'alors, soit deux ans après la mise au jour des premières irrégularités en lien avec les subventions versées, que le Conseil-exécutif a demandé un audit externe, mais portant sur la procédure de commande. Or, en avril 2020, lorsque la CGes avait demandé si le système de commande de prestations présentait un potentiel d'optimisation, la délégation de la DTT avait répondu qu'elle ne voyait rien de bien important.

Pour la CGes, cela montre une fois de plus que les organes de surveillance cantonaux n'ont pris des mesures de fond pour traiter le problème que lorsque la pression publique est devenue trop forte.

Pourtant, l'audition de représentants de l'OTP par la CGes une première fois en avril 2020 puis de nouveau pour un entretien d'approfondissement en juillet 2020 a montré qu'il y aurait bien eu matière à analyser la procédure de commande plus tôt.

Par exemple, les entreprises de transport ne sont pas tenues d'appliquer des normes comptables déterminées. Il en résulte que les chiffres publiés par BLS SA dans son rapport de gestion officiel concernant le transport de voyageurs indemnisé n'étaient pas identiques aux chiffres fournis à l'OTP. L'OTP a déclaré que, faute de ressources, il n'avait pas pu étudier lui-même en détail les comptes annuels de l'entreprise. Il lui a donc fallu admettre l'hypothèse que les chiffres étaient justes et accorder une certaine confiance aux calculs présentés. Il est positif que l'OTP ait détecté en été 2019 que les recettes de la vente des abonnements demi-tarif de la communauté tarifaire Libero n'étaient pas incluses dans les offres de BLS. Mais même s'il n'y a rien d'extraordinaire à ce que les chiffres réels présentent des écarts par rapport aux chiffres prévisionnels sur lesquels reposent les offres, il est inadmissible qu'une entreprise de transport oublie une source de recettes aussi importante que la vente d'abonnements demi-tarif et tente de la justifier en invoquant la grande complexité du calcul des offres.

Dans le cadre de l'enquête sur CarPostal, la Commission de gestion du Conseil des États avait constaté que la répartition des tâches entre l'OFT et les autorités cantonales compétentes devait être améliorée. Même si l'OTP pense qu'il n'y a plus beaucoup d'optimisations à faire dans ce domaine, la CGes estime que des simplifications dans l'attribution des compétences pourraient tout à fait contribuer à renforcer la surveillance exercée par le commanditaire. Il y a également lieu de se demander si les consignes pour l'établissement des offres ne devraient pas être précisées.

Lors de leur audition par la CGes, un responsable de BLS SA a comparé la procédure d'offre à un marché dans les pays arabes ou en Asie, où les parties à la négociation ne jouent pas cartes sur table au départ :

« Ni le commanditaire ni BLS ne le font. C'est-à-dire que le canton en tant que commanditaire et BLS en tant que fournisseur ont des arrière-pensées, sachant quelles sont les marges de manœuvre dont ils disposent au niveau des offres et des coûts. Le canton le sait lorsqu'il entame la première ronde des négociations, et BLS le sait aussi. Et tout ce processus finit par aboutir au résultat de la négociation » (traduction). Une telle affirmation montre bien que BLS SA ne se rend pas toujours compte qu'elle est adossée aux pouvoirs publics qui l'indemnisent pour les prestations qu'ils lui commandent³⁸.

En octobre 2020, le Conseil-exécutif a pris connaissance du rapport RCE comme chaque année. Les voyants étaient à l'orange, et non plus au vert, alors qu'ils auraient dû être au rouge depuis longtemps compte tenu des problèmes dont les autorités avaient été informées en 2019.

24 novembre 2020 **L'OFT dépose une plainte pénale contre BLS** : dans un communiqué de presse, l'OFT annonce qu'il dépose des plaintes pénales contre BLS et contre Verkehrsetriebe Luzern en raison des subventions excessives que ces entreprises ont perçues.

Bilan

En étudiant la chronologie des faits en lien avec les problèmes d'indemnisation de BLS SA jusqu'à la fin 2020, la CGes constate que le Conseil-exécutif et la DTT en tant que représentante de l'actionnaire majoritaire se sont enfermés dans une position trop défensive³⁹.

En mars 2019, l'OFT informait le public des anomalies ayant trait au modèle de lissage des taux d'intérêt. En mars 2020, le public apprenait que des indemnités excessives avaient été perçues parce que les recettes de la vente des abonnements Libero n'avaient pas été incluses dans les offres. En septembre 2020, le CDF publiait son rapport sur l'audit de la comptabilité par secteurs de BLS SA. Et enfin, en novembre 2020, l'OFT frappait un grand coup en annonçant qu'il déposait une plainte pénale contre BLS SA en raison des subventions excessives perçues par l'entreprise. De manière générale, la Direction compétente a eu connaissance de ces faits avec plusieurs mois d'avance. Et pourtant, ni la DTT ni le Conseil-exécutif n'ont saisi ces occasions pour prendre les choses en mains et pour montrer au public leur volonté de faire la lumière sur cette affaire et d'instaurer la transparence. Il est vrai que c'est l'OTP qui a découvert les écarts portant sur les recettes de la communauté tarifaire Libero. Mais lors de son audition devant la CGes en avril 2020, le directeur de la DTT a expliqué que l'OTP avait dû faire preuve d'une grande opiniâtreté et que les contrôles n'avaient pas été appréciés chez BLS SA parce que l'Office avait creusé jusqu'à ce qu'il trouve. Pour la commission, cela aurait dû être un premier signal d'alarme incitant à renforcer l'exercice de la surveillance sur BLS SA et à ne pas abandonner au conseil d'administration le soin de faire la lumière sur cette affaire.

Mais au lieu d'entamer leur propre enquête de niveau supérieur, le Conseil-exécutif et la DTT se sont systématiquement reposés sur les investigations d'autres intervenants, que ce soit l'OFT ou le Contrôle fédéral des finances, ou encore sur l'audit approfondi demandé à PwC par le conseil d'administration de BLS SA lui-même. Le Contrôle cantonal des finances a lui aussi appelé très tôt le gouvernement – mais en vain – à engager un examen étendu afin d'éviter une perte de confiance dans BLS SA.

³⁸ Dans sa prise de position, le Conseil-exécutif indique que l'appréciation de la CGes est pertinente et renforce la déclaration de la DTT qui insiste sur le fait que la principale contribution de la DTT a été d'inciter à enquêter sur les erreurs de manière approfondie. Dans ce contexte, le Conseil-exécutif renvoie au fait qu'un système en vigueur est prégnant pour la compréhension des rôles des acteurs. Pour harmoniser cette compréhension des rôles avec les conditions du système qui se renouvellent, la DTT a vraiment réalisé une contribution centrale avec ses entretiens et la pression mise.

³⁹ Dans sa prise de position, le Conseil-exécutif indique que cette déclaration ne rend pas bien compte de la problématique et qu'elle occulte le fait que les problèmes survenus ont certes mis en lumière des insuffisances dans la gouvernance, mais qu'ils n'ont pas été déclenchés ou ne peuvent pas être réglés par la seule gouvernance. Les faits devraient d'une certaine manière esquisser les prémisses du système et sont apparus pour cette raison au cours du changement de paradigme (« pas de synergies, mais des délimitations ») au sein de différentes entreprises de transport.

