



Rapport

Date séance CE : 24 avril 2024
Direction : Direction des travaux publics et des transports
Numéro d'affaire : 2021.BVD.8986
Classification : Non classifié

Loi BLS (LBLS)

Table des matières

1.	Synthèse	2
2.	Contexte	2
2.1	BLS SA et BLS Netz AG	2
2.2	Création d'une base légale	3
2.2.1	Intervention politique et recommandation de la CGes	3
2.2.2	Mandat constitutionnel	4
2.3	Le rôle du canton au sein de BLS SA et de BLS Netz AG	5
2.3.1	Le canton en tant qu'actionnaire	5
2.3.2	Le canton en tant que commanditaire	6
2.3.3	Le double rôle du canton, à la fois actionnaire et commanditaire	6
2.3.4	Arrêt du Tribunal administratif dans l'affaire opposant BLS SA au Contrôle des finances	7
2.4	Rôle de la Confédération au sein de BLS SA et de BLS Netz AG	8
2.5	Pouvoirs et droit de surveillance du canton	8
2.5.1	En tant qu'actionnaire	8
2.5.2	En tant que commanditaire	9
2.6	Intérêts du canton et intérêts de la société	10
3.	Caractéristiques de la nouvelle réglementation	12
3.1	Nature et étendue de la participation	12
3.2	But de la participation	12
3.3	Exercice des droits	13
4.	Forme de l'acte législatif	13
5.	Droit comparé	13
6.	Mise en œuvre, évaluation	14
7.	Commentaire des articles	15
8.	Place du projet dans le programme gouvernemental de législature (programme législatif) et dans d'autres planifications importantes	20
9.	Répercussions financières	20
10.	Répercussions sur le personnel et l'organisation	20
11.	Répercussions sur les communes	20
12.	Répercussions sur l'économie	21
13.	Résultat de la procédure de consultation	21
13.1	Objet de la réglementation	21

13.2	But de la participation	22
13.3	Étendue de la participation à BLS SA.....	23
13.4	Stratégie de l'entreprise et décisions de direction	23
13.5	Gouvernance par le canton.....	24
13.6	Surveillance et haute surveillance	25
14.	Proposition	27

1. Synthèse

Conformément à la Constitution cantonale, la nature et l'étendue des participations cantonales importantes doivent être réglées dans une loi. Or, bien que le Conseil-exécutif classe les participations à BLS SA et BLS Netz AG parmi les participations cantonales les plus importantes dans ses Lignes directrices sur la gouvernance des entreprises publiques, il n'existe à ce jour aucune base légale relative à ces participations. Après la mise en évidence d'irrégularités au niveau des indemnités versées à BLS SA, la Commission de gestion du Grand Conseil (CGes), dans son rapport d'audit, a recommandé entre autres mesures l'édiction d'une base légale relative aux participations du canton à BLS SA et à ses filiales.

Principale entreprise du groupe, BLS SA exerce la direction unique du groupe BLS. Le canton détient des actions au sein de BLS SA et de BLS Netz AG. Le projet de loi permet de constituer une base transparente pour les participations existantes. Outre la nature et l'étendue des participations, la loi définit également le but visé par le canton avec ces participations. Elle aborde également la question des conflits de rôles et d'intérêts, ainsi que celle de la surveillance, qui font partie des priorités de la CGes. Le Conseil-exécutif est tenu de traiter ces problématiques à l'aide d'instruments appropriés (stratégie de propriétaire, concepts relatifs à la surveillance attendue du propriétaire et à l'établissement de comptes rendus). La répartition des compétences entre la Confédération et le canton en matière de surveillance dans le domaine du transport régional de voyageurs étant du ressort de la Confédération, le droit cantonal ne peut en aucun cas la régler. Des initiatives en ce sens sont néanmoins en cours au niveau fédéral.

2. Contexte

2.1 BLS SA et BLS Netz AG

BLS SA est une entreprise de transport dont le siège est à Berne. Elle est à la tête du groupe BLS, composé d'entreprises exerçant des activités dans les domaines de la mobilité des personnes, de l'infrastructure ferroviaire et du transport de marchandises. BLS SA fournit elle-même des prestations de transport de voyageurs (y compris le feroutage), principalement dans le trafic régional. Elle contrôle toutes les filiales, à l'exception de BLS Netz AG, en qualité d'actionnaire unique ou majoritaire. Du point de vue du canton, l'activité principale du groupe BLS consiste à fournir des prestations indemnisées par les pouvoirs publics dans le domaine du trafic régional de voyageurs par rail et par route, ainsi que dans le domaine de l'infrastructure ferroviaire financée par la Confédération.

Le canton de Berne détient 55,75 % du capital et des voix de BLS SA. La Confédération constitue un autre grand actionnaire, avec une participation de 21,70 %. D'autres cantons et communes sont également actionnaires, ainsi que des acteurs privés ; les actions de BLS SA sont négociées hors bourse. Les statuts de BLS SA reconnaissent au canton de Berne le droit de désigner un membre du conseil d'administration. La Confédération et le canton du Valais jouissent eux aussi de droits spécifiques en lien avec la composition du conseil d'administration.

BLS SA dirige le groupe BLS (voir fig. 1) dans la mesure où elle contrôle ses filiales au travers de participations majoritaires (52 % dans BLS Cargo SA, 100 % dans BLS Immobilien AG, 100 % dans BLS Schiffahrt AG, 90,1 % dans Busland AG, 100 % dans BLS trafic longues distances SA). BLS Netz AG fait également partie du groupe BLS, mais constitue un cas particulier dans la mesure où BLS SA n'en détient qu'une part minoritaire (minorité de blocage) de 33,4 %. Le canton de Berne détient lui-même 16,5 % des parts de BLS Netz AG. La Confédération est l'actionnaire majoritaire de BLS Netz AG, avec une participation de 50,05 %. Le 0,05 % restant est détenu par les CFF. BLS Netz AG assure l'entretien de l'infrastructure ferroviaire, c'est-à-dire du réseau ferroviaire, gares comprises, et notamment de la ligne reliant Frutigen à Brigue via le tunnel de base du Lötschberg.

Structure du groupe



Fig. 1 : Structure du groupe BLS. Source : Rapport annuel 2021 de BLS SA

2.2 Création d'une base légale

À ce jour, la participation du canton de Berne à BLS SA et à BLS Netz AG n'est régie par aucune base légale spécifique. La loi sur les transports publics accorde au canton, en termes généraux, le droit de prendre des participations à des entreprises de transport ou de soumettre ses prestations à la condition qu'il obtienne le droit de siéger et de voter dans les organes directeurs de ces entreprises.¹ Cette base légale ne concerne toutefois que la participation en tant que telle. L'étendue d'une participation, les buts visés et la manière dont le canton entend les atteindre peuvent varier d'une participation à l'autre et doivent donc être définis au cas par cas.

2.2.1 Intervention politique et recommandation de la CGes

En 2018, l'intervention Wüthrich (motion 101-2018) avait réclamé la création d'une loi sur la participation à BLS. À l'époque, le Conseil-exécutif avait recommandé de renoncer provisoirement à un projet de loi. Il

¹ Article 2 de la loi du 16 septembre 1993 sur les transports publics (RSB 762.4)

souhaitait en effet réexaminer l'opportunité d'élaborer une loi sur la participation à BLS à une date ultérieure, en fonction de l'évolution du paysage ferroviaire. Lors de sa session de novembre 2018, le Grand Conseil, suivant la proposition du Conseil-exécutif, a transformé l'intervention en postulat et l'a classée.

Lorsque BLS SA a dû rembourser d'importantes sommes pour compenser les indemnités versées en trop par la Confédération et le canton dans le domaine du transport de personnes indemnisé, la Commission de gestion du Grand Conseil a décidé de contrôler l'entreprise dans le cadre de son programme relatif à l'exercice de la haute surveillance sur d'autres organismes chargés de tâches publiques (« Konzept – Ausübung der Oberaufsicht über andere Träger öffentlicher Aufgaben »). Dans son rapport du 12 août 2021 (2019.PARL.242-87), elle a notamment recommandé de créer une base légale régissant la participation du canton à BLS SA. De son point de vue, la loi doit régler les points suivants : les tâches publiques spécifiques que le canton entend assumer via sa participation à BLS SA et à ses filiales ; les mesures préventives visant à éviter les conflits d'intérêts et d'objectifs ; l'obligation de participation incombant à BLS SA et à ses filiales lors des contrôles réalisés par les organes de surveillance cantonaux ; la surveillance exercée par le Conseil-exécutif et la participation du Grand Conseil, y compris les valeurs de référence et les instruments permettant d'exercer la surveillance attendue du propriétaire vis-à-vis de BLS SA et de ses filiales.

2.2.2 Mandat constitutionnel

La Constitution cantonale dispose que la nature et l'étendue des participations cantonales importantes doivent être réglées dans une loi (art. 95, al. 2, lit. c ConstC²). Il en va de même pour la nature et l'étendue de l'attribution d'une tâche publique, si celle-ci implique des prestations importantes, la restriction de droits fondamentaux ou la perception de contributions publiques (art. 95, al. 2, lit. d ConstC).

Dans ses Lignes directrices sur la gouvernance des entreprises publiques (Lignes directrices³), le Conseil-exécutif a réparti en trois cercles les organisations chargées de tâches publiques et les entreprises dont le canton est actionnaire. Cette répartition se base sur la taille (total du bilan, chiffre d'affaires, postes à temps plein), le taux de participation du canton, les revenus financiers, les contributions du canton, l'importance et le risque pour le canton. L'intensité de la conduite, du pilotage et de la surveillance est adaptée à chaque cercle. Les participations les plus importantes sont classées dans le premier cercle. Elles sont généralement régies par la législation spéciale. C'est le cas par exemple de la Banque cantonale bernoise BCBE SA, de la Bedag Informatique SA, de BKW SA et de l'Université de Berne.

L'entreprise BLS SA est également incluse dans le premier cercle, avec BLS Netz AG. Pour le canton, ces participations sont aussi importantes que les autres entreprises du premier cercle. Si les participations directes du canton à BLS Netz AG sont minoritaires, il peut toutefois exercer une influence considérable sur elle en tant qu'actionnaire majoritaire de BLS SA, à la tête du groupe BLS. De plus, l'infrastructure ferroviaire entretenue par BLS Netz AG joue un rôle important pour atteindre les objectifs que vise le canton par sa participation à BLS SA. En conséquence, et conformément au mandat constitutionnel, la nature et l'étendue de chacune de ces participations cantonales doivent être définies dans une loi.

À cet égard, le projet de loi s'inspire des conditions existantes, car il n'a pas vocation à les modifier. L'objectif est au contraire de fournir la base légale requise aux participations actuelles du canton à BLS SA et à BLS Netz AG, tout en créant la transparence sur l'exercice des droits de participation.

² Constitution du canton de Berne du 6 juin 1993 (ConstC; RSB 101.1)

³ Version actuelle du 18 mai 2022, en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2022

2.3 Le rôle du canton au sein de BLS SA et de BLS Netz AG

2.3.1 Le canton en tant qu'actionnaire

Le canton détient 55,75 % des actions de BLS SA. En tant que propriétaire de ces actions (ci-après « actionnaire » ou « propriétaire »), le canton dispose de droits d'actionnaire vis-à-vis de BLS SA. Il exerce lesdits droits, y compris la surveillance attendue du propriétaire, à l'aide des instruments prévus à cet effet par le droit des sociétés anonymes. Ces conditions sont les mêmes dans le cas de BLS Netz AG, dans laquelle le canton détient une participation directe et indirecte (par l'intermédiaire de BLS SA).

