



Perspectives concernant la participation à BKW SA

Rapport du Conseil-exécutif au Grand Conseil

Date de la séance du CE : 10 mars 2021
N° d'affaire : --
Direction : Direction de l'économie, de l'énergie et de l'environnement
Classification: Non classifié

Table des matières

1.	Synthèse	3
2.	Contexte	4
2.1	Importance et développement de BKW SA pour le canton de Berne	4
2.2	Contexte et perspectives.....	5
2.2.1	Evolutions sur le marché européen de l'électricité	5
2.2.2	Evolutions des conditions générales sur le marché suisse de l'électricité	6
2.2.3	Stratégie énergétique 2050 et défis pour la force hydraulique suisse	7
2.2.4	Bases de la politique énergétique cantonale	8
2.2.5	Sécurité de l'approvisionnement en électricité en Suisse – répartition fondamentale des compétences.....	8
2.2.6	Rôle des pouvoirs publics dans l'approvisionnement en électricité.....	9
3.	Mandats parlementaires et recommandations de la CGes.....	10
3.1	Motion 113-2019 (Lanz/Aebi)	10
3.2	Constatations et recommandations de la CGes concernant l'exercice de la surveillance du canton sur BKW SA (programme de contrôle KoTrA 2018/2019)	11
3.3	Autres interventions pertinentes	12
4.	Evaluation d'une éventuelle scission du groupe BKW (motion Lanz/Aebi)	16
4.1	Eléments principaux du rapport d'experts	16
4.1.1	Introduction.....	16
4.1.2	Conclusion des experts (chapitre V)	17
4.2	Prise de position de BKW SA.....	18
4.2.1	Introduction.....	18
4.2.2	Prise de position de BKW SA.....	18
4.3	Appréciation du Conseil-exécutif	21
5.	Considérants concernant la participation majoritaire du canton	26
5.1	Loi BKW actuelle	27
5.2	Avantages et inconvénients d'une réduction de la participation cantonale.....	28
5.2.1	Intérêts financiers – limites relevant de la politique de réglementation	28
5.2.2	Intérêts économiques – garantir le maintien du siège principal de BKW dans le canton de Berne.....	30
5.2.3	Intérêts politico-énergétiques – des conditions générales étatiques centrales	30
5.2.4	Maintien de la fourchette de 51-60 pour cent (participation majoritaire sans majorité qualifiée)	31
5.2.5	Réduction de la limite inférieure à 34 pour cent (participation minoritaire avec minorité de blocage)	33
6.	Bilan concernant les étapes ultérieures	34
7.	Proposition au Grand Conseil	34

1. Synthèse

Au cours des dernières années, le Grand Conseil et ses organes ont régulièrement travaillé sur la question de la participation du canton de Berne à BKW SA (voir point 3). Le présent rapport remplit le mandat d'examen de la motion 113-2019 (Lanz/Aebi) adoptée par le Grand Conseil, répond aux questions et examine les recommandations formulées par la CGes dans son courrier du 10 juin 2020 (haute surveillance sur d'autres organisations chargées de tâches publiques, programme de contrôle 2018/19, BKW).

Trois experts externes ont été chargés d'examiner les répercussions qu'aurait une scission de BKW aux niveaux juridique, économique et de la gestion d'entreprise. Selon eux, ces trois perspectives ne peuvent être regroupées en un bilan scientifique global, raison pour laquelle ils ne peuvent pas donner de réponses définitives ni de recommandations communes à la question fondamentale : scission, oui ou non ? La décision s'avère finalement de nature politique pour le canton de Berne en tant qu'actionnaire. Le rapport d'experts est abordé au chiffre 4.1 et joint au présent rapport du Conseil-exécutif. BKW SA a en outre été invitée à prendre position sur la scission et sur d'autres questions concernant la participation cantonale ; ses réflexions sont présentées au chiffre 4.2. Le Conseil-exécutif a examiné les prises de position des experts et de BKW, et les a intégrées dans ses réflexions.