L'avis de droit demandé par la CGes montre que la nature de société anonyme de droit privé BLS SA ne justifie pas non plus l'attitude passive du Conseil-exécutif et de la Direction compétente. Comme exposé sous le chiffre 4.1, le canton dispose de multiples possibilités pour exercer une influence sur les entreprises dans lesquelles il détient des participations. Il est entendu que l'État, en situation normale, est tenu de respecter la compétence première du conseil d'administration et de faire preuve de retenue lorsqu'il s'agit de peser sur la définition des orientations stratégiques⁴⁰. Mais en même temps, ce n'est pas en interdisant au propriétaire d'exercer la moindre influence directe sur l'évolution stratégique de son entreprise ou en le lui permettant uniquement sous réserve que cela soit explicitement prévu dans une base légale, au niveau fédéral par exemple, que l'on peut résoudre les tensions entre la conduite par le conseil d'administration et la conduite par l'État⁴¹. Ainsi, les auteurs de l'avis de droit battent en brèche l'idée largement répandue dans l'opinion publique que les devoirs d'égalité de traitement en droit des sociétés anonymes prévus par le Code des obligations (cf. art. 706, al. 2, ch. 3 et art. 717, al. 2 CO) interdisent à l'État en sa qualité d'actionnaire d'avoir un accès privilégié à des informations. En effet, du fait de sa proximité avec l'entreprise due à des raisons d'organisation, le canton dispose souvent intrinsèquement de meilleures informations que les actionnaires privés⁴². Il convient en outre de faire une distinction entre les intérêts et les responsabilités de l'État et ceux des actionnaires privés. L'État a un intérêt spécifique, à savoir que l'entreprise fasse passer l'accomplissement d'une tâche publique au service du bien commun avant des objectifs de rentabilité. L'avis de droit constate que, manifestement, tous les actionnaires ne se trouvent pas dans la même situation si bien qu'il n'y a pas lieu d'imposer une égalité de traitement en matière d'information entre tous les actionnaires⁴³.

Bien que BLS SA ne soit pas cotée en bourse, elle est tenue de respecter les prescriptions du droit du marché des capitaux parce qu'elle a émis des obligations en bourse. L'avis de droit Müller/Friederich explique que l'État occupe une position spéciale dans l'environnement du marché des capitaux : il existe des motifs justifiant d'accorder un privilège en matière d'information à l'État en sa qualité de gros actionnaire, y compris dans des entreprises cotées en bourse, même si son accès privilégié à des données ayant une influence sur les cours ne l'autorise pas, à juste titre, à en tirer des avantages directs sur ce marché⁴⁴.

L'avis de droit ajoute que la maxime de la proportionnalité inscrite dans la Constitution fédérale s'applique aussi à la surveillance exercée par l'État sur ses entreprises. Ainsi, le défi pour le Conseil-exécutif réside avant tout dans la pesée des intérêts à faire entre l'autonomie de l'entreprise et la responsabilité politique. La proportionnalité ne sert pas à jauger uniquement ce qui est permis ; elle indique aussi ce qui doit être fait : lorsque les circonstances le commandent, elle peut aussi fonder un mandat d'agir, en vertu du droit de la surveillance ou d'autres prescriptions légales⁴⁵, peut-on lire dans l'avis de droit Müller/Friederich. En l'espèce, la CGes estime que les faits étaient suffisamment clairs pour imposer une intervention du Conseil-exécutif⁴⁶.

Lors de son examen du cas de BKW SA, la commission avait déjà constaté que l'administration et encore plus les responsables des entreprises dans lesquelles le canton détient des participations ne se rendaient pas toujours bien compte qu'ils dirigent une entreprise en mains étatiques. C'est pourquoi la CGes a recommandé, dans le dossier BKW SA, que le Conseil-exécutif présente régulièrement au Grand Conseil des rapports sur ses participations les plus importantes. Cela donnerait au parlement l'opportunité d'exercer une influence plus marquée dans ce domaine. Jusqu'ici, il ne pouvait le faire qu'au travers d'interventions parlementaires et de l'examen des projets de loi pertinents, sachant qu'en l'espèce il n'y a même pas de loi relative à BLS SA. La présentation de rapports réguliers obligerait le Conseil-exécutif à rendre

⁴⁰ Avis de droit Müller/Friederich, p. 28.

⁴¹ Avis de droit Müller/Friederich, p. 28.

⁴² Avis de droit Müller/Friederich, p. 42.

⁴³ Avis de droit Müller/Friederich, p. 43.

⁴⁴ Avis de droit Müller/Friederich, p. 47.

⁴⁵ Avis de droit Müller/Friederich, p. 33.

⁴⁶ Dans sa prise de position, le Conseil-exécutif indique que la Direction compétente et lui ont évalué la situation avec soin. Il convient de remarquer que la chronologie a joué un grand rôle lors de l'évaluation ultérieure. Le fait que le Conseil-exécutif et la direction en question soient arrivés à d'autres conclusions que la CGes peut notamment s'expliquer par le fait qu'avec la distance temporelle, les faits ont révélé une image plus claire et plus complète qu'au moment de la décision. En outre, le propriétaire est également responsable, en plus de la surveillance, de veiller sur l'entreprise.

compte de la manière dont il exerce ses attributions de surveillance. Elle pourrait également contribuer à rendre les entreprises plus conscientes du fait qu'elles sont au service du public et de l'État.

Recommandation 2 : Le Conseil-exécutif utilise activement les instruments dont il dispose pour exercer la surveillance sur BLS SA et il intervient lorsque des intérêts étatiques sont en péril.

Recommandation 3 : Le Conseil-exécutif tire les enseignements de l'audit de la procédure de commande et œuvre en particulier afin d'instaurer un partage clair des tâches avec l'OTF.

Recommandation 4 : Pour que les entreprises dans lesquelles le canton détient des participations prennent davantage conscience de leur statut étatique, le Conseil-exécutif présente au Grand Conseil des rapports périodiques sur les principales participations cantonales, dans lesquels il rend compte de la manière dont le gouvernement, la Direction compétente et, le cas échéant, les personnes représentant le canton exercent leur fonction de surveillance.

5.3 Conflits d'intérêts⁴⁷

La stratégie de surveillance du Conseil-exécutif relative à BLS SA stipule que le rôle de propriétaire et le rôle de commanditaire doivent être assurés par des services différents de la DTT afin d'éviter les conflits d'intérêts. Le rôle du propriétaire est assumé par le secrétariat général de la Direction, qui est également chargé des contacts avec le représentant du canton au sein du conseil d'administration de BLS SA. Le rôle du commanditaire est endossé par l'OTP.