Les droits de l'actionnaire comprennent en premier lieu le droit de voter lors de l'assemblée générale, autrement dit le droit de participer à la prise de certaines décisions telles que les élections au conseil d'administration ou les décharges, par exemple. En outre, le statut d'actionnaire confère au canton le droit d'obtenir certains renseignements, dans la mesure cependant où il s'agit uniquement d'informations indispensables à l'exercice des droits de l'actionnaire. Les actionnaires majoritaires jouissent des mêmes droits que les autres actionnaires. Néanmoins, leur voix pèse davantage dans les décisions de l'assemblée générale. De nombreuses décisions sont prises à la majorité simple et peuvent dès lors être tranchées par l'actionnaire majoritaire. C'est pourquoi il n'est pas rare que la direction de l'entreprise entretienne avec lui des liens étroits. Pour autant, le conseil d'administration est tenu « de traiter de la même manière les actionnaires qui se trouvent dans la même situation » (art. 717, al. 2 CO⁴).

Les dispositions du Code des obligations relatives à la société anonyme permettent d'accorder au canton un avantage particulier vis-à-vis de la société anonyme, dans la mesure où, lorsqu'il a un intérêt public dans la société, les statuts de celle-ci peuvent lui conférer le droit de déléguer des représentantes et représentants au sein du conseil d'administration.⁵ Les statuts de BLS SA et de BLS Netz AG confèrent un tel droit de délégation au canton de Berne. Sur cette base, le canton peut donc déléguer une représentante ou un représentant du canton au conseil d'administration de chacune des deux sociétés. En pratique, il délègue la même personne aux deux conseils d'administration. Le canton statue sur la délégation et la révocation de ce membre du conseil d'administration hors de toute influence des autres actionnaires. À cet égard, le canton jouit d'un droit spécial dont ne disposent pas les actionnaires ordinaires. La manière dont ce droit s'exerce peut être réglée par le droit cantonal. Le canton a établi les règles générales relatives à la durée et à l'exercice du mandat dans l'ordonnance du 24 août 1994 sur les représentants et les représentantes du canton.⁶ En vertu de celles-ci, les représentantes et représentants du canton défendent les intérêts du canton au conseil d'administration et, pour les affaires particulièrement importantes, requièrent au préalable les instructions de la Direction concernée (dans le cas de BLS SA et de BLS Netz AG, la Direction des travaux publics et des transports – DTT). Ils doivent en outre signaler les carences constatées et les faits importants à la Direction compétente ; pour les questions relevant de la surveillance des finances, ils s'adressent directement au Contrôle des finances. Le Conseil-exécutif peut édicter d'autres directives relatives à l'exercice du droit de délégation et à l'exercice de la fonction par les membres du conseil d'administration nommés par le canton (représentantes et représentants du canton). Il a fixé des règles plus précises à ce sujet dans les Lignes directrices sur la gouvernance des entreprises publiques. Selon ces dernières, le canton s'impose une certaine retenue en ce qui concerne la représentation de ses intérêts par des membres délégués aux conseils d'administration. En principe, il n'incombe pas (ou plus) à des membres du Conseil-exécutif de représenter ces intérêts. Le Conseil-exécutif a défini un profil d'exigences décrivant les compétences techniques et les compétences personnelles requises pour exercer la fonction de représentante ou de représentant du canton délégué au conseil d'administration de BLS SA. La personne désignée sur la

⁴ RS 220

⁵ Article 762, alinéa 1 CO

⁶ RSB 153.15

base de ces critères est déléguée pour représenter le canton aux conseils d'administration de BLS SA et de BLS Netz AG.

2.3.2 Le canton en tant que commanditaire

Conformément à l'article 81a de la Constitution fédérale (Cst.)⁷, la Confédération et les cantons veillent à ce qu'une offre suffisante de transports publics par rail, route, voie navigable et installations à câbles soit proposée dans toutes les régions du pays. À cette fin, les prestations de transport nécessaires à la garantie d'une offre suffisante de transports publics sont commandées auprès des entreprises de transport concessionnaires.

Les offres relatives au transport régional de voyageurs (TRV) sont commandées conjointement par la Confédération et les cantons. En ce qui concerne BLS SA, ce sont la Confédération et certains cantons, dont celui de Berne, qui commandent les prestations ferroviaires pour le trafic régional. En ce qui concerne Busland AG, filiale de BLS, le canton commande conjointement avec la Confédération des prestations de trafic régional ; pour le trafic local, en revanche, il est le seul commanditaire. Les offres de transport et leur indemnisation sont convenues dans le cadre d'une « procédure de commande ». Le canton de Berne joue donc également un rôle de « commanditaire » vis-à-vis de BLS SA, mais pas de BLS Netz AG, dont les prestations d'infrastructure sont commandées par la seule Confédération.

Ce rôle de commanditaire implique certains pouvoirs pour la négociation des conventions d'offre conclues dans le cadre de la procédure de commande. Dans le canton de Berne, cette négociation est menée par l'Office des transports publics et de la coordination des transports (OTP) en coordination avec les co-commanditaires (la Confédération et le cas échéant, les cantons voisins). Des indemnités sont versées au titre des prestations de transport commandées ; celles-ci doivent couvrir la différence entre les coûts de mise à disposition de la prestation en question et les recettes. Les indemnités sont dans tous les cas fixées au préalable et de manière définitive sur la base de comptes prévisionnels (devis).

La commande de prestations de transports publics a pour effet de déléguer la tâche publique consistant à fournir cette offre de transports publics à l'entreprise de transport. Cette dernière devient ainsi une organisation chargée de tâches publiques. La relation entre le ou les commanditaire(s) – en cas de commande conjointe par la Confédération et le canton – et l'organisation chargée de cette tâche publique est principalement régie par les dispositions fédérales relatives à la procédure de commande ainsi que par le mandat de prestations.

2.3.3 Le double rôle du canton, à la fois actionnaire et commanditaire

Le canton assume un double rôle vis-à-vis de BLS, étant d'un côté l'actionnaire majoritaire de BLS SA et de l'autre le principal commanditaire, aux côtés de la Confédération, de prestations de transport. En tant que (co-)commanditaire de prestations indemnisées, le canton a intérêt à ce que les prestations de transport convenues soient fournies avec une rentabilité maximum et à ce que les coûts non couverts, et donc les indemnités, soient maintenus à un niveau aussi bas que possible. D'un autre côté, en tant qu'actionnaire de BLS SA, il a intérêt à ce que l'entreprise présente une bonne gestion économique et à ce que les indemnités versées par les pouvoirs publics soient suffisantes. Autrement dit, la commande de prestations de transports à BLS fait naître au sein du canton des intérêts différents et en partie contradictoires. Ce conflit de rôles provient de la double fonction que le canton occupe vis-à-vis de BLS SA. La Constitution cantonale prévoit explicitement la possibilité pour le canton de faire partie d'organisations chargées de tâches publiques et donc d'endosser ce double rôle. De même, l'article 2,

⁷ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101)

alinéa 3 de la loi sur les transports publics dispose que le canton peut assumer à la fois le rôle de commanditaire et de propriétaire vis-à-vis des entreprises de transport, et qu'il peut associer ces fonctions dans la mesure où elles permettent toutes deux d'atteindre le même objectif en matière de politique de transports. Ainsi, le conflit de rôles du canton dans sa relation à BLS SA a une origine systémique et ne pourra pas être entièrement résolu. C'est pourquoi le canton a pris des mesures organisationnelles afin de réduire les risques de conflits. Les rôles d'actionnaire et de commanditaire sont clairement séparés au sein de la DTT : le Secrétariat général représente le canton en tant que propriétaire, et l'OTP assume le rôle de commanditaire. La personne chargée de représenter le canton au conseil d'administration est une agente ou un agent externe et indépendant qui suit les instructions du Secrétariat général. Avec cette mesure organisationnelle, le canton tient compte de la disposition du droit fédéral selon laquelle, dans le transport de voyageurs indemnisé, les personnes directement impliquées dans la procédure de commande ou appartenant à une unité administrative impliquée dans le processus de commande n'ont pas le droit de siéger au conseil d'administration. Ici, une certaine proximité subsiste, d'autant que les deux rôles sont assumés par la même Direction. Mais la limite entre les deux est claire puisque le Secrétariat général définit la stratégie visée par sa participation et le programme de surveillance attendue du propriétaire dans des documents approuvés par le Conseil-exécutif et de ce fait, contraignants. Côté commanditaire, les dispositions fédérales fournissent des consignes claires à l'OTP, investi de cette fonction. Le Secrétariat général n'est pas impliqué dans le processus de commande.

2.3.4 Arrêt du Tribunal administratif dans l'affaire opposant BLS SA au Contrôle des finances

Dans le cadre de l'affaire des indemnités versées en trop, le Contrôle des finances du canton de Berne a demandé à BLS SA de pouvoir consulter certains documents commerciaux afin de contrôler les indemnités versées par les pouvoirs publics à BLS SA au titre du transport régional de voyageurs. Se fondant sur la loi cantonale sur le Contrôle des finances, le Tribunal administratif a validé, dans son arrêt 2020/196 du 25 janvier 2023, la demande d'information et de consultation formulée par le Contrôle des finances vis-à-vis de BLS SA.

L'arrêt du Tribunal administratif porte donc sur le droit du Contrôle des finances, vis-à-vis de BLS SA, à obtenir des informations et à consulter des documents commerciaux en rapport avec le versement de prestations cantonales (indemnités). Le Tribunal administratif traite également du rapport entre ce droit d'information et de consultation prévu par le droit des subventions et les pouvoirs et droits d'information dont dispose le canton sur la base de sa participation à BLS SA : dans les considérants 5.3 et 5.4 de l'arrêt, le Tribunal administratif précise que les droits dont bénéficie le canton du fait de sa participation à BLS SA doivent être appréciés selon d'autres règles que les droits d'information du Contrôle des finances concernant les indemnités. Il estime que le canton, en tant qu'actionnaire, est tenu de respecter le mode d'organisation et le régime de compétences relevant du droit privé, conformément aux articles 620 ss CO. Selon la doctrine dominante, le canton ne peut se réserver de « droits spéciaux » ou d'instruments de contrôle non prévus par le droit des sociétés anonymes. Au lieu de cela, il doit, en tant qu'actionnaire, exercer la surveillance en premier lieu par le biais du droit de vote à l'assemblée générale et, le cas échéant, par celui du membre qu'il a délégué au conseil d'administration. Mais si la surveillance porte sur le versement de subventions ou autres prestations cantonales et non sur la participation du canton à BLS SA, le droit public peut imposer aux bénéficiaires des prestations des obligations spéciales de coopération et d'information.

Comme son nom l'indique, la loi sur la participation du canton de Berne à BLS SA et à BLS Netz AG concerne la participation du canton en tant qu'actionnaire et collectivité publique disposant du droit de délégation. Selon l'arrêt du Tribunal administratif, le mode d'organisation et le régime de compétences définis par le droit des sociétés anonymes sont contraignants à cet égard et ne peuvent être complétés par des « droits spéciaux » du canton.

2.4 Rôle de la Confédération au sein de BLS SA et de BLS Netz AG

La Confédération dispose d'un monopole légal dans les domaines de l'infrastructure ferroviaire et du transport régulier et professionnel de voyageurs, notamment par chemin de fer, par route et sur l'eau. Elle accorde des concessions à des compagnies de chemin de fer et à d'autres entreprises de transport. Elle conclut également des conventions portant sur les prestations d'infrastructure, ce qui la place en position de commanditaire vis-à-vis de BLS Netz AG. En outre, la Confédération commande à BLS SA et à sa filiale Busland AG, conjointement avec le canton, des prestations dans le domaine du transport de voyageurs donnant droit à des indemnités.

En tant qu'autorité concédante et commanditaire de prestations de transport et d'infrastructure, la Confédération occupe une position influente vis-à-vis de BLS SA et BLS Netz AG. Elle détient par ailleurs une part minoritaire de BLS SA et même une part majoritaire de BLS Netz AG, ce qui lui confère les droits dévolus aux actionnaires (droit de vote lors de l'AG, droit de demander des renseignements, etc.). De plus, les statuts de BLS SA comme ceux de BLS Netz AG lui accordent le droit de déléguer des membres au conseil d'administration.