Pour le Conseil-exécutif, les risques et inconvénients potentiels d'une scission de BKW SA l'emportent largement sur les éventuels avantages et opportunités pour les raisons suivantes :

- *BKW SA bénéficie de la garantie de propriété et de la liberté économique ancrées dans le droit fédéral, n'est pas autorisée à tirer un avantage concurrentiel de l'exploitation du réseau et est soumise par ses activités à la législation sur les cartels, qui interdit l'abus de position dominante.*
- *Malgré un contexte de marché exigeant, le groupe BKW affiche d'excellents résultats grâce à son modèle d'affaires intégré. Dans une entreprise aussi florissante, il ne faudrait pas intervenir si cela n'est pas nécessaire.*
- *Le Conseil-exécutif n'estime pas nécessaire de séparer le secteur des prestations de BKW SA. La branche des prestations énergétiques est mise en difficulté par une tendance générale à la consolidation du marché et non par l'acteur du marché « BKW SA ».*
- *Une scission offrirait plutôt des avantages supplémentaires aux grands groupes internationaux et non à la branche cantonale des prestations énergétiques, car ceux-ci sont forts financièrement et seraient les plus à même de racheter le secteur des prestations qui serait alors séparé de BKW.*
- *Les risques juridiques et financiers d'une scission sont considérables pour le canton de Berne : risques de procès et risques liés aux transactions, incertitudes juridiques, risques en matière de responsabilité, risques en matière de perte de valeur, etc. ; le rendement en dividendes serait en outre beaucoup plus faible qu'aujourd'hui.*
- *Il est peu probable que le secteur des prestations, à faible intensité capitalistique, puisse faire courir à l'entreprise des risques importants qui la menaceraient. De tels risques sont plutôt liés au secteur d'activité « Energie ».*
- *Du point de vue de la politique énergétique, le Conseil-exécutif ne voit dans une scission de BKW aucun avantage convaincant, mais surtout des inconvénients. Les objectifs en termes de politique énergétique peuvent avant tout être atteints de manière effective et efficiente via la création de conditions générales étatiques et non via la participation à une entreprise cotée en bourse. Les fournisseurs de prestations et de produits innovants ainsi que les entreprises dotées des compétences-clés correspondantes sont ceux qui s'imposeront le mieux sur le marché libéralisé.*
- *Le conseil d'administration et la direction sont convaincus par le modèle d'affaires intégré actuel avec ses trois secteurs et rejettent catégoriquement une scission de BKW. La séparation du secteur des prestations devrait donc être imposée contre leur volonté et leur conviction. Cela entraînerait une grande crise de confiance, porterait fortement atteinte à la réputation de BKW et provoquerait une baisse considérable du cours de son action. Autant d'éléments qui iraient à l'encontre des intérêts du canton de Berne.*

Au vu de la libéralisation continue du marché de l'électricité et de l'évolution dynamique et prospère de BKW, qui est devenue un groupe international au cours des dernières années, il existe d'autres mesures à prendre aux yeux du canton de Berne (voir ch. 5). En effet, ni la politique énergétique ni la politique d'approvisionnement en énergie ne peuvent être mises en œuvre de manière judicieuse et effective via la participation à une entreprise de la branche (même s'il s'agit d'une grande entreprise à l'échelle du canton). Cela doit plutôt être effectué à travers la création de conditions générales appropriées ainsi qu'au moyen de régulations et de mesures d'encouragement de l'Etat aux niveaux fédéral et cantonal. L'importance des objectifs de propriétaire en termes de politique énergétique doit donc être considérée comme plus faible que ce qui avait été prévu auparavant ; les objectifs de propriétaire en termes de politique économique (empêcher le transfert du siège social, maintenir la création de valeur et le substrat fiscal dans le canton de Berne) gardent en revanche leur pertinence. L'objectif en matière de politique financière de la participation à BKW est le moins important, et ce pour des raisons liées à la politique de réglementation. Aucune raison impérative n'impose au canton de conserver à l'avenir une participation majoritaire. Il peut également s'engager en tant qu'actionnaire minoritaire avec minorité de blocage pour atteindre ses objectifs en matière de politiques énergétique, économique et financière. Pour le Conseil-exécutif, une réduction encore plus importante de la participation cantonale voire la renonciation à une participation cantonale (privatisation totale) n'est en revanche pas envisageable à l'heure actuelle. Le canton n'aurait sinon plus aucune influence particulière sur les décisions stratégiques importantes telles que le transfert du siège social ou les fusions. Il ne serait alors pas possible d'empêcher que BKW soit reprise par un groupe international ayant son siège à l'étranger, qui ne générerait à long terme dans le canton de Berne qu'un minimum de valeur ajoutée et de recettes fiscales. Le groupe serait entièrement libre de vendre ses installations de production, ses réseaux ou l'ensemble de l'entreprise.