Il est juste de dire que le commanditaire et le propriétaire ont de nombreux intérêts en commun : l'un et l'autre devraient en principe avoir intérêt à ce que BLS SA puisse accomplir son mandat de prestations le mieux possible et fournisse des prestations de transport économiques et de bonne qualité. Il est néanmoins normal que leurs intérêts ne soient pas toujours convergents : pour schématiser, le canton-commanditaire veut des prestations de transport à un prix aussi intéressant que possible tandis que le canton-propriétaire veut que l'entreprise conserve la meilleure santé économique possible et soit rentable. C'est d'ailleurs bien ainsi que les représentants du conseil d'administration de BLS SA voient les choses : pour eux, le point de vue est totalement différent selon que l'on regarde le problème sous l'angle du propriétaire ou sous l'angle du commanditaire.

Si le point de vue du commanditaire et celui du propriétaire sont représentés par deux offices différents, mais au sein de la même Direction, cela ne suffit pas à éliminer le risque de conflits d'intérêts, estime la CGes⁴⁸.

Les auditions qu'elle a menées ont montré que le secrétariat général et l'OTP avaient des échanges ouverts et qu'une pesée des intérêts entre commanditaire et propriétaire était parfois pratiquée au niveau de la Direction. Mais comment faut-il procéder dans un cas comme celui des subventions excessives ? Le

⁴⁷ Dans sa prise de position sur le présent chapitre, le Conseil-exécutif indique être prêt à évaluer la thématique d'éventuels conflits d'intérêts et, dans ce contexte, la création d'un centre de compétences (interdirectionnel) propre au canton pour les participations (afin d'endosser le point de vue du propriétaire). Il souligne néanmoins que dans le présent cas, les éventuels conflits d'intérêts entre commanditaires et propriétaires sont dans la pratique subordonnés à un intérêt politique commun (des prestations de transport de qualité et abordables). Du point de vue du Conseil-exécutif, le système actuel consistant à implanter les thèmes des propriétaires et commanditaires au sein de la même direction, mais dans des offices différents, a fait ses preuves. Dans ce contexte, le Conseil-exécutif avertit déjà que la création d'un centre de compétences propre au canton demanderait probablement plus de personnel et entraînerait plus d'interfaces. « Cette charge supplémentaire ne suffirait néanmoins pas à résoudre le conflit d'intérêt, mais se limiterait à le déplacer à un autre niveau. » Le Conseil-exécutif recommande tout particulièrement de ne pas perdre de vue les coûts financiers et la proportionnalité lors de l'évaluation de l'idée de la CGes.

⁴⁸ Dans sa prise de position, le Conseil-exécutif indique que la CGes constate aussi des interactions entre commanditaire et propriétaire. Ainsi, la CGes n'est pas non plus en mesure d'examiner vraiment séparément les rôles dans son rapport. En raison de l'intérêt politique supérieur, les rôles s'entremêlent et une séparation stricte n'est pas souhaitable, puisque l'évaluation politique nécessite des connaissances du domaine et des informations contextuelles qui permettent de coordonner et de respecter avec efficacité l'intérêt commun (bien commun). Une séparation stricte entre propriétaire et commanditaire crée en revanche une opposition artificielle, alors que le contrôle politique est plus important. « Le Conseil-exécutif salue donc le rapport et l'évaluation de la CGes. »

commanditaire devrait exercer un contrôle sur BLS SA, et donc indirectement sur son propriétaire, pour s'assurer que les principes d'indemnisation sont respectés. Rapporté à l'organisation de la DTT, cela signifie que l'OTP, qui assume le rôle du commanditaire, devrait exercer la surveillance sur le secrétariat général, qui assume le rôle du propriétaire. Or, dans le fonctionnement normal de l'administration, la surveillance est exercée dans le sens inverse puisque le secrétariat général fonctionne comme la plateforme centrale du directeur des transports.

Les différents rôles du canton ont aussi été abordés lors de l'entretien avec le représentant cantonal, notamment la question de savoir comment il comprend sa tâche de représentant des intérêts du canton au sein du conseil d'administration. Le représentant du canton a expliqué que le canton endosse différents rôles : celui de propriétaire est différent de celui de commanditaire. Il essaie quant à lui d'endosser un rôle générique.

La même question se pose en ce qui concerne le directeur de la DTT : quelle casquette doit-il porter⁴⁹, en particulier lorsqu'il lui faut défendre un dossier en lien avec BLS SA devant le Conseil-exécutif ? Du point de vue du commanditaire, il est clair que le trop-perçu des indemnités doit être remboursé. Mais il est envisageable que l'actionnaire ait un point de vue plus nuancé sur la question : en principe, il a intérêt à ce que l'entreprise soit crédible et se comporte correctement ; mais en même temps, il a intérêt à ce qu'il n'y ait pas de ponctions sur ses liquidités. Dans le dossier du modèle de lissage des taux d'intérêt, les deux rôles peuvent diverger. Ce modèle a été approuvé par l'OFT pendant plusieurs années. Son utilisation était donc largement admise, jusqu'à ce que l'OFT commence soudainement à la mettre en doute suite au scandale de CarPostal. Dans ce contexte, le représentant du propriétaire aurait eu des raisons de se mobiliser pour que l'entreprise n'ait pas à rembourser les fonds.

Il paraît donc utile à la CGes de réfléchir à transférer le rôle du propriétaire dans une autre Direction afin qu'il y ait moins de conflits d'intérêts entre le service qui assume le rôle du commanditaire et celui qui assume le rôle du propriétaire. On pourrait peut-être même envisager de réunir dans une seule Direction le rôle de propriétaire pour toutes les participations cantonales. La commission voit là l'opportunité de professionnaliser l'exercice de la surveillance sur ces activités. Le service chargé de cette surveillance pourrait fonctionner comme un centre de compétences cantonal pour toutes les participations car un grand nombre de questions qui se posent dans la gestion des participations ne se rapporte pas aux domaines d'activité des entreprises concernées, mais découle plutôt de la forme juridique de la participation. S'il s'agit de sociétés anonymes, il est tout aussi important de savoir comment le canton peut faire entendre sa voix dans le cadre du Code des obligations, et plus spécialement du droit des sociétés anonymes, que d'avoir des connaissances techniques propres à l'activité. Ce centre de compétences pourrait développer son savoir-faire au fil du temps si bien qu'il deviendrait inutile, par exemple, de faire appel à des spécialistes externes pour obtenir un avis sur la question de la décharge, comme l'a fait la DTT concernant BLS SA. Au lieu de cela, les connaissances nécessaires seraient concentrées au sein de l'administration. Cela pourrait alléger la charge de travail des secrétariats généraux des différentes Directions qui assument aujourd'hui cette tâche (notamment la DEEE, l'INC, la FIN et la DSSI).

Recommandation 5 : Le Conseil-exécutif procède à des adaptations organisationnelles pour éviter autant que possible les conflits d'intérêts. Il envisage en particulier la création d'un centre de compétences cantonal qui exercerait la surveillance du propriétaire sur toutes les participations importantes du canton.

⁴⁹ Le Conseil-exécutif indique dans sa prise de position que le directeur des transports devrait agir en donnant la priorité à l'intérêt commun du commanditaire et du propriétaire. Cela vaut aussi pour le représentant du canton qui dit s'efforcer de prendre de la hauteur, comme l'indique la CGes dans son rapport.