Bien que la Confédération soit actionnaire majoritaire de BLS Netz AG et puisse de ce fait exercer une influence décisive sur la plupart des décisions prises en assemblée générale, BLS Netz AG fait partie intégrante du groupe BLS et se trouve sous la direction unique de BLS SA. Cette configuration est possible parce que la Confédération accepte que BLS SA assume cette direction unique. L'intégration du domaine de l'infrastructure est pertinente et se pratique d'ailleurs couramment dans les autres entreprises de transport.

2.5 Pouvoirs et droit de surveillance du canton

2.5.1 En tant qu'actionnaire

Bien que le canton assume le rôle de « propriétaire » vis-à-vis de BLS SA, il serait faux d'interpréter ce lien comme un droit de contrôle absolu au sens d'une propriété de droit réel. Ce que possède le canton, ce n'est pas l'entreprise BLS SA, mais une part de ses actions. Cela l'autorise à user de ses droits d'actionnaire vis-à-vis de BLS SA, de façon proportionnelle à ses parts et dans les limites des dispositions du droit des sociétés anonymes. Sa participation ne lui donne en revanche pas le droit de « piloter » BLS SA à sa guise et de donner des ordres à l'entreprise ou à ses organes. Au contraire, il exerce ses droits, y compris la surveillance attendue du propriétaire, à l'aide des instruments prévus par le droit des sociétés anonymes (voir les commentaires des articles 6, 7 et 8). Ces conditions sont les mêmes dans le cas de BLS Netz AG, dans laquelle le canton détient une participation directe et indirecte.

Le statut d'actionnaire et le pourcentage de voix qu'il détient confèrent au canton les pouvoirs prévus par le droit des sociétés anonymes, c'est-à-dire les droits dévolus à un actionnaire envers une société anonyme. BLS SA et BLS Netz AG ont été fondées en tant que sociétés anonymes au sens des articles 620 ss CO. D'un point de vue organisationnel, cela distingue BLS SA et BLS Netz AG des sociétés anonymes fondées sur la législation spéciale, comme la Poste Suisse, les CFF ou certaines banques cantonales suisses (mais pas la BCBE), qui sont régies par le droit public fédéral ou cantonal. Contrairement à ces structures, BLS SA et BLS Netz AG ne reposent pas sur un acte de fondation de droit public. Les pouvoirs du législateur cantonal sont fortement limités par le droit privé fédéral. Le statut d'actionnaire de BLS SA et de BLS Netz AG qui est celui du canton est régi par les dispositions du droit fédéral de la société anonyme. Dans la mesure où la Confédération dispose d'une compétence

législative exclusive en matière de droit privé (art. 122, al. 1 Cst.), il est impossible d'adopter une quelconque réglementation cantonale complémentaire ou divergente en la matière.

Il serait par conséquent erroné de voir dans la LBLS un « acte de fondation » ou un « acte d'organisation ». La fondation et l'organisation d'une société anonyme de droit privé sont régies par le droit fédéral de la société anonyme. La fondation se fait par contrat. L'organisation est définie par le contrat de fondation, les statuts et les prescriptions du droit fédéral de la société anonyme. Des actes législatifs cantonaux n'ont pas leur place ici. Il n'y a donc pas lieu de fixer dans la LBLS les droits dont bénéficie le canton en sa qualité d'actionnaire de BLS SA et de BLS Netz AG.

En revanche, le canton peut déterminer quel volume de droits de participation (actions) il souhaite détenir et qui décide de l'achat ou de la vente de parts. Il peut également préciser la manière dont il souhaite exercer ses droits vis-à-vis de BLS SA et de BLS Netz AG. Le droit cantonal (incluant directives, rapports stratégiques, etc.) peut traiter de la manière dont le canton exerce les droits de l'actionnaire prévus par le Code des obligations, dans la limite des droits de l'actionnaire prescrits par le droit fédéral. Ainsi, il est interdit au législateur cantonal d'accorder au canton, en sa qualité d'actionnaire, un droit élargi de demander des renseignements, ou de lui conférer le droit de donner des instructions à la direction. Le « contrôle » que le canton peut exercer sur BLS SA en tant qu'actionnaire majoritaire est donc restreint par les règles du droit des sociétés anonymes.

2.5.2 En tant que commanditaire

Conformément au droit constitutionnel cantonal, les organisations chargées de tâches publiques sont soumises à la surveillance du Conseil-exécutif (art. 78 et art. 95, al. 3 ConstC). La loi règle la nature et l'étendue de l'attribution de tâches publiques, si celles-ci impliquent des prestations importantes, la restriction de droits fondamentaux ou la perception de contributions publiques (art. 95, al. 2, lit. d ConstC).

BLS SA et BLS Netz AG fournissent des prestations importantes dans le domaine des transports publics. Étant donné que l'attribution de tâches d'infrastructure relève de la compétence exclusive de la Confédération, la tâche publique attribuée à BLS Netz AG n'est pas cantonale, mais fédérale. Par conséquent, le canton n'exerce aucune surveillance eu égard à l'attribution de tâches d'infrastructure ferroviaire. Dans le domaine du transport régional de voyageurs, les prestations de transport de BLS SA font l'objet d'une commande conjointe de la Confédération et des cantons. La Confédération et les cantons se concertent pour déterminer les offres qu'ils commandent ensemble et sur le montant des coûts non couverts (indemnités). La procédure de commande se déroule sous la responsabilité du canton de Berne. L'OTP assume ce rôle de façon autonome, en le séparant nettement de ses intérêts d'actionnaire. La mise en évidence d'irrégularités dans le calcul des revenus dans les devis a montré que la séparation des fonctions était assurée.

Les commandes conjointes dans le domaine du transport régional de voyageurs indemnisé se rapportent à une tâche publique commune à la Confédération et au canton et transférée aux entreprises de transport. Par conséquent, la surveillance exercée par le Conseil-exécutif et le Grand Conseil sur BLS SA en tant qu'organisation chargée de tâches publiques communes à la Confédération et au canton est également limitée, puisque les autorités cantonales ne peuvent exercer de fonction de surveillance dans un domaine de compétences relevant par principe de la Confédération. La législation fédérale relative au transport de voyageurs attribue à l'Office fédéral des transports (OFT) une compétence de surveillance globale, ce qui inclut le respect des dispositions du droit fédéral relatives au processus de commande – notamment en cas de commande conjointe de la Confédération et du canton. Même en matière d'exécution, la marge d'autonomie laissée aux cantons est relativement mince. Le conflit relatif

aux indemnités versées à BLS SA au titre du transport régional de voyageurs a montré que les responsabilités relatives à la surveillance devaient être précisées.

Cependant, les prescriptions cantonales relatives à la surveillance des organisations chargées de tâches publiques ne peuvent s'appliquer que dans les domaines où le canton accomplit ses propres tâches ou jouit d'une certaine autonomie. Le canton ne peut définir lui-même son degré d'autonomie vis-à-vis de la Confédération. Une meilleure délimitation des responsabilités fédérales et cantonales dans le domaine du transport régional de voyageurs doit donc passer par le droit fédéral. Des initiatives en ce sens sont en cours. Dans son rapport, la CGes a recommandé au Conseil-exécutif d'œuvrer à une répartition plus claire des tâches avec OFT.

Pour toutes ces raisons, il n'est pas prévu que la LBLs régisse la portée de la compétence de surveillance du Conseil-exécutif vis-à-vis de BLS SA. Le domaine de surveillance du Contrôle des finances est réglé dans la révision totale de la loi cantonale sur le Contrôle des finances⁸, qui distingue les différents domaines de surveillance donnant lieu à un examen. Dans son arrêt du 25 janvier 2023⁹, le Tribunal administratif s'est penché sur les compétences incombant au Contrôle des finances en matière d'examen des subventions cantonales et des obligations qui en découlent pour BLS SA. L'examen des subventions cantonales concerne la relation qui lie le canton à BLS SA en tant que bénéficiaire. À cet égard, le degré d'examen est défini autrement dans la loi sur le Contrôle des finances que lorsqu'il s'agit d'une particularité du canton actionnaire, qui elle est régie par la présente loi sur la participation. Dans le cas des organisations chargées de tâches publiques et des organisations dont le canton est actionnaire, la surveillance financière consiste seulement à vérifier si les services cantonaux compétents assument leurs tâches de surveillance et de controlling.

Néanmoins, en cas d'irrégularité, le canton est tenu de s'impliquer en tant qu'actionnaire majoritaire et de faire valoir les droits exposés au chiffre 2.3.1. C'est également en tant que détenteur de parts qu'il est tenu de défendre les intérêts publics et qu'il a tout particulièrement intérêt à éviter les atteintes à sa réputation. Ainsi, en tant qu'actionnaire majoritaire, il doit amener l'entreprise à mettre un terme aux irrégularités et à prendre les mesures nécessaires pour empêcher qu'elles se reproduisent.

Le droit des sociétés anonymes autorise le canton à recourir aux droits de l'actionnaire pour défendre ses intérêts de commanditaire ou comme instrument de surveillance des organisations chargées de tâches publiques. Les actionnaires ont en effet la possibilité de faire usage de leurs droits pour atteindre leurs propres objectifs, qui ne concordent pas obligatoirement avec les intérêts de l'entreprise. Le canton peut ainsi faire valoir les droits que lui confère son statut d'actionnaire (droit de demander des renseignements, influence sur la composition du conseil d'administration, refus de décharge, contrôle spécial défini dans le droit des sociétés anonymes, etc.) pour défendre ses intérêts de commanditaire. Il doit cependant garder à l'esprit que cette option induit une confusion, en principe répréhensible du point de vue de la gouvernance, entre le rôle de propriétaire et le rôle de commanditaire du canton. Il est en tout cas exclu que le canton fasse valoir un élargissement des droits d'information et d'influence relevant du droit des sociétés au nom de son droit de surveillance de droit public. Une telle initiative irait en effet à l'encontre du droit des sociétés anonymes.

2.6 Intérêts du canton et intérêts de la société

Dans la plupart des cas, les intérêts du canton concordent avec ceux de BLS SA et de BLS Netz AG. Des conflits d'intérêts peuvent cependant survenir, par exemple lorsque l'intérêt public que le canton entend défendre à travers sa participation se heurte à l'objectif de rentabilité de la société. Dans le cas des sociétés chargées d'une tâche publique par le canton et subventionnées par ce dernier, les intérêts

⁸ Loi cantonale du 7 mars 2022 sur le Contrôle des finances (LCCF; RSB 622.1), en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2023

⁹ ATA 2020/196, cf. chiffre 2.3.4 supra

du canton en tant que partenaire contractuel de la société, mais aussi en tant qu'autorité de surveillance de l'entreprise, entrent également en jeu. La personne déléguée par le canton au conseil d'administration est alors confrontée à un dilemme, puisqu'elle doit tenir compte à la fois des intérêts de la société et de ceux du canton. Dans de tels cas de figure, le droit fédéral autorise le canton à imposer à la personne qui le représente au conseil d'administration de privilégier les intérêts cantonaux. En contrepartie cependant, le canton est tenu responsable des éventuels dommages que pourraient subir la société, ses actionnaires ou ses créanciers.

Dans son rapport d'audit sur BLS SA, la CGes a émis des critiques sur la proximité organisationnelle des offices assumant le rôle de propriétaire et celui de commanditaire. Elle recommande au Conseil-exécutif d'adapter l'organisation de manière à éviter au maximum les conflits d'intérêts. Elle conseille en particulier d'envisager la création d'un centre de compétences pour les participations qui serait propre au canton et qui exercerait la surveillance attendue du propriétaire sur toutes les participations importantes du canton. La Direction des finances a abordé la question du modèle d'encadrement adapté à l'ensemble des participations cantonales importantes et s'est attachée à clarifier les actions qui s'imposent éventuellement. Les membres du Conseil-exécutif se sont réunis en décembre 2022 pour discuter des différentes mesures susceptibles d'optimiser le modèle d'encadrement actuel. Ils sont arrivés à la conclusion que le rôle de la Direction des finances devait être défini plus précisément et renforcé lors des procédures de corapports pour les questions liées à la gestion des participations. Aucune autre adaptation n'est prévue en vue de l'ouverture d'un centre de compétences propre au canton.