Le Conseil-exécutif propose donc au Grand Conseil de ne pas poursuivre l'option de la scission et de créer la marge de manœuvre juridique nécessaire pour passer à une participation minoritaire avec minorité de blocage grâce à une révision de la loi sur la participation du canton à la BKW SA (voir ch. 6 et 7).

2. Contexte

2.1 Importance et développement de BKW SA pour le canton de Berne

L'actuelle société BKW Energie SA – maison mère du groupe BKW – a été fondée en 1898 par des actionnaires privés sous la dénomination « Forces Motrices Bernoises SA ». Même après que le canton de Berne en est devenu l'actionnaire majoritaire, elle est restée une société anonyme de droit privé, dont le siège se trouve à Berne. Depuis 2003, BKW SA est une société ouverte au public, c'est-à-dire une société anonyme de droit privé régie par le Code des obligations (CO ; RS 220) et cotée à la Bourse suisse (SIX Swiss Exchange). Aujourd'hui, BKW SA est la société holding du groupe BKW, actif en Suisse et en Europe dans les secteurs d'activité Energie (production, négoce et distribution), Réseaux et Prestations (Engineering, Building Solutions et Infra Services). L'activité du groupe BKW dans le domaine en situation de monopole (réseau de distribution) est réglementée par l'Etat. Dans le domaine non soumis au monopole, le groupe opère sur le marché en tant que prestataire privé. La législation fédérale sur les cartels lui interdit de procéder à des subventionnements croisés, ou d'utiliser des avantages provenant du domaine soumis au monopole pour améliorer sa position sur d'autres marchés. Le groupe BKW exploite des centrales, commercialise de l'énergie et exploite un réseau de distribution qui alimente en électricité la plupart des communes du canton de Berne et de la région environnante dans le cadre des prescriptions fédérales (loi sur l'approvisionnement en électricité, législation sur les cartels) et sous le contrôle des autorités de surveillance de la Confédération (Commission fédérale de l'électricité [ElCom], Commission fédérale de la concurrence [COMCO]). Il joue ainsi un rôle important dans l'approvisionne-

ment en électricité du canton de Berne piloté au niveau national. Au cours des dernières années, il a développé son activité de prestations, notamment par des acquisitions dans l'espace européen germanophone. Du point de vue économique, il est important de signaler que le groupe BKW est constitué aujourd'hui de plus de 100 entreprises (16 dans le canton de Berne) et qu'il emploie quelque 10 000 personnes (env. 3000 dans le canton de Berne), ce qui représente 8961 postes à plein temps. Il offre également environ 600 places d'apprentissage (200 dans le canton de Berne, état 2019). La capitalisation boursière de BKW SA s'élevait début 2021 à environ CHF 5,4 milliards (contre CHF 1,5 milliard il y a six ans), le total du bilan était de CHF 9,24 milliards fin 2019, soit 11,5 pour cent du produit intérieur brut du canton. BKW a déclaré avoir octroyé en 2020 des mandats d'un volume d'environ CHF 100 millions à des PME bernoises. Les impôts, dividendes et redevances hydrauliques payés par BKW SA génèrent des recettes importantes pour le canton de Berne. Elle est l'une des rares grandes entreprises à avoir son siège principal dans le canton de Berne. Le groupe BKW revêt une grande importance économique pour le canton et fournit une contribution positive au budget cantonal. Cette grande importance économique pour le canton de Berne est également soulignée dans le rapport d'experts sur la scission du groupe BKW « *Aufspaltung der BKW-Gruppe* » des trois professeurs Peter V. Kunz, Christoph A. Schaltegger et Dieter Pfaff, daté du 2 juillet 2020 (voir annexe, p. 15 en haut, ci-après : rapport d'experts).

Aujourd'hui, le canton de Berne détient 52,54 pour cent du capital-actions et des voix de BKW SA, dont il est donc l'actionnaire majoritaire. L'article 7 de la loi du 21 mars 2018 sur la participation du canton à la BKW SA (loi BKW, LBKW ; RSB 741.3) fixe le cadre de la participation cantonale. Celle-ci s'élève au minimum à 51 pour cent et au maximum à 60 pour cent. En vertu de l'article 6 de la LBKW, la participation du canton doit contribuer à la réalisation des objectifs cantonaux en matière de politiques énergétique, économique et financière. Groupe E SA, dont le siège se trouve à Granges-Pacot (canton de Fribourg), en détient dix pour cent et fait ainsi partie de la catégorie boursière des « actionnaires significatifs », qui disposent d'une participation supérieure à trois pour cent¹. Les 37,5 pour cent d'actions restantes sont détenues par de petits actionnaires en Suisse et à l'étranger (état : 2019). Avec un total d'environ 9000 actionnaires enregistrés, BKW SA dispose d'un très vaste actionnariat par rapport aux autres sociétés suisses ouvertes au public.