5.4 Rôle du représentant du canton⁵⁰

En vue du changement de législature en juin 2018, le Conseil-exécutif a décidé qu'il ne se ferait plus représenter dans les conseils d'administration de BKW SA et de BLS SA par l'un de ses membres, mais qu'il mandaterait à cet effet des personnes externes à l'administration.

Le gouvernement a élaboré une stratégie de controlling pour les représentations cantonales de cette nature, laquelle définit notamment la mission de la personne chargée de la représentation :

- Elle suit l'évolution de l'entreprise et vérifie si les propositions soumises au conseil d'administration sont compatibles avec les intérêts de l'entreprise et avec la stratégie de propriétaire du canton.
- Elle veille au respect de la législation et s'engage pour une gestion économe, rentable et respectueuse de l'égalité.
- Le tiers mandaté communique les informations pertinentes au Conseil-exécutif et à la DTT lors d'entretiens semestriels en leur présentant les comptes rendus suivants :
 - a. rapports de situation en cas d'événements particuliers ou de décisions importantes ;
 - b. présentations dans le cadre du rapport RCE annuel ;
 - c. propositions de décision avant l'assemblée générale.

La CGes a acquis la conviction que l'influence du canton au sein du conseil d'administration de BLS SA s'est affaiblie depuis qu'il est représenté par une personne externe, et non plus par un membre du gouvernement. Avant 2018, le président du conseil d'administration de BLS discutait toujours de l'ordre du jour des séances du conseil d'administration avec la directrice des travaux publics, des transports et de l'énergie, qui représentait le canton dans cet organe. Le conseil d'administration connaissait ainsi la position du canton, laquelle avait une influence directe sur lui aux dires de son président. Le conseil d'administration était moins libre parce que le canton s'exprimait directement en son sein⁵¹.

Le nouveau modèle laisse une plus grande indépendance d'action au conseil d'administration. Cela est corroboré par le représentant du canton lorsqu'il dit avoir voté sur la base d'instructions claires du Conseil-exécutif deux fois seulement durant les deux premières années, une fois concernant la décision de demander une concession de transport longue distance et l'autre fois concernant l'acquisition de la société Crossrail par BLS Cargo. Cela veut dire que le représentant du canton n'a reçu aucune instruction concernant l'élucidation des irrégularités en lien avec les indemnités versées en trop avant son audition en avril 2020.

L'appréciation du président du conseil d'administration sur la plus grande indépendance d'action de cet organe n'est pas le seul élément qui donne à la CGes l'impression que le canton exerce moins son influence

⁵⁰ Dans sa prise de position relative au présent chapitre, le Conseil-exécutif écrit avoir pris connaissance des appréciations de la CGes. Dans ce contexte, il fait néanmoins remarquer que l'ancien modèle de représentation avec un membre du gouvernement siégeant au conseil d'administration est considéré comme extrêmement délicat aujourd'hui d'après les enseignements tirés quant à la gouvernance et aux conflits de rôles. Les prescriptions actuelles de l'OFT ne permettent donc plus un tel modèle. Le Conseil-exécutif est d'avis que le nouveau modèle de représentation correspond à la recommandation issue des enseignements. Il est utilisé pour pratiquement toutes les entreprises d'économie mixte avec participation étatique. Ce n'est que récemment que le Conseil-exécutif a évalué à l'interne le nouveau modèle de représentation et il l'a jugé bon dans l'ensemble. Le Conseil-exécutif ajoute que, de son point de vue, le représentant du canton au conseil d'administration de BLS fait « du bon travail ». Selon lui, il a participé de façon déterminante à la gestion de la crise et a amplement contribué à une amélioration rapide. Le Conseil-exécutif ne comprend donc pas l'avis de la CGes selon lequel le représentant du canton accorde trop d'importance aux intérêts de l'entreprise. Il existe certaines incertitudes juridiques quant au droit d'instruction de l'Etat face à son représentant. « Une réglementation dans le droit des obligations permettant d'éclaircir ces incertitudes serait la bienvenue. » La doctrine, par exemple, est partagée sur la question de savoir jusqu'à quel point il est possible de donner des consignes concrètes. Une partie de la doctrine rejette toute directive concrète et contraignante de l'actionnaire portant sur des affaires de nomination ou des affaires courantes qui relèvent du domaine de compétences intransmissible et inaliénable du conseil d'administration. Selon d'autres avis, un actionnaire peut donner une instruction dans un cas concret même pour des questions de gestion stratégique. Le Conseil-exécutif a pris cette zone de tension en compte dans son commentaire sur le chiffre 12.6 des lignes directrices de la gouvernance d'entreprise publique et a adopté un avis nuancé. Ainsi, les représentantes et représentants du canton ne devraient par exemple pas assumer en même temps des fonctions de surveillance et des fonctions de client ou d'acheteur. En outre, des mesures ont été définies dans la stratégie de surveillance afin d'éviter les conflits de rôles et, en cas de conflits d'intérêts, une instruction de la Direction compétente doit être sollicitée, de même qu'en cas de conflits de rôles fondamentaux il faut vérifier si la représentation du canton est opportune. Pour le Conseil-exécutif, cette position nuancée conserve toute sa validité, en particulier en regard des nouveaux avis qui se contredisent parfois sur la question du droit d'instruction.

⁵¹ Le Conseil-exécutif écrit par rapport à ce paragraphe que l'ancien système ne garantissait pas non plus qui influençait qui, et n'offrait à cet égard pas plus de transparence non plus. Une personne mandatée à l'externe et des processus fixes selon les lignes directrices de gouvernance d'entreprise publique et la stratégie de controlling apporteraient en revanche de la transparence. Comme avancé par la CGes, le représentant du canton a reçu deux fois une instruction, ce qui est plutôt beaucoup. Les instructions sont nécessaires lorsque l'objectif ne peut être atteint d'une autre façon. Un échange régulier devrait permettre d'ajuster les positions, ce qui rend une instruction superflue. Par exemple, en amont de l'assemblée générale de 2021, des discussions intensives ont eu lieu entre la DTT, BLS et le représentant du canton. Par la suite, BLS a supprimé la délivrance de la décharge de la liste des points à l'ordre du jour. Aucune instruction n'a été nécessaire. Il faut voir l'instruction comme un instrument de dernier recours.

au sein de cet organe. Le représentant du canton, lui non plus, n'a pas pu lui démontrer de manière convaincante qu'il place les intérêts du canton au-dessus de ceux de l'entreprise et qu'il représente effectivement le canton dans cet esprit : il a déclaré à la CGes qu'il ne voulait pas s'allier à une minorité de blocage au sein du conseil d'administration et s'opposer à quelque chose en faisant valoir qu'il représentait 55 pour cent des actions. Concernant le conflit d'intérêts entre le rôle du commanditaire et celui du propriétaire, il dit s'efforcer de prendre de la hauteur. Aux yeux de la commission, il est clair que le représentant du canton au sein du conseil d'administration doit représenter le canton en tant qu'actionnaire. En effet, le profil d'exigences du représentant du canton stipule que la personne choisie doit pouvoir faire siens les intérêts fondamentaux du canton de Berne en sa qualité de *propriétaire* et avoir la volonté de coopérer constructivement et étroitement avec le canton.