Le projet de loi inclut un axe important imposant une séparation claire des fonctions de propriétaire et de commanditaire. Pour ce faire, il recourt à un instrument déjà en usage à ce jour, la stratégie dite de propriétaire. Celle-ci permet au Conseil-exécutif de préciser les objectifs qu'il vise avec ses participations à BLS SA et à BLS Netz AG. Il doit y mentionner les éventuels conflits de rôles en relation avec les deux rôles du canton, celui de garant d'une part, tourné vers l'accomplissement durable des tâches, et celui de propriétaire d'autre part, axé en premier lieu sur la rentabilité. Si le canton assume en outre le rôle de commanditaire, le risque de conflit est encore plus important. Conformément à la stratégie de propriétaire, les objectifs politiques généraux prévalent généralement sur les intérêts liés aux rôles d'actionnaire et de commanditaire. Le législateur devra en donner une définition contraignante à l'article énonçant le but de la LBLS. Il faudra ensuite obliger le Conseil-exécutif à les préciser et à les pondérer dans sa stratégie de propriétaire. Ce dernier devra également prendre des mesures organisationnelles et conceptuelles en vue d'éviter les conflits de rôles et d'assurer la surveillance attendue du propriétaire. Ces instruments définiront de manière générale les modalités régissant l'usage que le canton peut faire de ses droits d'actionnaire vis-à-vis de BLS SA et de BLS Netz AG. Ils indiqueront la voie à suivre si, dans un cas particulier, certaines questions laissant craindre une influence du conflit de rôles se posent.

Dans le cadre des missions qui lui sont confiées, la représentante ou le représentant du canton aux conseils d'administration de BLS SA et de BLS Netz AG est également responsable des objectifs visés avec la participation ainsi que de leur réalisation et de leur pondération dans la stratégie de propriétaire. La représentante ou le représentant du canton doit par ailleurs se forger un avis personnel et indépendant sur la meilleure manière de défendre les intérêts du propriétaire. En cas de conflit d'intérêts concret, les Lignes directrices sur la gouvernance des entreprises publiques recommandent de convenir de la façon de procéder avec la Direction compétente, voire de lui demander une instruction.

3. Caractéristiques de la nouvelle réglementation

3.1 Nature et étendue de la participation

Conformément au mandat constitutionnel, le projet de loi règle la nature de la participation à BLS SA et à BLS Netz AG (part en actions) et son étendue. Le législateur renonce à fixer avec précision la part détenue par le canton, pour éviter d'avoir à modifier le texte de loi au moindre achat ou à la moindre vente d'actions. À la place, il fixe un cadre de participation au sein duquel le Conseil-exécutif décidera des achats et ventes d'actions. Ce cadre correspond étroitement à la situation actuelle.

Outre le canton de Berne et d'autres collectivités de droit public (Confédération, autres cantons, communes), BLS SA compte également des acteurs privés, pour un faible pourcentage, parmi ses actionnaires. Aujourd'hui, les actions de BLS SA sont uniquement négociées hors bourse. Le canton de Berne détient actuellement une part majoritaire au sein de BLS SA (55,75 %) qui, combinée à la convention d'actionnaires qui le lie à BLS Netz AG, lui confère le contrôle de l'intégralité du groupe BLS au sens du droit des groupes de sociétés (art. 963, al. 2 CO). Si le canton venait à perdre ce statut d'actionnaire majoritaire de BLS SA, les conséquences seraient donc importantes. Pour cette raison, la décision éventuelle d'abandonner la participation majoritaire doit être réservée au législateur. De son côté, le Conseil-exécutif doit pouvoir décider de ventes d'actions dans l'exercice de ses propres compétences, dans la mesure où la part majoritaire (plus de 50 % du capital et des voix) est maintenue. Le plafond à ne pas dépasser est fixé à 70 %. Cela correspond à la part arrondie qui n'est détenue ni par la Confédération, ni par d'autres cantons, ni par des communes.

En ce qui concerne BLS Netz AG, la marge de manœuvre est plus limitée pour fixer le cadre de participation. Outre le canton et BLS SA, seuls la Confédération et les CFF comptent parmi ses actionnaires. Tous ces actionnaires, à l'exception des CFF, sont liés par une convention d'actionnaires, ce qui confère à l'actionnariat de BLS Netz AG une stabilité extrêmement forte. La convention d'actionnaires donne à la Confédération la possibilité d'augmenter sa part, faisant du même coup baisser celle du canton de 16,5 % actuellement à 11 %. Afin de tenir compte de cette éventualité, le cadre de la participation à BLS Netz AG doit être fixé entre 16,5 % (part actuelle) et 11 %. C'est dans ce cadre que le Conseil-exécutif décide ensuite du moment et de l'ampleur d'une modification du niveau de participation. La décision de faire passer la participation au-dessus ou en dessous de ces seuils revient au législateur.

3.2 But de la participation

L'adoption de la LBLS est l'occasion de définir les objectifs que vise le canton avec ses participations à BLS SA et à BLS Netz AG, permettant ainsi de créer une certaine transparence. Les objectifs définis dans la loi constituent la ligne directrice qui guide le Conseil-exécutif dans l'exercice des droits découlant de la participation (droits de l'actionnaire, délégation d'une représentante ou d'un représentant du canton aux conseils d'administration). Cela permet également, comme le demande la CGes, de régler dans la loi la tâche publique spécifique que le canton entend accomplir en participant au capital de BLS SA et à celui de BLS Netz AG.

Un article définissant le but relatif à la situation de monopole, tel que le demande la motion 252-2022 « Contenir la distorsion de la concurrence par les entreprises publiques », n'est pas opportun dans la LBLS. La motion exige notamment d'ajouter ou de formuler de la manière la plus précise possible un article définissant le but relatif à la situation de monopole des entreprises dans lesquelles le canton de Berne détient des participations. L'article énonçant le but de la LBLS décrit le but de la participation du canton à BLS SA et BLS Netz AG, mais pas l'objet social de ces dernières. Au demeurant, la

Confédération détient le monopole des infrastructures ferroviaires et du transport de voyageurs. Les concessions attribuées par la Confédération selon le droit fédéral indiquent le degré de monopole et de concurrence de BLS SA et BLS Netz AG.

3.3 Exercice des droits

La responsabilité de l'exercice des droits découlant de la participation est confiée au Conseil-exécutif. Il fait valoir les droits de l'actionnaire et fait usage de son droit exclusif de déléguer une représentante ou un représentant du canton aux conseils d'administration de BLS SA et de BLS Netz AG. C'est la loi qui constitue le cadre délimitant la marge de manœuvre du Conseil-exécutif.

Le droit autorisant le canton à déléguer une représentante ou un représentant aux conseils d'administration de BLS SA et de BLS Netz AG est un droit spécial compatible avec le droit des sociétés anonymes, qui subsiste aussi longtemps que les statuts de BLS SA et BLS Netz AG le permettent. Le canton doit tout faire pour conserver ce droit spécial. Le projet de loi prévoit donc que le canton, en sa qualité d'actionnaire, mettra tout en œuvre pour conserver son droit de déléguer des représentantes et représentants au conseil d'administration de BLS SA et à celui de BLS Netz AG.

Pour le reste, le législateur renonce à définir de manière rigide les modalités de l'exercice des droits de l'actionnaire et du droit de délégation. De par ses participations à BLS SA et BLS Netz AG, et particulièrement par son droit de déléguer une représentante ou un représentant aux conseils d'administration, le canton évolue dans un contexte politico-juridique qui l'expose à des risques en matière de responsabilité. Le Conseil-exécutif doit pouvoir faire valoir les circonstances concrètes et disposer de la flexibilité qui s'impose lorsqu'il exerce ses droits d'actionnaire et son droit de délégation. Il doit cependant définir à l'aide d'instruments de gouvernance adaptés la manière dont il exercera les droits du canton et dont il poursuivra les objectifs énoncés dans la loi. Il doit notamment formuler une stratégie de propriétaire et prendre des mesures conceptuelles pour éviter les conflits de rôles et assurer la surveillance attendue du propriétaire. Sont ici visés des instruments de gouvernance éprouvés, qui sont également déjà prévus et définis dans les Lignes directrices sur la gouvernance des entreprises publiques publiées par le Conseil-exécutif. Ceux-ci ne constituent pas des normes juridiques, mais des dispositions internes au Conseil-exécutif faisant office de directives contraignantes pour les services concernés.

4. Forme de l'acte législatif

Conformément à l'article 95, alinéa 2, lettre c ConstC, la nature et l'étendue des participations cantonales importantes doivent être réglées dans une loi. Les dispositions relatives aux participations du canton à BLS SA et à BLS Netz AG doivent dès lors faire l'objet d'une loi formelle.

5. Droit comparé

Le statut d'organisation de droit privé de BLS SA et BLS Netz AG influence la relation de ces entreprises avec le canton en tant qu'actionnaire (majoritaire). Cette relation se fonde en premier lieu sur le droit des sociétés anonymes, autrement dit sur le droit fédéral. Les sociétés anonymes de droit privé, même lorsqu'elles sont en partie détenues par les pouvoirs publics, sont fondées par un acte de droit privé et organisées selon des statuts de droit privé eux aussi. Cette particularité les distingue fondamentalement des entreprises de transport relevant d'un régime juridique de droit public, à l'instar de certains établissements de droit public (p. ex. Verkehrsverbund Luzern, Basler Verkehrs-Betriebe) ou de droit

spécial, c'est-à-dire des sociétés anonymes de droit public (p. ex. les CFF). Le droit fédéral privé ne s'applique pas à ces dernières ; leur fondation et leur organisation sont régies par un acte législatif de droit public. Le législateur bénéficie ainsi d'une tout autre marge de manœuvre que lorsqu'il prend des participations à une société anonyme de droit privé. Du fait de cette différence fondamentale, il est difficile d'opérer une comparaison juridique entre les réglementations applicables aux entreprises de transport organisées selon le droit public et la loi sur la participation du canton de Berne à BLS SA et à BLS Netz AG.

La société BLS SA peut en revanche être comparée à la Rhätische Bahn (RhB). Il s'agit là aussi d'une société anonyme de droit privé, dans laquelle le canton des Grisons détient une participation de 51,30 %. Le gouvernement grison a défini dans une stratégie de propriétaire les objectifs visés avec sa participation à la RhB, ainsi que les règles relatives à l'échange d'informations et à l'établissement de comptes rendus à l'intention de l'autorité compétente. Conformément à l'article 32, alinéa 1 de la loi sur les transports publics du canton des Grisons, le canton, lorsqu'il octroie des contributions financières, s'assure un droit de regard proportionné dans les organes de surveillance des entreprises de transport subventionnées, ou contrôle en conséquence l'utilisation des contributions octroyées. Jusqu'à récemment, les statuts de la RhB accordaient au canton des Grisons et à la Confédération le droit de déléguer chacun deux représentantes ou représentants au conseil d'administration. Le droit de déléguer des représentantes et des représentants du canton et de la Confédération a cependant été abrogé lors de l'assemblée générale ordinaire du 10 juin 2022. Par conséquent, le conseil d'administration de la RhB ne sera plus composé à l'avenir que de membres élus de façon ordinaire. Le canton des Grisons a ainsi renoncé à un traitement spécial et occupe désormais vis-à-vis de la RhB le statut d'actionnaire (majoritaire) ordinaire.

Le canton d'Argovie détient des participations à l'Aargau Verkehr AG (AVA) à hauteur de 45 % et a défini pour cela une stratégie de propriétaire. Celle-ci fixe des objectifs assortis d'indicateurs de mesure et de règles à suivre pour l'établissement de comptes rendus. En revanche, elle ne prévoit apparemment pas de représentation cantonale au conseil d'administration.