De l'avis du Conseil-exécutif, BKW SA connaît une évolution réjouissante malgré un contexte économique exigeant, marqué par la faiblesse des prix de gros sur le marché international de l'électricité ainsi que par une production intérieure d'électricité déficitaire. Grâce au succès de ses activités, BKW SA a pu verser des dividendes élevés par rapport à ses concurrents directs au cours des dernières années, notamment un dividende brut de CHF 116,0 millions pour la seule année 2019, dont CHF 61,0 millions en faveur du canton de Berne, son actionnaire majoritaire. Le groupe BKW revêt une grande importance économique pour le canton et fournit une contribution positive au budget cantonal. Le Conseil-exécutif continue d'attendre de BKW une politique commerciale et de gestion des risques prudente.

2.2 Contexte et perspectives

2.2.1 Evolutions sur le marché européen de l'électricité

En Europe, tout comme en Suisse et dans le canton de Berne, le contexte politico-énergétique est en profonde mutation. Au niveau européen, l'augmentation de la concurrence, la liberté de choix pour les consommateurs finaux, des prix raisonnables, une production d'énergie durable et la sécurité de l'approvisionnement constituent des thèmes centraux. Le marché suisse de l'électricité dépend fortement du marché européen. Le renforcement continu du couplage des marchés nationaux d'électricité ainsi que

¹ 80,291 % des actions de Groupe E SA sont détenus par le canton de Fribourg, 1,797 % par le canton de Neuchâtel et 0,836 % par des communes neuchâteloises (état au 31 décembre 2019).

la progression de la transition énergétique en Europe ont aujourd'hui déjà des répercussions considérables, également sur le secteur suisse de l'électricité. La transition au niveau européen va également se poursuivre au cours des prochaines années : l'augmentation de la production décentralisée d'électricité, la sortie du nucléaire de certains pays ainsi que la hausse importante de l'électromobilité n'en sont que quelques exemples. En conséquence de la transition énergétique, le réseau de distribution doit également être adapté aux nouvelles exigences. En même temps, l'UE mise avec le « Green Deal » sur une décarbonisation de l'approvisionnement en énergie et devra ainsi faire face à des besoins en électricité nettement plus élevés.

2.2.2 Evolutions des conditions générales sur le marché suisse de l'électricité

Dans le cadre de la séparation entre le domaine régulé des réseaux, en situation de monopole, et celui de la production, soumis à la concurrence, le réseau de transport (très haute tension) est devenu début 2013 propriété de Swissgrid SA, la société nationale du réseau de transport. L'ordonnance fédérale du 14 mars 2008 sur l'approvisionnement en électricité (OApEI ; RS 734.71) a réglé la première étape de l'ouverture du marché. Les consommateurs finaux utilisant plus de 100 MWh par an ont depuis libre accès au marché. Il est prévu, dans une deuxième étape, d'ouvrir également le marché aux petits consommateurs, mais la date de cette deuxième étape n'est pour l'instant pas encore définie. Avec la stratégie Réseaux électriques, l'accord de Paris sur le climat, la loi sur le CO₂² adoptée par le Parlement, la révision de la loi fédérale du 23 mars 2007 sur l'approvisionnement en électricité (LApEI ; RS 734.7) et l'accord prévu avec l'UE sur l'électricité, la Suisse pose elle aussi des jalons stratégiques efficaces à long terme concernant la sécurité de l'approvisionnement, la décarbonisation et la décentralisation. La stratégie Réseaux électriques est entrée en vigueur en grande partie en 2019 et a été adoptée avec l'objectif de garantir le développement et la transformation des réseaux électriques, de manière adaptée aux besoins et en temps utile. A partir de ce document, la Confédération élabore un scénario-cadre relatif au secteur de l'énergie, qui servira de base aux exploitants de réseaux (société nationale du réseau de transport, gestionnaires de réseaux de niveau 3) pour leurs plans pluriannuels concernant le développement des réseaux électriques. Le premier scénario-cadre devrait être disponible en 2021. Les nouvelles dispositions concernant les plans pluriannuels n'entreront donc en vigueur qu'en juin 2021. Avec le développement de la production d'électricité décentralisée, le pilotage de la production et de la consommation nécessaire pour maintenir la stabilité du réseau électrique devient plus exigeant et requiert une augmentation du recours au numérique. Les systèmes de mesure intelligents apportent une contribution importante à cet effet. Dans le cadre de la Stratégie énergétique 2050, il a donc été décidé de procéder à un déploiement correspondant qui doit être mis en œuvre par les gestionnaires de réseaux de distribution au cours des prochaines années.