À la lumière de ces éléments, il n'y a rien d'étonnant à ce que la CGes ait constaté que les positions du représentant du canton lors de son audition étaient, sur bien des points, beaucoup plus proches de celles du conseil d'administration, et donc de l'entreprise, que de celles de la DTT. Par exemple, le représentant du canton a critiqué le fait que les questions de la commission impliquent que BLS SA ait commis des fautes alors que la commission n'avait jusque-là jamais directement entendu l'entreprise. Il a souligné que la présomption d'innocence était censée s'appliquer, mais qu'il en percevait peu de signe de la part de la CGes⁵². Parlant du pool de locomotives, il a affirmé qu'il ne voyait en réalité rien de douteux. Globalement, le représentant cantonal concluait que les écarts relevés dans le modèle de lissage des taux d'intérêt et dans les imputations internes pour le pool de locomotives ne trouvaient pas leur origine dans de prétendus manquements comptables⁵³. Selon lui, le montant de la facturation d'une heure de conducteur de locomotive ou d'utilisation d'une locomotive, les amortissements ou encore le modèle de lissage des taux d'intérêt n'ont rien à voir avec des problèmes ou des défaillances dans la comptabilité. Tous ces aspects relèvent de l'exploitation, un domaine dans lequel, a-t-il affirmé, on peut avoir de bonne foi des avis différents.

La CGes a observé que la position du représentant du canton était largement calquée sur celle du président du conseil d'administration, ce que confirme la revendication exprimée par ce dernier avant les auditions devant la commission : il a déclaré que le conseil d'administration s'exprimerait d'une seule voix et qu'il fallait regrouper les créneaux horaires prévus pour auditionner séparément le représentant du canton et lui-même, comme si le canton n'avait au fond absolument aucun intérêt spécifique que le représentant du canton aurait pour mission première de faire valoir au sein du conseil d'administration.

Selon la commission, si un tel fossé a pu se creuser entre le rôle de représentant du canton et celui d'administrateur, cela tient peut-être entre autres au fait que les buts concrets du canton ne sont pas définis de façon suffisamment précise dans la législation et dans les statuts. Si BLS SA faisait l'objet d'une loi qui détaille sa mission concrète, il ne devrait plus y avoir de divergences notables entre les intérêts de l'État et ceux de la société. Et lorsque les intérêts de l'entreprise et ceux du bien commun divergent néanmoins, la surveillance est là pour apporter les corrections qui s'imposent ou alors l'État décide de se retirer totalement de l'entreprise⁵⁴.

⁵² Dans sa prise de position, le représentant du canton explique que les principes de droit généraux tels que la présomption d'innocence et le principe de la bonne foi sont importants à ses yeux. Les questions posées dans l'invitation à l'audition du 30 avril 2020 (« Qu'est-ce qui a mené aux anomalies comptables (modèle de lissage, Libero, subventions croisées du pool de locomotives) ? Qui porte la responsabilité de ce manque ? Quels enseignements ont pu être tirés jusqu'à présent ? ») lui ont donc donné du fil à retordre, notamment au vu des découvertes qui lui ont été présentées en avril 2020. En lisant cette affirmation dans l'évaluation générale d'un rapport sur un audit spécial de la révision de l'OFT du 7 mars 2019 relatif au modèle de lissage (« Le modèle de lissage a été utilisé par BLS SA en concertation avec les commanditaires, mais il n'est pas adéquat et a entraîné la perception d'indemnités excessives par BLS SA depuis 2004 (...) Malheureusement, l'OFT ne s'en est pas aperçu. » (traduction)), il ne peut tout simplement déceler aucune anomalie d'ordre comptable. En outre, il dit avoir donné l'explication suivante lors de l'audition du 30 avril 2020 : « D'après mon état actuel de connaissances, j'ai l'impression que la comptabilité interne de BLS, c'est-à-dire la comptabilité d'exploitation, la comptabilité analytique et le calcul des coûts unitaires, est trop peu intégrée, pas assez perméable. Le travail se fait encore trop de façon artisanale avec des tableaux Excel et cela entraîne des ruptures de support. » Cette déclaration cruciale est omise dans le rapport. Par ailleurs, il lui semble légitime, en tant que représentant du propriétaire au conseil d'administration de BLS SA et en tant que juriste, de remettre en question l'applicabilité juridique du remboursement exigé dans le cadre du modèle de lissage, d'autant plus qu'il doit décider selon la stratégie de controlling « pour le bien de l'entreprise et du canton ». « Cela vous a apparemment donné l'impression que j'ai endossé la position de l'entreprise (sans faire suffisamment preuve d'esprit critique), une conception que je ne partage pas », écrit-il.

⁵³ Dans sa prise de position, le représentant du canton a expliqué qu'il avait fait les déclarations sur le pool des locomotives et les modèles de lissage correspondants dans la perspective d'un rapport de la révision de l'OFT du 30 janvier 2020.

⁵⁴ Avis de droit Müller/Friedrich, p. 30.

En outre, contrairement à ce qu'exige l'article 2, alinéa 4 de l'ordonnance sur les représentants et les représentantes du canton, le représentant du canton chez BLS SA n'a pas signalé en temps utile au Contrôle des finances les problèmes d'indemnisation.

La CGes estime que ce n'est pas le nouveau modèle de représentation du canton en soi qui est à remettre en cause. Le précédent modèle, selon lequel les membres du gouvernement siégeaient dans les conseils d'administration, présentait des inconvénients de taille. En effet, un conseiller ou une conseillère d'État qui siège dans un conseil d'administration doit de fait exercer la surveillance sur un organe dont il est membre lui-même. La commission comprend donc que le gouvernement ait décidé, pour des raisons de gouvernance, de retirer ses membres des conseils d'administration de BKW SA et de BLS SA. La Confédération a d'ailleurs fait de même il y a bien longtemps déjà. En fin de compte, ce n'est pas par quels moyens le Conseil-exécutif exerce son influence sur les entreprises dans lesquelles il détient des participations qui est déterminant aux yeux de la commission. Ce qui compte, c'est que le Conseil-exécutif exerce *effectivement* son influence.

Recommandation 6 : Le Conseil-exécutif crée des instruments et prend des dispositions (p. ex. réglementation des instructions) visant à renforcer son influence sur BLS SA et plus spécialement sur son conseil d'administration⁵⁵.