En ce qui concerne la Schweizerische Südostbahn AG (SOB), la Confédération détient 35,8 % des parts, le canton de Saint-Gall 19,2 % et le canton de Schwyz 5,8 %. Ces instances ont défini une stratégie de propriétaire commune qui leur sert d'instrument de conduite vis-à-vis du conseil d'administration et de la direction. Cette stratégie de propriétaire détaille des objectifs stratégiques, économiques, sociaux et de gestion dont le conseil d'administration doit rendre compte aux actionnaires. La stratégie de propriétaire écarte par ailleurs expressément tout traitement de faveur envers la SOB lors des procédures de commande ou d'attribution de concession du fait de la participation de la Confédération et des cantons.

6. Mise en œuvre, évaluation

La LBLS vise à créer la base légale exigée par la Constitution pour maintenir la situation actuelle. Les participations du canton à BLS SA et à BLS Netz AG n'en sont nullement modifiées. Si l'adoption de la loi permet de fixer de façon contraignante les objectifs visés avec lesdites participations, celles-ci restent cependant fondamentalement les mêmes.

L'article 7, alinéa 3 oblige le Conseil-exécutif à préciser et à pondérer dans une stratégie de propriétaire les objectifs fixés par la loi. Il doit prendre des mesures organisationnelles et conceptuelles pour éviter les conflits de rôles et assurer la surveillance attendue du propriétaire. Ces instruments de gouvernance ne sont eux-mêmes pas nouveaux ; le canton dispose déjà d'une stratégie de propriétaire et d'une stratégie de surveillance pour ses participations à BLS SA et à BLS Netz AG, stratégies elles-mêmes complétées par d'autres instruments de contrôle de la participation, comme les Lignes directrices sur la gouvernance des entreprises. Ces instruments doivent être utilisés de façon adaptée à la situation et

actualisés ou affinés si nécessaire. L'exécution est évaluée dans le cadre de la haute surveillance exercée par le Grand Conseil sur l'administration (art. 78 ConstC).

7. Commentaire des articles

Article 1 – Objet

Le texte de loi porte sur la relation qui unit le canton et les sociétés dans lesquelles il détient des participations, en l'occurrence BLS SA et BLS Netz AG. Il ne règle pas la fondation et l'organisation de ces deux sociétés. En effet, dans la mesure où il s'agit de sociétés anonymes de droit privé, leur fondation et leur organisation – déjà effectives – sont régies par le droit privé fédéral.

Les prescriptions du droit fédéral sur la société anonyme régissent également le fonctionnement de ce type de sociétés (direction, pouvoirs des actionnaires, etc.). Si le canton ne peut modifier ces réglementations, il peut en revanche déterminer la manière dont il entend exercer les droits que lui confère son statut d'actionnaire. Son influence en la matière dépend essentiellement de l'étendue de ses participations. La LBLS répond à la question du nombre de parts que doit détenir le canton et de la manière dont il fait usage des droits qui en découlent. Cela correspond au mandat législatif formulé à l'article 95, alinéa 2, lettre c ConstC.

La LBLS ne s'intéresse pas au droit des transports et des chemins de fer (infrastructure comprise). Ces questions font l'objet d'autres actes législatifs, essentiellement de droit fédéral.

Article 2

Bien que la Constitution ne l'exige pas explicitement, le but des participations doit être défini par la loi. Ce but tel que défini par le législateur sous-tend la manière dont le canton exerce ses droits vis-à-vis de BLS SA et BLS Netz AG. Il sert de ligne directrice au Conseil-exécutif pour la définition de la stratégie de propriétaire et dans certains cas, pour l'exercice du droit de vote lors de l'assemblée générale, ainsi que pour la désignation, les instructions et la surveillance des membres du conseil d'administration délégués par le canton. En cas de conflit d'intérêts tout particulièrement, le but défini dans la loi prescrit les objectifs généraux qui doivent guider l'action du canton.

Avec l'article 2, alinéa 1 du projet de loi, le canton s'engage à faire usage des droits que lui confère sa participation à BLS SA et BLS Netz AG pour garantir une offre adaptée pour les transports publics. La garantie d'une offre de transports publics suffisante est une mission commune à la Confédération et aux cantons (art. 81a Cst., art. 28, al. 1 LTV¹⁰). Le canton de Berne l'assume principalement en qualité de commanditaire de prestations de transport. Mais en tant qu'associé (actionnaire) de BLS SA et de BLS Netz AG, il contribue également à la fourniture d'une offre de prestations à la fois abordable et de bonne qualité dans le domaine du trafic régional.

La mention d'une offre adaptée comme objectif de garantie renvoie à la formulation de l'article 3, alinéa 1 de la loi sur les transports publics¹¹. Elle fait référence à l'aspect économique et sociopolitique de la détermination de l'offre, souligné à l'article 1, alinéa 1, et à l'objectif de rentabilité. Il n'est donc pas nécessaire de répéter ces principes dans la LBLS.

En outre, conformément à l'article 2, alinéa 2, les participations du canton à BLS SA et à BLS Netz AG contribuent également à la réalisation des objectifs cantonaux en matière de politique de mobilité, de politique environnementale et climatique ainsi que d'aménagement du territoire.

¹⁰ Loi fédérale du 20 mars 2009 sur le transport de voyageurs (LTV ; RS 745.1)

¹¹ RSB 762.4

En juillet 2022, le Conseil-exécutif a adopté une nouvelle stratégie de mobilité globale. Celle-ci a pour objectif de mettre en place un système de mobilité durable qui contribue au développement économique et à l'épanouissement de la société tout en préservant les ressources naturelles. La Stratégie de mobilité globale comporte différents champs d'action dans le domaine de l'aménagement du territoire et de la planification des transports, organisés autour des axes directeurs suivants : « éviter », « transférer », « gérer harmonieusement » et « mettre en réseau » le trafic. Elle accorde notamment une importance significative à l'attractivité et à la pertinence de l'offre de transports publics. Dans la mesure où elles fournissent des prestations d'infrastructure et de transport dans le domaine des transports publics, mais aussi du trafic de loisirs, du trafic touristique et du transport de marchandises, les sociétés du groupe BLS sont en premier lieu concernées par les axes directeurs « transférer » (de la route au rail, en l'occurrence) et « mettre en réseau » (p. ex. à l'aide d'offres intermodales) de la stratégie de mobilité globale, pour lesquels elles présentent un potentiel de mise en œuvre considérable. La délimitation du but permet d'insérer dans la politique de mobilité les participations du canton au capital de BLS SA et de BLS Netz AG. Les objectifs de politique environnementale et climatique dépassent la seule stratégie de mobilité et englobent notamment la protection de la nature ainsi que l'économie et la préservation des ressources, en particulier au vu des défis posés par le changement climatique. Les objectifs relatifs à l'aménagement du territoire ont tout particulièrement trait à la fonction de desserte assurée par BLS SA dans les transports publics régionaux, fonction qui contribue à une urbanisation ordonnée et donc à une utilisation mesurée des sols.

Article 3

Il incombe au législateur de délimiter l'étendue de la participation du canton à BLS SA (art. 95, al. 2, lit. c ConstC). Celle-ci s'élève actuellement à 55,75 %. Elle ne sera pas modifiée par la LBLS. Mais si la loi bloquait l'étendue de la participation à son niveau actuel précis de 55,75 %, toute modification, autrement dit tout achat ou toute vente d'actions par le canton, nécessiterait en amont un processus législatif fastidieux. Cela n'est ni faisable ni souhaitable ; le législateur ne devrait être sollicité qu'en cas de modification importante. Il est donc proposé de fixer un cadre à la participation. La participation du canton à BLS SA s'élèvera à plus de 50 %, mais ne pourra pas dépasser 70 %. Si des ventes ou achats d'actions de plus grande ampleur sont prévus, il faudra modifier la loi.

Le fait de fixer le seuil minimal de participation à « plus de 50 % » assure au canton la majorité des voix à l'assemblée générale, qui se prononce entre autres sur l'approbation des comptes du groupe et élit les membres du conseil d'administration et de l'organe de révision. Cela correspond à l'influence qu'exerce le canton avec sa participation actuelle. Il n'est pas prévu d'augmenter la participation à brève échéance. Le projet de loi prévoit toutefois une relative flexibilité à la hausse. En fixant le plafond maximal à 70 %, le législateur indique clairement la nécessité de respecter le quota de parts actuellement détenues par la Confédération, d'autres cantons et certaines communes (29,06 % au total). Avec une participation de 70 %, le canton pourrait par ailleurs, lors de l'assemblée générale, remporter les votes concernant des décisions qui requièrent une majorité qualifiée. Une participation plus importante ne présenterait pas d'avantages supplémentaires et ne serait donc pas judicieuse d'un point de vue économique.

Article 4

BLS Netz AG est détenue par la Confédération (à 50,05 %), BLS SA (à 33,4 %), le canton de Berne (16,5 %) et les CFF (0,05 %). Du fait non seulement de sa part majoritaire, mais aussi des autres fonctions qu'elle assure en tant qu'autorité concédante et commanditaire d'infrastructure, la Confédération occupe une place prépondérante. Les trois grands actionnaires sont liés par une convention d'actionnaires qui sert de base à l'intégration de BLS Netz AG au sein du groupe BLS. Dans ces circonstances, les taux de participation sont très stables. S'il faut procéder à des modifications, celles-ci se font en concertation avec les partenaires de la convention d'actionnaires.

Selon les accords convenus dans l'actuelle convention d'actionnaires, la Confédération envisage d'augmenter son taux de participation à BLS Netz AG. Elle est, dans ce projet, assurée du soutien du

canton et de BLS SA. Si cette idée venait à se concrétiser, la participation du canton à BLS Netz AG passerait de 16,5 % aujourd'hui à 11 %. Tel qu'il est prévu, le cadre de la participation, limité à 11 % au minimum et à 16,5 % au maximum, est le reflet de cette situation. Il constitue la base légale pour le maintien de la participation actuelle, mais couvre aussi les modifications à apporter en cas d'augmentation de la part de la Confédération si celle-ci met son projet à exécution. Dans le cas de BLS Netz AG, il ne semble pas opportun de prévoir un cadre plus flexible, dans la mesure où les liens étroits avec les autres actionnaires laissent peu de marge de manœuvre.

Article 5

Le Conseil-exécutif doit statuer sur les achats et ventes d'actions dans les limites du cadre de la participation fixé par la loi. Cette délégation de compétences confère également au Conseil-exécutif la compétence en matière d'autorisation des dépenses pour l'exécution de tels achats. Le Conseil-exécutif répond en outre du transfert des actions BLS dans le patrimoine financier avant une éventuelle cession d'actions.

Le Conseil-exécutif est tenu de respecter les objectifs définis à l'article 2 lorsqu'il prend une décision relative aux modifications du taux de participation dans le cadre fixé par la loi.

Article 6

Dans le cas des sociétés anonymes de droit privé comme BLS SA et BLS Netz AG, les relations entre l'actionnaire et la société sont régies par les dispositions du droit des sociétés anonymes, y compris lorsque le canton est actionnaire. En tant qu'actionnaire ou « propriétaire », le canton bénéficie de tous les droits dont jouissent les autres actionnaires, notamment du droit de vote et d'éligibilité à l'assemblée générale, ainsi que du droit de demander des renseignements. L'étendue des droits des actionnaires est délimitée par le droit fédéral et ne peut pas être modifiée par le droit cantonal. Le projet de loi se contente donc d'un renvoi aux prescriptions du droit des sociétés anonymes.