Entré en vigueur pour la Suisse en novembre 2017, l'accord de Paris sur le climat doit être mis en œuvre via la loi sur le CO₂ et permettre, à partir de 2022, de diviser par deux les émissions de gaz à effet de serre d'ici à 2030 par rapport au taux d'émissions de 1990. Avec le contre-projet sur l'initiative pour les glaciers, le Conseil fédéral souhaite inscrire dans la Constitution fédérale l'objectif consistant à atteindre la neutralité climatique d'ici à 2050 et ainsi poursuivre sa politique climatique ambitieuse. Le remplacement des chauffages alimentés avec des énergies fossiles par des pompes à chaleur et celui des moteurs à combustion par des moteurs électriques sont en bonne voie et entraînent une hausse significative de la consommation d'électricité. En outre, du fait de la suppression progressive des centrales nucléaires et de la mise en œuvre de la stratégie de décarbonisation, la production hivernale d'électricité ne permettra probablement pas de couvrir les besoins. L'Office fédéral de l'énergie (OFEN) table pour cette période de l'année sur une hausse des importations d'électricité³, alors que l'UE mettra en œuvre au même moment le « Green Deal » et sera également confrontée à une énorme hausse de ses besoins

² Le 12 janvier 2021, un comité référendaire a déposé plus de 100 000 signatures à la Chancellerie fédérale. Il n'est donc pas encore certain que la loi puisse entrer en vigueur.

³ Jürg Rohrer/ Nadia Sperr, *Die Folgen der Dekarbonisierung des Energiesystems auf die Schweizer Stromversorgung*, étude de ZHAW (2018)

en électricité. On ne sait donc pas encore pour l'instant quels volumes d'électricité la Suisse pourra importer à l'avenir. Il est cependant clair qu'à défaut d'un accord avec l'UE sur l'électricité, la Suisse sera de plus en plus dissociée du marché européen de l'électricité ; un tel scénario réduirait encore davantage ses possibilités d'importation pour l'avenir.

Une procédure de consultation sur la révision de la LApEI a été menée jusqu'en janvier 2019⁴. Le projet doit ouvrir le marché de l'électricité aux petits consommateurs, prévoir des réserves de stockage et adapter le cadre de régulation des réseaux électriques. Il doit également permettre de nouveaux modèles commerciaux et prévoir un approvisionnement de base avec des parts minimales d'électricité produite en Suisse et issue d'énergies renouvelables. Alors qu'elles sont nécessaires d'urgence pour la sécurité de l'approvisionnement, les incitations en faveur des investissements à long terme dans le parc de centrales produisant de l'électricité à partir de sources d'énergie renouvelables locales font cependant défaut dans le projet actuel. La loi révisée n'entrera certainement pas en vigueur avant 2024.

2.2.3 Stratégie énergétique 2050 et défis pour la force hydraulique suisse

Après la catastrophe de Fukushima en mars 2011, le Conseil fédéral et le Parlement fédéral ont pris la décision d'abandonner progressivement l'énergie nucléaire, qui fournit actuellement environ 35 pour cent (24 000 GWh) de l'électricité du pays. Cela implique une transformation progressive du système énergétique suisse, et le Conseil fédéral a édicté en ce sens la Stratégie énergétique 2050. Cette stratégie soutient le recours aux potentiels existants et en particulier l'exploitation maximale des possibilités en matière d'énergies renouvelables. Il s'agit de se détacher des agents énergétiques fossiles, dommageables pour le climat, et de l'énergie nucléaire, à haut risque, pour favoriser les énergies renouvelables (eau, vent, soleil). Il est également prévu d'améliorer l'efficacité énergétique à tous les niveaux. Les nouvelles énergies renouvelables (au moins 11 400 GWh en 2035), ainsi que le maintien et le développement de l'énergie hydraulique (au moins 37 400 GWh en 2035) doivent permettre de combler les lacunes causées par l'abandon du nucléaire (cf. art. 2 de la loi fédérale du 30 septembre 2016 sur l'énergie [LEne ; RS 730.0]).