5.5 Relations avec les organes de surveillance du canton⁵⁶

Pendant toute l'investigation, la CGes comme le Contrôle des finances ont constaté chez BLS SA et au sein de la Direction concernée une certaine résistance envers leur activité de surveillance dans la mesure où des documents n'ont été communiqués qu'à contrecœur et la compétence de l'organe de surveillance a été mise en doute.

a) Commission de gestion

Lorsque la CGes a entamé son programme KoTrA fin 2019, elle a invité instamment le Conseil-exécutif à lui remettre aussi les rapports d'audit du Contrôle des finances. Le gouvernement a chargé la DTT de remettre à la commission les documents nécessaires. Inexplicablement, les documents fournis ne comprenaient pas les rapports d'audit du Contrôle des finances qui avaient été demandés. Si, par la suite, la DTT s'est montrée généralement coopérative avec la CGes, cela n'a été le cas que de manière limitée chez BLS SA.

Suite à sa convocation à une audition devant la commission, le président du conseil d'administration a répondu, dans un courrier d'avril 2020, que la participation de BLS SA à l'audition ne valait en aucun cas re-

⁵⁵ Dans sa prise de position, l'ancien président du conseil d'administration indique que le rapport de la CGes dépeint de façon très critique le rôle et le comportement du responsable du canton. Il ne peut en aucun cas partager ces appréciations. Selon lui, le représentant du canton a en tout temps exigé et imposé avec insistance la clarification des erreurs trouvées et leur correction. Son contact très étroit avec la DTT et l'OTP a contribué à plus de transparence vis-à-vis des organes cantonaux et a permis non seulement de prendre en compte les demandes urgentes du canton, mais aussi de les traiter au plus vite en fonction de l'urgence, selon l'ancien président. Il n'est pas exagéré de dire que la répartition idéale du travail entre le représentant et lui-même a vraiment contribué à traiter les incidents de façon structurée et à redresser la situation très rapidement en étroite collaboration avec la DTT.

⁵⁶ Dans sa prise de position relative au présent chapitre, le Conseil-exécutif indique qu'il regrette la mauvaise humeur de la CGes à l'égard des organes de surveillance du canton. Selon lui, l'avis de droit Stöckli a éclairci des questions pertinentes. Il promet à la CGes une bonne collaboration avec les organes de surveillance à l'avenir. En parallèle, le Conseil-exécutif explique qu'à son avis, la procédure du conseil d'administration en lien avec le rapport PwC n'était pas fautive. En effet, les organes de surveillance ont eu la possibilité (et l'ont toujours) de consulter le rapport. « Le caviardage des données personnelles semble correct aux yeux du Conseil-exécutif, en particulier dans la perspective d'une éventuelle procédure pénale. » La procédure incluant la consultation n'est pas inhabituelle et est adaptée à la situation. Le Conseil-exécutif voit aussi une raison pour la contrariété actuelle dans les rapports difficiles en ce moment entre l'administration et le CF. Il regrette la situation et espère des améliorations. Dans le cas présent, le Conseil-exécutif aurait néanmoins souhaité plus de neutralité et moins de spéculation de la part du CF. Il regrette par exemple que le CF ne se soit pas joint à l'enquête du CDF. Il aurait en outre apprécié que le CF consulte le rapport PwC, comme discuté avec le directeur des transports, et appuie sa position avec des informations factuelles de première main. « En particulier si l'on considère que le Conseil-exécutif et le CF partagent tous deux la même requête centrale, à savoir la réalisation en bonne et due forme de la surveillance et l'analyse complète des événements. » Le Conseil-exécutif précise qu'il lui tient aussi à cœur qu'il n'y ait pas de zone d'ombre dans les actions étatiques ni dans le contrôle démocratique. Il soutient donc la demande de la CGes dans ce sens.

connaissance d'une obligation légale et que la commission, pas plus que le Contrôle cantonal des finances, n'avait le statut d'instance de contrôle de BLS SA. Avant l'audition, la CGes a renvoyé un courrier de mise au point, dans lequel elle disait clairement qu'une telle affirmation était inacceptable de la part d'une entreprise qui a le canton de Berne comme actionnaire majoritaire. Elle rappelait que l'article 37, alinéa 2, lettre a du règlement du Grand Conseil (RGC) lui confère l'attribution d'exercer la haute surveillance sur les autres organisations chargées de tâches publiques, dont BLS SA fait partie. En outre, l'article 37, alinéa 1, lettre b de la loi sur le Grand Conseil (LGC) l'habilite explicitement à traiter directement avec les autres organisations chargées de tâches publiques et les allocataires de subventions cantonales pour exiger les renseignements ou documents utiles ou les consulter. L'alinéa 2 ajoute que les commissions de surveillance statuent définitivement sur l'exercice de leur droit à l'information. Comme le précise le rapport explicatif (p. 22), ces dispositions donnent la garantie que ce sera non pas l'organe soumis au contrôle mais l'organe exerçant le contrôle qui détermine l'étendue et l'exercice du droit à l'information. Les autres organisations chargées de tâches publiques selon l'article 95 ConstC sont clairement soumises à la surveillance du Conseil-exécutif et à la haute surveillance du Grand Conseil (art. 78 ConstC).

Lors de son audition, le président du conseil d'administration a mentionné l'audit externe réalisé par PwC. La CGes a exprimé son intérêt oralement et a demandé si elle pouvait recevoir le rapport lorsqu'il serait prêt. La réponse a été formulée de telle manière que BLS SA semblait disposée à communiquer cette pièce. Le président du conseil d'administration a cependant précisé que la décision appartenait au Conseil-exécutif, en l'espèce à M. Neuhaus. Par courrier du 7 mai 2020, le président du conseil d'administration de l'époque et le représentant du canton au conseil d'administration de BLS SA ont appris à la CGes qu'ils interviendraient au sein du conseil d'administration pour que le rapport d'audit de PwC puisse être mis aussi à la disposition de la commission. Mais lorsque le rapport a été prêt à l'automne 2020, il y a eu un revirement soudain : le conseil d'administration était disposé uniquement à fournir à la CGes une version caviardée du rapport, qui plus est seulement dans les locaux de PwC. La commission n'a pas renoncé à déterminer elle-même comment elle voulait obtenir un document pertinent pour ses investigations et elle a exigé du conseil d'administration qu'il lui fournisse une version non caviardée du rapport PwC, non sans préciser qu'elle prendrait des dispositions étendues pour garantir la confidentialité du document. Le conseil d'administration a rejeté la demande de la CGes, raison pour laquelle celle-ci s'est ensuite adressée au Conseil-exécutif (*cf. communiqué de presse de la CGes du 15 janvier 2021 « La Commission de gestion demande un rapport complet sur les recettes de l'abonnement demi-tarif »*). Le Conseil-exécutif n'a pas pour autant jugé utile d'intervenir auprès de BLS SA pour qu'elle remette le rapport PwC à la commission.

Pour la CGes, la démarche des responsables de BLS SA n'est pas acceptable d'un point de vue institutionnel : dans les faits, c'est le conseil d'administration de la société, c'est-à-dire l'organe soumis au contrôle, qui a déterminé les règles du jeu devant s'appliquer à l'exercice de la haute surveillance. Le conseil d'administration de BLS SA a d'ailleurs eu le même comportement vis-à-vis de l'OFT et vis-à-vis du Conseil-exécutif. Le même conseil d'administration dans la nomination duquel le canton en tant qu'actionnaire majoritaire avait joué un rôle déterminant et au sein duquel il avait un représentant. Le fait que le gouvernement en tant que représentant de l'actionnaire majoritaire n'a pas tenu un langage clair au conseil d'administration et s'est laissé dicter les conditions de la consultation du rapport n'est pas compatible avec la conception que la CGes se fait de la surveillance.