La position du canton se distingue de celle des autres actionnaires en ce que les statuts de BLS SA et de BLS Netz AG lui concèdent le droit de déléguer une représentante ou un représentant au conseil d'administration de chacune des deux sociétés. Le droit fédéral privé autorise cette spécificité, qui implique cependant pour le canton la possibilité d'être tenu responsable des agissements du membre délégué par ses soins au conseil d'administration. Le canton a tout intérêt à conserver le droit de délégation, qui va dans le sens des buts définis à l'article 2. En sa qualité d'actionnaire, il doit donc agir dans cette optique. Le canton est en mesure d'assurer le maintien de son droit de délégation au sein de BLS SA grâce à son statut d'actionnaire majoritaire de cette société. Il est en revanche actionnaire minoritaire dans BLS Netz AG. Mais dans cette position, il peut et doit recourir à d'autres moyens que l'exercice du droit de vote pour faire en sorte de conserver son droit de délégation au sein de BLS Netz AG également.

Lorsqu'ils font usage de leurs droits, les actionnaires n'ont pas l'obligation de tenir compte des intérêts de BLS SA ou de BLS Netz AG. Lors des élections et autres points inscrits à l'ordre du jour de l'assemblée générale, ils votent à leur guise et, dans le cas du canton, selon les objectifs définis à l'article 2. Conformément à l'article 697 CO, lors de l'assemblée générale, tout actionnaire peut demander des renseignements au conseil d'administration sur les affaires de la société et à l'organe de révision sur l'exécution et le résultat de sa vérification. Les renseignements doivent être fournis dans la mesure où ils sont nécessaires à l'exercice des droits de l'actionnaire. Conformément à la révision du droit des sociétés anonymes qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2023, les grands actionnaires des sociétés non cotées en bourse en particulier bénéficient d'un élargissement de leur droit à demander des renseignements et peuvent désormais demander des informations au conseil d'administration sur les affaires de l'entreprise en dehors de l'assemblée générale. La consultation des livres et de la correspondance leur est également facilitée. Elle ne peut cependant être autorisée qu'à condition qu'elle soit nécessaire à l'exercice des droits de l'actionnaire et qu'elle ne compromette pas le secret des

affaires ou d'autres intérêts de la société dignes de protection. Même les grands actionnaires ne peuvent exiger de renseignements outrepassant ce cadre légal.

Le canton ne peut pas non plus se voir accorder le droit de déterminer les décisions de stratégie ou de gestion. Il peut uniquement donner au membre qu'il a délégué au conseil d'administration des instructions de vote. Mais le conseil d'administration dans son ensemble n'est pas lié par ces consignes. Le droit cantonal ne peut modifier ces conditions générales relevant du droit fédéral.

Article 7

Le Conseil-exécutif constitue l'organe adapté pour l'exercice des droits de l'actionnaire ainsi que pour la délégation et l'éventuelle révocation de représentantes et représentants cantonaux aux conseils d'administration de BLS SA et de BLS Netz AG. C'est donc à lui qu'est confiée la compétence *ad hoc*.

Dans son rapport d'audit du 12 août 2021, la CGes recommande de régler dans la LBLS, entre autres, la surveillance exercée par le Conseil-exécutif et la participation du Grand Conseil, y compris les valeurs de référence et les instruments permettant d'assurer la surveillance attendue du propriétaire. L'article 7 concrétise cette demande.

Avec ses participations à BLS SA et BLS Netz AG d'une part, et ses délégués cantonaux d'autre part, le canton se trouve dans la posture délicate de devoir à la fois défendre les intérêts cantonaux et respecter les intérêts de la société et ceux des autres actionnaires et créanciers. La gestion de ces conflits d'intérêts potentiels relève également de la responsabilité civile. Il faut donc évaluer soigneusement les risques en fonction de la situation. Formuler des directives rigides serait donc ici hors de propos. Les possibilités d'influence doivent pouvoir être utilisées avec souplesse. Mais en même temps, il faut garantir que les buts définis à l'article 2 ne resteront pas lettre morte.

Le Conseil-exécutif doit donc définir une stratégie de propriétaire pour mettre en œuvre lesdits buts et prendre des mesures organisationnelles et conceptuelles afin d'éviter les conflits de rôles et d'assurer la surveillance attendue du propriétaire. Il s'agit là d'instruments de gouvernance éprouvés, par ailleurs prévus par la loi du 15 juin 2022 sur les finances (LFin)¹² et déjà utilisés par le canton. La stratégie de propriétaire doit permettre de préciser et de pondérer les objectifs définis dans la loi. Elle sert de ligne directrice au Conseil-exécutif lorsque celui-ci doit prendre des décisions concrètes. En raison du lien étroit qui les unit, les stratégies de propriétaire de BLS SA et de BLS Netz AG sont actuellement synthétisées dans un seul document. La nouvelle réglementation ne l'exclut pas.

La surveillance attendue du propriétaire désigne l'exercice du droit de demander des renseignements et des pouvoirs dont le canton, en sa qualité d'actionnaire, bénéficie sur la base du droit fédéral de la société anonyme. Elle vise à garantir que le canton puisse exercer ses droits (droit de vote et d'éligibilité à l'AG, droit de délégation) de manière à favoriser au mieux la réalisation des objectifs fixés à l'article 2. Le principal instrument de la surveillance exercée par le propriétaire est la réglementation encadrant l'établissement de comptes rendus (quand, à quelle fréquence, à l'intention de qui, etc.).

La surveillance attendue du propriétaire est souvent confondue ou mélangée avec la surveillance de droit public exercée sur les organisations chargées de tâches publiques. Le canton peut faire usage des droits que lui garantit le droit des sociétés anonymes pour exercer ses compétences de surveillance de droit public (voir art. 6 ci-dessus) qui, dans cette mesure, peuvent elles aussi être incluses dans la stratégie de surveillance. Néanmoins, la surveillance attendue du propriétaire et celle exercée sur les organisations chargées de tâches publiques ont des visées divergentes, voire contradictoires (voir ch. 2.6 ci-dessus). Le Conseil-exécutif doit inclure dans ses instruments de gouvernance la gestion de situations où différents intérêts du canton, liés à ses différents rôles, se télescopent. En amont, il convient de prendre des mesures organisationnelles empêchant qu'une seule et même personne puisse

¹² RSB 620.0

assumer les rôles distincts de propriétaire et de commanditaire. Dans le domaine du transport régional indemnisé, la législation fédérale impose que la fonction de commanditaire et le siège au conseil d'administration soient occupés par deux personnes distinctes. Au niveau du canton, les Lignes directrices sur la gouvernance des entreprises publiques exigent non seulement deux personnes distinctes à ces rôles, mais aussi deux organisations différentes. Cette exigence est transposée dans le droit d'organisation relevant du canton : la fonction de propriétaire est assurée par le Secrétariat général de la DTT, tandis que l'OTP se charge de la procédure de commande (voir ch. 2.3.3 ci-dessus).

Le fait de répartir les rôles de propriétaire et de commanditaire entre différents offices réduit le risque de conflit de rôles, mais ne l'élimine pas complètement. Même en prenant d'autres mesures organisationnelles, comme la création d'un centre de compétences centralisé pour les participations du canton, empêcher tout conflit d'intérêts au sein du canton serait impossible. Par conséquent, l'éventualité de ces conflits doit être prise en compte jusque dans les dispositions conceptuelles édictées par le Conseil-exécutif. Celles-ci consisteront principalement à informer dans les meilleurs délais le Conseil-exécutif des conflits d'intérêts afin qu'il puisse faire pleinement usage de toutes les possibilités d'action dont il dispose. Le Conseil-exécutif devra décider au cas par cas des modalités concrètes de la marche à suivre (p. ex. s'il convient de donner à la représentante ou au représentant du canton des directives sur la position à adopter en conseil d'administration), en mettant en balance les intérêts en jeu. L'article énonçant le but de la loi sert de ligne directrice au Conseil-exécutif. Il sert également de référentiel au Grand Conseil pour évaluer le Conseil-exécutif dans le cadre de la surveillance qu'il exerce conformément à l'article 78 ConstC.

Article 8

La relation entre le canton et le membre du conseil d'administration délégué par ses soins est régie par l'ordonnance du 24 août 1994 sur les représentants et les représentantes du canton.¹³ Dans le cas de délégués externes (autrement dit, qui ne sont pas des employés du canton), un contrat de mandat écrit est conclu, dans lequel le canton consigne ses attentes vis-à-vis de sa déléguée ou de son délégué. Si la représentante ou le représentant du canton est employé par le canton, ces attentes peuvent être formulées dans le descriptif de poste.

Pour que le canton puisse transmettre à sa déléguée ou à son délégué au conseil d'administration les directives qui s'avèreraient nécessaires, il faut qu'il soit correctement informé des affaires de la société. Les informations dont le Conseil-exécutif a besoin peuvent varier selon la situation et le sujet. C'est pourquoi le législateur renonce à définir plus précisément dans ce texte de loi la nature, la fréquence et l'étendue desdites informations. L'article 8, alinéa 1 se contente donc de disposer que les membres délégués au conseil d'administration informent de manière appropriée le Conseil-exécutif sur les affaires de la société. Il incombe au Conseil-exécutif de définir plus précisément avec sa déléguée ou son délégué au conseil d'administration les modalités de comptes rendus et de s'assurer qu'il reçoit les informations indispensables à la défense des intérêts du canton.

Par l'intermédiaire de ses membres délégués aux conseils d'administration, le canton peut en principe accéder également à des informations qui outrepassent le droit de demander des renseignements dont il bénéficie en tant qu'actionnaire. Toutefois, si la déléguée ou le délégué contrevient ce faisant aux intérêts de la société ou occasionne des dommages à la société, à ses actionnaires ou à ses créanciers, la responsabilité du canton peut se trouver engagée. C'est tout particulièrement vrai si le membre délégué au conseil d'administration a agi sur directive du canton. Afin de limiter le risque de responsabilité, l'alinéa 2 dispose que le Conseil-exécutif doit tenir secrètes les informations confidentielles qui lui sont communiquées par ses déléguées et délégués au conseil d'administration. Le droit à l'information et l'obligation d'informer prévus par la législation sur le Grand Conseil sont réservés.

¹³ RSB 153.15

La compétence du Grand Conseil en matière de haute surveillance découle directement de la Constitution cantonale et n'a pas besoin d'être répétée dans la loi sur la participation. La haute surveillance se rapporte à l'exécution correcte des tâches par le Conseil-exécutif et ne peut donc pas comporter de droits d'information que le Conseil-exécutif lui-même n'a pas vis-à-vis de BLS SA et de BLS Netz AG. Dans le cadre de la haute surveillance aussi, le secret des informations confidentielles doit être garanti.

Récemment, la question du niveau d'approfondissement avec lequel le Contrôle des finances doit exercer sa surveillance de la participation du canton à BLS SA et par conséquent, celle des informations à communiquer à cet organe, ont suscité plusieurs discussions. Elles ont déjà été traitées par le législateur dans le cadre de la révision totale de la loi cantonale sur le Contrôle des finances (LCCF)¹⁴, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2023. Ainsi, dans le cas des entreprises dont le canton est actionnaire et des organisations chargées de tâches publiques, le Contrôle des finances, dans le cadre de sa mission de surveillance, se borne à vérifier si les services cantonaux compétents assument leurs tâches de surveillance et de controlling.

Dans la mesure où la surveillance financière ne porte pas sur la participation, mais sur la perception de prestations cantonales, d'autres règles s'appliquent : lors du contrôle des indemnités versées à BLS SA au titre du transport régional de voyageurs, le Contrôle des finances dispose de droits d'information et de regard plus étendus vis-à-vis de BLS SA (voir ch. 2.3.4 à ce sujet).

8. Place du projet dans le programme gouvernemental de législature (programme législatif) et dans d'autres planifications importantes

Conformément au Programme gouvernemental de législature 2019-2022, le canton doit jouer un rôle moteur pour relever les défis dans le domaine de l'environnement et créer de bonnes conditions générales pour le développement durable. La LBLS, en remplissant le mandat constitutionnel relatif aux participations à BLS SA et BLS Netz AG et en favorisant une plus grande transparence, va dans le sens de ces objectifs. L'adoption de la LBLS est conforme au Programme gouvernemental de législature sans y être explicitement prévue. Du point de vue du contenu, le projet de loi concorde avec la récente révision de la loi cantonale sur le Contrôle des finances et de la loi sur les finances, qu'elle complète de façon pertinente.