Les mesures d'encouragement fixées à cet effet expireront fin 2022 et 2030. C'est pourquoi le Conseil fédéral a proposé de réviser la loi sur l'énergie et de prolonger les mesures d'encouragement. Dans l'intérêt de la sécurité de l'approvisionnement, les subventions pour la construction de nouvelles grandes centrales hydroélectriques doivent être doublées.

En outre, un objectif de développement de la force hydraulique, dont la production devra atteindre 38 600 GWh d'ici à 2050, va être intégré dans la loi, et les valeurs indicatives pour 2035 seront rendues obligatoires. Au vu des incertitudes qui pèsent sur le marché, des charges à respecter en matière d'écologie, des dispositions en termes de débits résiduels et des pertes de production qui en découlent, l'atteinte de cet objectif constituera un défi de taille.

L'énergie hydraulique contribue actuellement à environ 56 pour cent de la production suisse d'électricité et constitue donc l'élément central de l'approvisionnement en électricité dans le pays. Cependant, la poursuite de l'exploitation des centrales hydroélectriques n'est pas absolument garantie : de 2020 à 2050, des renouvellements de concessions pour la production hydraulique d'environ 25 000 GWh sont prévus, dans le cadre desquels des investissements de rénovation et d'agrandissement doivent en règle générale également être effectués. Les négociations entre les concessionnaires et la communauté concédante seront menées dans un marché de l'électricité libéralisé, dans des circonstances très différentes de celles qui régnaient lors de l'octroi des concessions au milieu du XX^e siècle. Il n'est pour l'instant pas possible de savoir si un niveau de prix durable pourra être atteint, permettant d'importants investissements avec une rentabilité garantie sur le long terme pour le capital engagé. Si ce n'est pas le cas, les

⁴ <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msq-id-72549.html>

investissements dans les nouvelles grandes centrales risqueraient d'être insuffisants, ce qui menacerait la sécurité de l'approvisionnement.

2.2.4 Bases de la politique énergétique cantonale

La politique énergétique du canton de Berne se base sur la législation fédérale et cantonale sur l'énergie ainsi que sur la stratégie énergétique du Conseil-exécutif. Cette dernière indique l'orientation à long terme de la politique énergétique du canton de Berne. Compte tenu de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons prévue dans la Constitution fédérale, la politique énergétique bernoise se concentre sur les bâtiments ainsi que sur l'exploitation d'énergies renouvelables sur le territoire cantonal. Il s'agit d'instaurer un cadre propice à une consommation d'énergie économe et rationnelle, tant pour les nouvelles constructions que pour les bâtiments existants, ainsi qu'à l'utilisation des énergies renouvelables. Le potentiel des énergies renouvelables doit autant que possible être exploité dans le respect du paysage et de la société. En matière d'approvisionnement en électricité, le canton de Berne a pour objectif de couvrir au moins 80 pour cent des besoins en électricité avec des énergies renouvelables d'ici à 2035. La loi cantonale sur l'énergie a notamment pour but de couvrir autant que possible, à l'échelle de tout le canton, les besoins en électricité par des énergies renouvelables et neutres du point de vue des émissions de CO₂ (art. 2 de la loi cantonale du 15 mai 2011 sur l'énergie [LCEn ; RSB 741.1]). La force hydraulique constituera à l'avenir également le pilier le plus important de l'approvisionnement en électricité du canton de Berne. La stratégie d'utilisation de l'eau, qui s'appuie sur la stratégie énergétique, comporte un objectif d'augmentation de la production de 300 GWh par an. Le projet de développement le plus important est la centrale hydroélectrique de Trift de KWO, avec une production d'électricité supplémentaire d'environ 145 GWh/an. Avec une participation de 50 pour cent au capital de KWO, BKW SA est l'investisseur principal de cette centrale, qui revêt un grand intérêt au niveau national également pour la sécurité de l'approvisionnement en électricité à l'avenir.