Les experts mandatés par la CGes voient dans le refus de livrer à la commission le rapport PwC sans caviardage non seulement un comportement extrêmement discutable, mais un agissement contraire au droit en vigueur. Ils rappellent la disposition de la loi sur le Grand Conseil attribuant à la commission la prérogative de statuer définitivement sur l'exercice de son droit à l'information (*cf. art. 37, al. 2 et art. 38, al. 3 LGC*), précisant que le Conseil-exécutif comme les organes de direction des entreprises étatiques sont tenus de se soumettre à cette décision⁵⁷. Ce qui est en jeu, c'est le fonctionnement même de la surveillance et de la haute surveillance, c'est-à-dire des mécanismes institutionnels centraux du système politique.

⁵⁷ Avis de droit Müller/Friederich, p. 37.

b) Contrôle des finances

Le Contrôle des finances a rencontré une résistance encore plus étendue lors de ses audits, à la fois de la part de BLS SA et de la part de la Direction compétente.

En décembre 2019, le Contrôle des finances avait prévu de procéder à un contrôle de l'utilisation des subventions cantonales chez BLS SA. Mais celle-ci a estimé qu'il n'avait pas la légitimité pour ce faire. Selon le Contrôle des finances, elle a invoqué qu'en vertu du droit fédéral seuls l'OFT et le Contrôle fédéral des finances étaient habilités à effectuer des audits dans le domaine du transport régional de voyageurs et que les dispositions du droit des sociétés anonymes et du droit boursier interdisaient que le Contrôle des finances du canton de Berne bénéficie de privilèges par rapport aux autres actionnaires. Le Contrôle des finances a jugé que ces arguments ne constituaient pas des motifs valables. N'ayant pas pu trouver un terrain d'entente avec BLS SA, il lui a communiqué en avril 2020 une décision dans laquelle il exprimait les exigences suivantes :

- 1. BLS SA doit permettre au Contrôle des finances du canton de Berne de consulter tous les documents commerciaux de l'entreprise nécessaires pour le contrôle de l'utilisation des subventions accordées par le canton.
- 2. BLS SA doit remettre au Contrôle des finances du canton de Berne les procès-verbaux des séances du conseil d'administration et de ses comités des années 2018, 2019 et 2020.

BLS SA a recouru dans les délais contre cette décision. La procédure est en cours devant le Tribunal administratif du canton de Berne. Selon le Contrôle des finances, il pourrait falloir des années avant qu'une décision exécutoire soit rendue.

Un an auparavant, en avril 2019, le Contrôle des finances avait demandé à la Direction compétente divers documents au sujet des échanges entre le canton et BLS SA. La première réaction de la DTT, rapporte-t-il, avait été de dire qu'elle n'avait pas d'informations à ce sujet. Le Contrôle des finances s'est donc adressé directement à l'OFT. Plus tard, la DTT a refusé de remettre certains documents, arguant que BLS SA les avait classifiés « hautement confidentiel ». Elle a précisé qu'elle avait demandé à la Chancellerie d'État de déterminer quels documents elle devait communiquer au Contrôle des finances. La Chancellerie d'État a conforté la position du Contrôle des finances, et pourtant les documents en question ne lui ont toujours pas été fournis. La DTT a dit avoir renoncé à les transmettre car BLS SA lui avait rappelé de manière pressante que la communication de ces documents était extrêmement délicate pour la société en raison des dispositions du droit des sociétés anonymes. À l'évidence, l'influence exercée par BLS SA était tellement forte que la Direction a pu se permettre d'ignorer purement et simplement les clarifications juridiques apportées par la Chancellerie d'État.

Dans son rapport de contrôle de la fin juin 2020, le Contrôle des finances juge que la collaboration avec la DTT pendant toute la durée du contrôle a été critique et problématique. Par exemple, il a dû attendre la mi-février 2020, soit 20 mois après que la DTT a été informée des problèmes en lien avec le modèle de lissage des taux d'intérêt, pour recevoir des documents relatifs aux séances entre BLS SA et la DTT ainsi qu'entre BLS SA et le Conseil-exécutif pendant la période concernée.

En outre, c'est par des tiers que le Contrôle des finances a eu connaissance, en avril 2020, d'un courrier de BLS SA à l'OFT comportant deux pièces jointes alors qu'il est établi que ce courrier avait été envoyé en copie au secrétaire général de la DTT et à l'OTP. Lorsque le Contrôle des finances a demandé ces documents une première fois à l'OTP, il s'est heurté à une fin de non-recevoir invoquant des raisons de confidentialité. Il a dû rappeler que l'OTP était soumis à sa surveillance pour obtenir enfin les documents en question. Il manquait cependant une pièce jointe, à savoir un rapport d'audit externe étendu à l'attention du conseil d'administration de BLS SA, qui avait constaté des lacunes dans le contrôle de l'ajustement entre les chiffres budgétés et les chiffres effectifs. Le Contrôle des finances a rendu une décision formelle demandant à l'OTP de lui remettre ce rapport d'audit. La DTT lui a répondu que les données contenues dans

le rapport étaient la propriété de l'entreprise externe et que celle-ci lui avait remis le document uniquement à la condition qu'elle ne le communique pas à des tiers sans base légale. Lorsque le Contrôle des finances a insisté, le directeur de la DTT lui a fait savoir que la Direction n'était pas en mesure de communiquer le document. Mais ce n'est pas tout : la DTT a informé le Contrôle des finances que ce rapport, qu'elle avait reçu uniquement en copie, ne présentait plus d'utilité par manque de pertinence, « raison pour laquelle il [avait] été entretemps supprimé de nos dossiers et détruit, à l'OTP comme au secrétariat général » (traduction).

En juin 2020, le Contrôle des finances a donc récapitulé ses constatations provisoires dans un rapport à l'attention du Conseil-exécutif, de la CFin, de la DTT et de la CGes. Dans ce rapport, il annonçait que, dans ces circonstances, il n'était plus en mesure d'exécuter son mandat légal et qu'il cesserait tout acte de contrôle jusqu'à nouvel avis. Il précisait : « L'absence d'efficacité de la surveillance exercée par les organes qui en sont chargés conduit de manière générale à une augmentation du risque financier et pourrait porter atteinte à la confiance que les citoyennes et les citoyens placent dans l'État » (traduction).