9. Répercussions financières

Le projet de loi ne modifie ni les participations du canton à BLS SA et à BLS Netz AG ni leur évaluation. Elle crée une base légale pour maintenir la situation actuelle et n'a donc pas de répercussions financières.

10. Répercussions sur le personnel et l'organisation

Le projet de loi n'a aucune répercussion sur le personnel ni sur l'organisation.

11. Répercussions sur les communes

Le projet de loi n'a aucune répercussion sur les communes.

¹⁴ RSB 622.1

12. Répercussions sur l'économie

L'évaluation réalisée à l'aide de la check-list pour l'analyse d'impact de la réglementation a montré que le projet de loi n'a globalement pas de répercussions pertinentes sur la charge administrative ou financière des entreprises ni sur l'économie.

13. Résultat de la procédure de consultation

La procédure de consultation relative à la LBLS s'est déroulée entre le 9 mars et le 12 juin 2023. Les participantes et participants ont pu soumettre leur avis via les canaux conventionnels ou par voie électronique depuis la plateforme de participation numérique. Au total, 17 réponses ont été remises par écrit, et 17 personnes et organisations ont participé par voie électronique, soit 34 retours en tout. Parmi eux, 15 ne formulaient pas de commentaires sur le fond ou approuvaient le projet de loi. Les réactions sur le fond concernaient essentiellement l'objet de la réglementation de la LBLS, le but de la participation, l'étendue de la participation à BLS SA, l'influence et la surveillance exercées par le Conseil-exécutif et la haute surveillance dont est chargé le Grand Conseil. Diverses propositions visant à modifier et compléter la LBLS ont été soumises. Certaines demandes, concernant l'influence sur les décisions de stratégie et de direction de BLS SA d'une part, et les droits d'information et de consultation d'autre part, ont fait naître des doutes quant à la compatibilité avec le droit supérieur. Sur cette question, une expertise a été demandée au professeur Peter Hettich, professeur de droit public économique à l'Université de Saint-Gall. Son évaluation apporte des réponses claires, s'appuyant sur de nombreuses sources de la doctrine juridique. Cette expertise a servi de référence pour l'évaluation de la procédure de consultation et le remaniement du projet.

13.1 Objet de la réglementation

Le PLR, l'Association PME bernoises et l'Union du commerce et de l'industrie estiment qu'il est possible de se dispenser de la loi malgré le mandat constitutionnel. La majorité des réponses à la procédure de consultation saluent toutefois explicitement ou implicitement la création d'une loi sur la participation concernant BLS SA et BLS Netz AG.

La proposition des Verts de transformer par voie légale BLS SA en un établissement de droit public ne serait pas compatible avec le droit supérieur. Le choix de la forme juridique appropriée doit faire l'objet d'un examen lorsque le canton crée une nouvelle organisation de l'administration décentralisée. Or dans le cas de la LBLS, il s'agit d'une participation cantonale existante dans une société anonyme de droit privé préexistante. Le canton ne peut plus choisir entre différentes formes d'organisation ; cette décision a déjà été prise lors de la création de BLS SA. En tant que société anonyme de droit privé, BLS SA est soumise aux dispositions de droit privé relatives aux sociétés anonymes et aux conditions de modification de la forme juridique. Il n'est pas possible de la nationaliser a posteriori par le biais d'une loi cantonale.

La CGes propose de préciser à l'article 1 que la participation du canton à BLS SA sera réglementée « en tant qu'entreprise d'économie mixte ». Les sociétés anonymes d'économie mixte sont régies par le droit des sociétés anonymes. Conformément à l'article 762 CO, le caractère d'économie mixte de BLS SA et de BLS Netz AG résulte du droit de délégation accordé statutairement au canton. Il n'est pas nécessaire d'introduire une base légale dans le droit cantonal, base qui n'aurait d'ailleurs pas d'effets juridiques. L'ajout proposé n'a donc pas été retenu.

13.2 But de la participation

L'article 2 du projet de loi détermine le but que vise le canton avec ses participations à BLS SA et BLS Netz AG. Le but de la participation ne doit pas être confondu avec l'objet social, défini dans les statuts de chacune des sociétés et ne pouvant être modifié ou fixé par la loi. Le but de BLS SA et de BLS Netz AG ne peut donc pas être réglé dans la LBLS ; l'article énonçant le but de la LBLS se réfère uniquement à la participation du canton.

Plusieurs participants à la procédure de consultation (CGes, PS, PVL, Conférence régionale de l'Emmental) soulignent l'importance capitale d'une offre de transports publics de qualité et abordable, notamment dans les zones rurales. L'article 2 du projet de loi a été remanié pour tenir compte de cette préoccupation. L'article 2, alinéa 1 souligne désormais que la participation du canton à BLS SA et à BLS Netz AG sert à garantir une offre adaptée pour les transports publics régionaux. Le terme « offre adaptée » utilisé ici suit la terminologie du droit public des transports. Le caractère adéquat de l'offre se réfère à la définition de l'offre et de la tarification. La terminologie, adaptée au droit public des transports, intègre ainsi les préoccupations relatives à la qualité de l'offre et à la tarification.

L'article 2, alinéa 2 liste les objectifs politiques plus larges dans lesquels s'inscrit la participation du canton à BLS SA et à BLS Netz AG. Le PEV demande que la politique climatique soit mentionnée comme l'un des objectifs de la participation du canton, en plus des objectifs en matière de politique de mobilité, de politique environnementale et d'aménagement du territoire. De fait, la protection du climat faisant partie des mandats constitutionnels (art. 31a ConstC), mentionner spécifiquement la politique climatique s'avère pertinent. L'article 2, alinéa 2, a été complété en conséquence. Même avec cet ajout, la description de l'objectif se calque sur ce qui existe déjà. Les inquiétudes de l'Association PME bernoises, qui craint que la description du but soit utilisée à l'avenir comme base de financement pour de nouvelles tâches cantonales, sont infondées. D'autres participantes et participants à la procédure de consultation estiment que l'énumération des domaines politiques cités ne suffit pas à définir précisément le but de la participation. Ce dernier devrait être présenté de manière plus concrète, en citant par exemple des documents stratégiques et rapports spécifiques (CGes, PVL, Conférence régionale de l'Emmental). Il convient toutefois d'éviter d'en donner une définition trop étroite qui risquerait de priver le Conseil-exécutif de la souplesse nécessaire pour réagir aux nouveaux problèmes qui pourraient se poser. Les documents stratégiques et les rapports reflètent l'état actuel de la politique, mais ne tiennent pas compte des évolutions futures. La limitation demandée créerait à l'avenir des zones de flou et limiterait les possibilités de réaction face à des évolutions inconnues à ce jour. La description générale de l'article 2, alinéa 2 est donc conservée. Pour des raisons analogues, la demande de la CGes et du PVL, qui souhaitaient que le canton s'oppose aux activités commerciales du groupe BLS sans lien direct avec le mandat de base et qu'il fasse en sorte que les activités ne relevant pas du mandat de base soient externalisées à des filiales, n'a pas été retenue. Le Conseil-exécutif peut aussi œuvrer à la réalisation de ces objectifs sans qu'ils soient inscrits dans la loi, si cela s'avère dans l'intérêt du canton. La loi est toutefois conçue pour longtemps et il est impossible de savoir si les propositions d'instructions étroites concernant l'influence serviront toujours les intérêts du canton à l'avenir.

La CGes demande que l'article 2 soit complété de manière que la réalisation de l'objectif de desserte de base prime sur les autres intérêts du canton. Cela n'éliminerait cependant pas les flous et les conflits d'intérêts. La durabilité de la desserte de base dépend en effet de la stabilité économique de BLS SA. C'est pourquoi, même avec l'ajout demandé par la CGes, il faudrait évaluer au cas par cas quelle procédure est dans l'intérêt du canton. Cet ajout n'apportant dès lors aucune valeur ajoutée, il est possible de s'en passer.

13.3 Étendue de la participation à BLS SA

Les avis divergent en ce qui concerne l'étendue de la participation à BLS SA. Le PLR et l'Association PME bernoises jugent inutile d'imposer une participation majoritaire du canton à BLS SA. Le PLR propose un cadre de participation compris entre 33,4 % (minorité de blocage pour les décisions importantes de l'AG) et 60 %. La Conférence régionale de l'Emmental met en garde de manière générale contre une augmentation du taux de participation, qui mettrait davantage l'accent sur la bonne gestion que sur la bonne desserte en transports publics dans toutes les régions du territoire. Le PS approuve explicitement l'idée que le canton de Berne reste le propriétaire majoritaire de BLS SA. Il estime inutile de fixer une participation maximale dans la loi. De même, le Syndicat du personnel des transports (SEV) et l'Union syndicale suisse demandent que seule soit fixée une participation majoritaire, sans plafond de participation.

Il n'est actuellement pas question de modifier significativement l'étendue de la participation du canton à BLS SA. Le cadre de participation doit donner au Conseil-exécutif une certaine flexibilité pour les achats et les ventes d'actions ; les modifications radicales de la participation, elles, doivent être soumises à l'accord du législateur. L'abandon de la participation majoritaire entraînerait une modification radicale vers le bas. Le PLR et l'Association PME bernoises eux-mêmes ne demandent pas que cette étape soit franchie maintenant. Elle peut donc être réservée à une décision ultérieure du législateur. En supposant que le plafond du cadre de participation soit relevé à 60 %, cette augmentation relativement modeste de la participation (actuellement plafonnée à 55,75 %) nécessiterait à elle seule une procédure législative. Cela semble excessif, dans la mesure où un relèvement aussi minime de la part majoritaire ne constituerait pas un changement fondamental. La marge de manœuvre prévue, allant jusqu'à 70 %, évite une procédure législative excessive. Elle est donc conservée. En augmentant éventuellement la participation à 70 %, ce qui n'est pas prévu à ce jour, le canton obtiendrait une majorité qualifiée. Un relèvement plus important encore n'aurait de sens que dans des circonstances particulières. De plus, d'autres collectivités publiques (Confédération, autres cantons et communes) détiennent une participation de près de 30 % dans BLS SA. Le relèvement de la participation au-delà de 70 % irait ainsi au-delà de l'ordinaire et doit donc être réservé au législateur.

13.4 Stratégie de l'entreprise et décisions de direction

Le fonctionnement d'une société anonyme d'économie mixte est régi par le droit des sociétés anonymes. La Confédération détenant la compétence législative exclusive dans le domaine du droit privé, le canton ne peut modifier ces dispositions. Il lui est notamment interdit d'anticiper dans la loi certaines décisions de stratégie ou de direction du groupe BLS ou encore d'accorder aux autorités cantonales la compétence de prendre de telles décisions à la place des organes de la société. Selon l'expertise du professeur Peter Hettich, une telle réglementation serait contraire au droit fédéral. Les demandes du PS, de l'Union syndicale suisse et du Syndicat du personnel des transports relatives aux prescriptions ou garanties légales pour la négociation de conventions collectives, à la présence du personnel au conseil d'administration et à la politique de rémunération ne peuvent dès lors être mises à exécution, car elles seraient contraires au droit supérieur.

De même, la demande formulée par le Syndicat du personnel des transports et l'Union syndicale suisse, pour que soit inscrite dans la LBLS une réglementation imposant que BLS Netz AG continue de faire partie du groupe BLS, ne serait pas compatible avec le droit supérieur. Du fait de sa participation à BLS SA, le canton n'est pas autorisé à décider de la stratégie du groupe BLS SA. C'est ce qu'a confirmé l'expertise du professeur Hettich. Par ailleurs, la Confédération détient une participation de 50,05 % dans BLS Netz AG. L'intégration de BLS Netz AG dans le groupe BLS dépend donc des intentions de la Confédération à cet égard.