2.2.5 Sécurité de l'approvisionnement en électricité en Suisse – répartition fondamentale des compétences⁵

L'approvisionnement énergétique relève en principe de la branche énergétique. La Confédération et les cantons créent les conditions générales nécessaires pour que cette branche puisse assurer l'approvisionnement énergétique de manière optimale dans l'intérêt général (art. 6, al. 2 LEne). Concernant plus spécifiquement la sécurité de l'approvisionnement, l'article 8, alinéa 1 LEne prévoit en outre que, s'il apparaît que l'approvisionnement énergétique de la Suisse n'est pas suffisamment assuré sur le long terme, la Confédération et les cantons doivent créer à temps, et dans le cadre de leurs compétences respectives, les conditions permettant d'assurer autant que possible les capacités de production en Suisse.

Outre la création de conditions générales appropriées, l'Etat a également une certaine responsabilité dans le cas où les entreprises du secteur de l'électricité ne rempliraient pas ou ne pourraient pas remplir les tâches qui leur incombent. Il peut prendre des mesures en vertu de la loi fédérale du 17 juin 2016 sur l'approvisionnement économique du pays (loi sur l'approvisionnement du pays, LAP ; RS 531) en vue de remédier immédiatement à des pénuries d'électricité à court terme, ainsi que des mesures en vertu de l'article 9 LAPeI en vue de pouvoir garantir de manière subsidiaire l'approvisionnement en électricité à moyen ou à long terme. Afin de pouvoir évaluer quand une intervention étatique est nécessaire, l'ECom et l'Office fédéral pour l'approvisionnement économique du pays (OFAE) ont chacun mis en place un monitoring de la sécurité de l'approvisionnement en électricité. D'après l'article 22, alinéas 3 et 4 LAPeI,

⁵ Office fédéral de l'énergie : Rapport à l'intention de la CEATE-N, Compétences dans le domaine de la sécurité de l'approvisionnement en électricité du 11 janvier 2017, cf. <https://www.bfe.admin.ch/bfe/fr/home/approvisionnement/approvisionnement-en-electricite/securite-de-approvisionnement-en-electricite.html>

L'EiCom est responsable de la surveillance de la sécurité de l'approvisionnement en électricité. Cela signifie que l'EiCom observe et surveille l'évolution des marchés de l'électricité en vue d'assurer un approvisionnement sûr et abordable dans toutes les régions du pays. A cet effet, elle vérifie notamment l'état et l'entretien du réseau de transport ainsi que l'adéquation régionale des investissements de la société nationale du réseau de transport (art. 22, al. 3 LApEI). Si la sécurité de l'approvisionnement du pays est sérieusement compromise à moyen ou à long terme, l'EiCom propose au Conseil fédéral de prendre les mesures visées à l'article 9 LApEI (art. 22, al. 4 LApEI). Le Conseil fédéral peut prendre des mesures visant à augmenter l'efficacité de l'utilisation de l'électricité, à acquérir de l'électricité et à développer les capacités de production ainsi qu'à renforcer et développer les réseaux électriques (art. 9, al. 1 LApEI). Dans le cadre de ses compétences générales d'exécution (art. 22, al. 1 LApEI), l'EiCom surveille également le respect par les acteurs concernés des dispositions de la législation sur l'approvisionnement en électricité concernant la sécurité de l'approvisionnement.

Les cantons ont eux aussi un rôle à jouer dans la sécurité de l'approvisionnement. La répartition des compétences entre la Confédération et les cantons découle de la Constitution fédérale (Cst ; RS 101). Sont notamment essentiels les articles 3, 42 et suivants de la Constitution, selon lesquels la Confédération n'accomplit que les tâches que lui attribue la Constitution (principe d'attribution des compétences). Les tâches qui ne sont pas attribuées à la Confédération relèvent de la compétence des cantons, et les cantons définissent les tâches qu'ils accomplissent dans le cadre de leurs compétences. Dans le cadre de la politique énergétique, certains principes de la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons sont abordés à l'article 89 de la Constitution. En outre, l'article 91, alinéa 1 de la Constitution prévoit que la Confédération légifère sur le transport et la livraison de l'électricité.