Durant l'été 2020, le Conseil-exécutif a décidé de demander un avis de droit qui établisse clairement quels sont les droits du Contrôle des finances en matière de consultation de documents des entreprises dans lesquelles le canton détient des participations. Il a pris cette décision après avoir été informé par la CFin et la CGes des difficultés auxquelles elles se heurtent dans leur travail lorsque le Contrôle des finances ne peut plus accomplir sa mission. L'avis de droit remis par Andreas Stöckli et Elisabeth Joller arrive clairement à la conclusion que le refus de la DTT n'est pas admissible. En l'espèce, peu importe que l'entreprise publique ait transmis l'information en question à l'administration sous certaines conditions. Peu importe également que l'administration ait reçu l'information en tant que destinataire principal ou seulement en copie pour information. Le seul élément déterminant est le fait que l'administration a connaissance de l'information. Si une information concernant une entreprise publique est portée à la connaissance d'un membre de l'administration cantonale dans l'exercice de ses fonctions, elle ne lui est pas adressée à titre personnel. L'entreprise publique n'est pas habilitée à définir elle-même le cercle des personnes ayant accès à cette information au sein de l'administration.

Suite à cet avis de droit, le Contrôle des finances s'est adressé au Conseil-exécutif en avril 2021 pour lui demander quelles conséquences il fallait tirer des constats formulés par les experts en ce qui concerne son audit de BLS SA. Dans sa réponse de mai 2021, le gouvernement explique qu'à son avis des pas importants ont été engagés, et en partie menés à bien, en vue d'obtenir le remboursement des indemnités ainsi que d'optimiser l'exercice de la surveillance et du controlling. Il ajoute que, lorsqu'il aura eu connaissance du rapport de la CGes et du rapport externe sur l'audit du système d'indemnisation, il tirera de nouveau des conclusions et prendra d'autres mesures si nécessaire. Le Conseil-exécutif invite en outre le Contrôle des finances à ne pas reprendre les activités de contrôle interrompues, mais plutôt à vérifier l'efficacité des mesures engagées une fois que les travaux en cours seront achevés. Concrètement, il mentionne le controlling des participations du ressort de la DTT. Il est intéressant surtout de relever que le Conseil-exécutif, dans son courrier, se dit favorable à ce que le Contrôle des finances procède à une vérification de l'utilisation des subventions cantonales par BLS SA une fois que l'entreprise aura achevé ses projets internes. Le gouvernement invite ainsi le Contrôle des finances à faire précisément ce que BLS SA s'était efforcée d'empêcher à tout prix deux ans auparavant. De même, il est curieux de noter que le Conseil-exécutif a fini par remettre au Contrôle des finances des documents qui avaient d'abord été retenus et dont une partie n'était soudainement plus disponible. Cela une année plus tard environ et après que la DTT avait redemandé le rapport de révision à BLS SA.

Pour la CGes, BLS SA comme les services cantonaux concernés ont eu un comportement inacceptable vis-à-vis du Contrôle des finances. Sur le plan juridique, d'une part, la situation est parfaitement claire, comme l'a confirmé l'avis de droit demandé par le Conseil-exécutif. En vertu de l'article 14 de la loi cantonale sur le Contrôle des finances (LCCF), le Contrôle des finances est tenu d'exercer la surveillance tant sur l'administration cantonale que sur les organisations chargées de tâches publiques et les organisations

bénéficiant de prestations cantonales. L'article 16, alinéa 1, lettre a LCCF l'habilite à contrôler l'utilisation des subventions cantonales. Et selon l'article 19 LCCF, les institutions et les personnes soumises à la surveillance du Contrôle des finances sont tenues de le renseigner, de lui permettre de consulter des documents et « plus généralement de l'assister dans l'accomplissement de ses tâches ». En particulier, elles ne peuvent invoquer aucune obligation légale de garder le secret. La convention de prestations entre le canton et BLS SA prévoit d'ailleurs elle-même explicitement que le Contrôle cantonal des finances réalise des audits.

D'autre part, la résistance de BLS SA et des services cantonaux concernés est incompréhensible sur un plan matériel. Ce qui est en jeu, c'est l'utilisation de l'argent du contribuable à hauteur de plusieurs millions de francs. Tant le canton que BLS SA en sa qualité d'organisation chargée de tâches publiques devraient avoir à cœur que cet argent soit utilisé correctement et que la confiance du public soit justifiée.

La collaboration de BLS SA et de la Direction compétente avec le Contrôle des finances a été très en-dessous de l'assistance requise de leur part par la LCCF. La CGes ne comprend pas comment il a pu en être ainsi, sachant que tous les protagonistes sont des institutions du même canton et qu'ils devraient donc avoir tous le même intérêt à ce que des déficiences puissent être constatées et corrigées. En mettant en doute la compétence du Contrôle des finances cantonal et de la surveillance parlementaire, BLS SA a créé une atmosphère de défiance. En outre, des affrontements juridiques au sein d'un même appareil étatique ne contribuent pas précisément à renforcer la confiance de la population dans l'État⁵⁸.

La situation est compliquée par le fait que beaucoup d'aspects du controlling des participations ne sont pas documentés. Cela commence par le Conseil-exécutif, qui consigne ses décisions se rapportant aux participations mais ne tient toujours pas de procès-verbaux si bien qu'il est impossible de retrouver et de vérifier les éléments à la base des décisions consignées. Par exemple, on ne peut plus déterminer si le directeur de la DTT a informé le Conseil-exécutif *in corpore* de l'évolution de la situation chez BLS SA, ni comment il l'a fait. Il en va de même des échanges entre le représentant du canton et la Direction, qui ont généralement lieu par téléphone ou par courriel et qui ne sont pas consignés dans un dossier. Il est de ce fait impossible de vérifier quelles instructions le canton a donné à son représentant et, inversement, quelles informations celui-ci a fait remonter du conseil d'administration au canton.

Recommandation n° 7 : La Commission de gestion attend des progrès dans la documentation du controlling des participations afin d'assurer la transparence sur l'exercice de la surveillance, notamment par l'intermédiaire du représentant du canton.

Recommandation n° 8 : La Commission de gestion attend du Conseil-exécutif qu'il veille à ce que les organes de surveillance puissent exercer sans restriction leurs droits à l'information afin de garantir qu'il n'y ait pas de zone d'ombre dans le canton et qu'aucune action de l'État ne soit soustraite au contrôle démocratique.

⁵⁸ Dans sa prise de position, l'ancien président du conseil d'administration écrit que le rapport de la CGes garde le silence sur le rôle discutable du Contrôle des finances cantonal. Il lui semble incompréhensible que le CF se soit entêté à mener sa propre révision de BLS et n'ait pas accepté l'offre du CDF de se joindre à son enquête. L'insistance du CF pour consulter les dossiers qui n'auraient pu lui être octroyés même si sa compétence avait été avérée est également contestable. Outre les différences factuelles, une forme de communication totalement déplacée, le refus complet de discuter et l'insistance à faire cavalier seul ont empêché un travail convenable.

6. Proposition de la Commission de gestion

En vertu de l'article 55, alinéa 4 LGC, la CGes attend de la DTT qu'elle lui rende compte d'ici l'hiver 2022 de l'avancement des optimisations préconisées dans le présent rapport.

La CGes recommande au Grand Conseil de prendre connaissance du présent rapport.

Berne, le 12 août 2021

Au nom de la Commission de gestion :

Le président, P. Siegenthaler

Le secrétaire, M. Ehrler