Il serait en outre illicite que la disposition demandée par la CGes et le PVL rende le canton ou le Conseil-exécutif compétents pour prendre des décisions stratégiques pour BLS SA, décisions qui pourraient avoir un effet négatif sur la concurrence interentreprises. Une telle disposition, en plus d'être contraire au droit fédéral, serait aussi inutile, puisque les restrictions illicites à la concurrence sont interdites par la loi fédérale sur les cartels (LCart)¹⁵.

Par conséquent, aucune décision de stratégie ou de direction du groupe BLS ne peut être anticipée dans la loi et les autorités cantonales ne peuvent pas se voir attribuer la compétence de prendre de telles décisions à la place des organes de la société. Pour autant, le Conseil-exécutif peut et doit exercer une influence sur les décisions de stratégie et de direction du groupe BLS par l'intermédiaire de la représentante ou du représentant du canton, en s'appuyant sur sa stratégie de propriétaire. Il peut donner à la représentante ou au représentant du canton des instructions de vote pour les décisions stratégiques du conseil d'administration. Dans ce cas, la représentante ou le représentant du canton doit non seulement voter en conséquence, mais aussi faire en sorte d'obtenir la majorité requise au conseil d'administration pour permettre au canton de faire valoir ses préoccupations. S'il n'obtient pas la majorité au conseil d'administration, le canton ne peut imposer ses objectifs unilatéralement. La représentante ou le représentant du canton doit s'en tenir aux instructions du Conseil-exécutif, qui ne lient cependant pas BLS SA ou son conseil d'administration dans son ensemble.

13.5 Gouvernance par le canton

De l'avis de la CGes, du PVL et du PS, les instruments que le Conseil-exécutif doit utiliser pour exercer la surveillance attendue du propriétaire (concept de surveillance, entretiens de controlling, fréquence et détail d'information par le membre délégué au conseil d'administration, contrôle périodique de la participation) doivent être régis plus précisément et ne pas être simplement décrits en termes de contenu, comme dans le projet mis en consultation.

Le canton a défini dans les Lignes directrices les principaux instruments de gouvernance à appliquer uniformément pour toutes les participations. Les pratiques de gouvernance devant s'adapter aux évolutions futures, elles évoluent elles aussi en permanence. Il n'est donc ni judicieux ni utile de définir ou de préciser des instruments de contrôle et de controlling dans une loi spécifique sur la participation comme la LBLS : l'uniformité des instruments de gouvernance ne serait plus garantie. En tout état de cause, aucune directive du législateur ne lierait BLS SA aux décisions du Conseil-exécutif. Seule la capacité d'action du Conseil-exécutif serait limitée, ce qui n'est pas souhaitable. Contrairement à ce que suggéraient les propositions, le projet de loi renonce donc à formuler des directives concrètes, mais oblige le Conseil-exécutif, à l'article 7, alinéa 1, lettres c et d, à prendre des mesures conceptuelles et organisationnelles, dans le but notamment d'éviter les conflits de rôles. L'article 7 s'appuie ainsi sur des instruments de gouvernance éprouvés (Lignes directrices, stratégie de propriétaire, stratégie de surveillance, etc. ; voir art. 17 LFin), qui prévoient déjà, entre autres, la gestion des conflits d'intérêts et la recherche de conditions de travail socialement acceptables et d'une rémunération modérée des organes dirigeants. Les pratiques de gouvernance devant s'adapter aux évolutions futures, seule la stratégie de propriétaire centrale est explicitement mentionnée à l'article 7. Le fait que le membre délégué au conseil d'administration soit tenu de mettre en œuvre la stratégie de propriétaire va de soi et ne nécessite pas une mention expresse, contrairement à ce que propose la ville de Berne. Les Lignes directrices prévoient la conclusion de contrats de mandat écrits avec des représentantes et représentants externes du canton. En renonçant à définir plus avant les instruments de gouvernance à appliquer, on préserve une marge de manœuvre utile, qui permet notamment une évolution ultérieure de la gestion des participations du canton (voir recommandation 5 du rapport de la CGes du 12 août 2021).

¹⁵ RS 251

Le Conseil-exécutif peut définir la nature et l'étendue des rapports que doit fournir le membre délégué au conseil d'administration. La relation de travail ou de mandat sous-jacente induit qu'en cas de question délicate, le membre délégué au conseil d'administration informe de lui-même le Conseil-exécutif. Selon la doctrine dominante, le devoir d'information du membre délégué au conseil d'administration concerne également les informations confidentielles. En contrepartie, le Conseil-exécutif doit respecter leur caractère confidentiel (voir expertise Hettich, ch. 3.2.3). La formulation choisie dans le projet soumis à consultation – les membres délégués au conseil d'administration informent le Conseil-exécutif « de manière appropriée » sur les affaires de la société – donne au Conseil-exécutif latitude pour adapter la communication avec le membre délégué au conseil d'administration selon les circonstances, en demandant par exemple des informations plus fréquentes et plus détaillées dans des situations délicates. Elle laisse en outre une marge de manœuvre en vue de l'évolution de la gestion des participations (voir recommandation 5 du rapport de la CGes du 12 août 2021).

13.6 Surveillance et haute surveillance

Plusieurs participantes et participants à la procédure de consultation jugent le projet de loi insuffisant en ce qui concerne la surveillance et la haute surveillance de BLS SA. Le Contrôle des finances, le PEV et l'UDC contestent l'absence de dispositions relatives à la surveillance financière dans la LBLS. Dans le contexte de l'affaire des indemnités, la CGes et le PVL demandent à ce que l'usage que le Conseil-exécutif est censé faire de ses droits de participation fasse l'objet d'une réglementation plus précise, notamment en ce qui concerne les éventuels conflits d'intérêts ou de rôles. L'arrêt du Tribunal administratif a montré que le canton pouvait très bien exercer une surveillance sur BLS SA, considérée ici comme une organisation chargée de tâches publiques. De l'avis de la CGes, le fait que le Conseil-exécutif exerce la surveillance sur BLS SA devrait être expressément mentionné dans la LBLS. La CGes, le PVL, le PEV et le PS demandent en outre que la participation du Grand Conseil soit régie par la LBLS.

La surveillance qu'exerce le canton sur BLS SA porte sur différents aspects : premièrement, la participation du canton à BLS SA en tant qu'entreprise d'économie mixte, deuxièmement l'attribution de tâches publiques et troisièmement la perception d'indemnités cantonales.

La LBLS est une loi de participation. Elle concrétise la mise en œuvre du mandat constitutionnel exigeant que la nature et l'étendue des participations cantonales importantes soient réglées dans une loi (art. 95, al. 2, lit. c ConstC). Les droits d'information et de participer découlant de la participation sont régis par le droit des sociétés anonymes. Le canton ne peut en modifier les règles, la compétence législative revenant exclusivement à la Confédération. Il ne peut notamment pas étendre les droits d'information et de participer découlant de sa participation. Il ne peut donc pas faire valoir un droit à l'information privilégié du fait de sa participation à BLS SA, et la LBLS ne peut lui accorder aucun privilège à cet égard, car une telle disposition serait contraire au droit fédéral. C'est ce qui ressort de l'expertise du professeur Hettich datée du 3 novembre 2023 et basée sur la doctrine juridique dominante. Dans son arrêt 2020/196 du 25 janvier 2023, le Tribunal administratif a également indiqué au considérant 5.3 que, selon la doctrine probablement dominante, le canton ne peut se réserver de droits spéciaux non prévus par le droit des sociétés anonymes. En ce qui concerne la participation à BLS SA et à BLS Netz AG, la surveillance financière se limite à la vérification de l'exécution des tâches de surveillance et de contrôle par les services compétents (voir arrêt du Tribunal administratif 2020/196 du 25 janvier 2023, consid. 5.3). La réglementation en la matière figure à l'article 14, alinéa 3 LCCF. Il n'est donc pas nécessaire que la LBLS régie elle aussi la surveillance financière concernant la participation à BLS SA. Une telle duplication pourrait même conduire à des contradictions et à une insécurité juridique, ce qu'il convient d'éviter.

Même dans le cadre des limites fixées par le droit des sociétés anonymes, le Conseil-exécutif peut faire valoir des droits à l'information très étendus vis-à-vis du membre délégué au conseil d'administration. Il doit toutefois garantir la confidentialité en raison de l'obligation de loyauté que le droit des sociétés anonymes impose au membre délégué au conseil d'administration. L'article 8 du projet de loi se fait l'écho de cet impératif.

Conformément à l'article 95, alinéa 3 ConstC, la loi doit assurer une participation adéquate du Grand Conseil. Cette haute surveillance et les droits à l'information du Grand Conseil sont régis par la loi sur le Grand Conseil¹⁶. Le mandat législatif est donc rempli. Il n'est pas nécessaire de régir à nouveau la haute surveillance ou la participation du Grand Conseil dans un texte distinct concernant BLS SA. Cette manière de faire entraînerait des doublons indésirables et inutiles avec la législation du Grand Conseil. Il faut donc y renoncer.

Les informations confidentielles ne peuvent pas être transmises au Grand Conseil dans son ensemble du fait du caractère public de ses délibérations. En général, la haute surveillance ne l'exige pas non plus, car elle n'a pas pour fonction de suivre la microgestion. Mais dans la mesure où la haute surveillance porte parfois sur des informations confidentielles, elle peut être exercée par une commission de surveillance du Grand Conseil, qui doit alors garantir la confidentialité. Sur ce point, les bases juridiques figurant dans la loi sur le Grand Conseil se révèlent suffisantes, raison pour laquelle le LBLS ne contient pas de dispositions propres à ce sujet.

Le droit fédéral sur le transport de personnes constitue la base légale de l'attribution de tâches publiques à BLS SA. La commande de prestations de transport dans le domaine du transport régional de voyageurs indemnisé est effectuée conjointement par la Confédération et le canton. Cela crée des zones de flou quant à l'étendue de la compétence de surveillance cantonale. Le canton possède une compétence de surveillance en cas d'attribution de tâches publiques *cantonales*. Ce point ne peut être clarifié dans la LBLS, car seule la Confédération peut déterminer jusqu'où s'étendent les compétences fédérales et où commencent celles du canton. Conformément à la recommandation de la CGes à ce sujet, le Conseil-exécutif s'efforce d'amener la Confédération à mieux délimiter ces compétences. La LBLS, elle, ne pourra pas répondre à ce besoin de clarification. Réaffirmer dans ce texte la fonction de surveillance du Conseil-exécutif sur les organisations publiques chargées de tâches publiques (cantonales), déjà prescrite par la Constitution cantonale, n'apporterait rien de plus. Le double rôle du canton, à la fois commanditaire et propriétaire, est inévitable. L'article 7 du projet de loi précise comment s'accommoder de cette situation. De même, la participation du Grand Conseil ne concerne que le régime des compétences au sein du canton. Les règles relatives à la participation du Grand Conseil à la surveillance de BLS SA ne clarifient donc pas la délimitation des compétences par rapport à la Confédération. La participation du Grand Conseil est suffisamment décrite dans la loi sur le Grand Conseil. Il n'est ni nécessaire de répéter cette régulation dans la LBLS, ni judicieux de prévoir spécifiquement pour BLS SA une règle différant de la législation sur le Grand Conseil.

La surveillance financière en matière d'indemnités est régie par l'article 14, alinéa 2 LCCF. Conformément à l'arrêt du Tribunal administratif 2020/196 du 25 janvier 2023, les droits de surveillance et d'information du canton découlant du versement d'indemnités ne sont pas liés aux limites fixées par le droit des sociétés anonymes. L'arrêt du Tribunal administratif a montré que le Contrôle des finances peut exercer sa surveillance sur les indemnités versées à BLS SA sur la base juridique de la loi cantonale sur le Contrôle des finances (voir également le ch. 2.3.4). Il n'est donc pas nécessaire de légiférer.

¹⁶ RSB 151.21

14. Proposition

Le Conseil-exécutif propose au Grand Conseil d'adopter la loi sur la participation du canton à BLS SA et BLS Netz AG (LBLS).