Tout comme la Confédération, les cantons doivent également, dans le cadre de leurs compétences, créer des conditions générales étatiques appropriées pour l'approvisionnement en énergie. Concernant la sécurité de l'approvisionnement en électricité, il convient de souligner que les cantons disposent de la souveraineté en matière d'approvisionnement en eau sur leur territoire et qu'ils sont ainsi responsables des concessions pour les centrales hydrauliques. Ils désignent également les zones de desserte pour les gestionnaires de réseau opérant sur leur territoire (art. 5, al. 1 LApEI). L'attribution d'une zone de desserte doit être effectuée sur la base du droit cantonal. Les cantons disposent également de compétences importantes dans le domaine de l'aménagement du territoire. L'article 6 de la loi fédérale du 22 juin 1979 sur l'aménagement du territoire (loi sur l'aménagement du territoire, LAT ; RS 700) oblige notamment les cantons à élaborer des études de base en vue d'établir leurs plans directeurs. Dans ces études de base, ils doivent également décrire l'état et le développement de l'approvisionnement (art. 6, al. 3, lit. b^{bis} LAT). En outre, un terrain n'est réputé équipé que lorsqu'il est desservi par des conduites auxquelles il est possible de se raccorder sans frais disproportionnés pour l'alimentation en énergie (art. 19, al. 1 LAT).

Grâce à la séparation des activités mise en œuvre avec la LApEI, l'exploitation du réseau a été séparée des autres secteurs d'activité dans le domaine de l'électricité. En conséquence, il n'existe plus de responsabilité globale pour la sécurité de l'approvisionnement. Les acteurs ont désormais des compétences partielles qui découlent en partie des bases légales, mais dans de nombreux domaines également de contrats.

2.2.6 Rôle des pouvoirs publics dans l'approvisionnement en électricité

La législation fédérale sur l'énergie ne comporte pas de prescriptions sur les rapports de propriété ou de participation des entreprises participant à l'approvisionnement en électricité, y compris les réseaux de transport, à l'exception des rapports de propriété concernant le réseau de transport à l'échelon de la Suisse (Société nationale du réseau de transport Swissgrid SA ; cf. art. 18, al. 1 et 2 LApEI). Conformément à l'article 18, alinéa 3 LApEI, « la société nationale veille à ce que son capital et les droits de vote en résultant soient détenus en majorité, directement ou indirectement, par les cantons et les communes ». L'objectif de cette disposition est de garantir que les collectivités (cantons et communes), via le

contrôle effectif qu'elles exercent ensemble sur la société nationale en tant qu'actionnaires, conservent durablement leur influence sur le réseau de transport à l'échelle de la Suisse. Par ailleurs, d'après la législation fédérale sur l'énergie, la production, le transport, le commerce de gros, la distribution et la commercialisation de l'électricité ne sont pas des activités qui doivent nécessairement être effectuées par la collectivité (unités de l'administration centralisée ou décentralisée de cantons ou de communes) ou auxquelles la collectivité doit participer.

La plupart des entreprises d'approvisionnement en énergie sont en revanche aujourd'hui encore contrôlées par les pouvoirs publics – pour des raisons historiques, parce que les infrastructures ont été construites par les pouvoirs publics et du fait des réflexions de l'époque concernant la sécurité de l'approvisionnement. La libéralisation du marché entraîne des changements dans la chaîne classique de création de valeur des entreprises d'approvisionnement en énergie. Par ailleurs, l'importance des frontières géographiques, qui délimitaient autrefois souvent les responsabilités en matière de sécurité de l'approvisionnement, diminue de plus en plus ; les réseaux transfrontaliers, les échanges avec les pays étrangers et l'essor de la numérisation nécessitent des concepts tournés vers l'avenir. Les fournisseurs de prestations et de produits innovants ainsi que les entreprises dotées des compétences-clés correspondantes vont s'imposer sur le marché libéralisé. Le rôle des pouvoirs publics doit être redéfini en tenant compte de ces aspects. La question se pose de savoir pourquoi et dans quelle mesure les pouvoirs publics doivent encore être actifs dans le domaine de l'énergie et s'il est encore impératif qu'ils interviennent encore à l'avenir en tant que propriétaires de centrales et de réseaux de distribution. Du fait de ces évolutions, le rôle du canton de Berne en tant qu'actionnaire majoritaire de BKW SA a changé. Le réseau de transport, essentiel sur le plan stratégique, est désormais réuni sous l'égide de Swissgrid SA, et BKW SA indemnisée en conséquence.

3. Mandats parlementaires et recommandations de la CGes

Au cours des dernières années, la participation du canton de Berne au capital et aux activités de BKW SA a régulièrement donné lieu à l'adoption d'interventions parlementaires par le Grand Conseil ou à des examens, effectués par des organes de haute surveillance du Grand Conseil, de la fonction de surveillance exercée par le canton sur BKW SA. Les interventions et examens les plus importants ayant un lien avec le thème du présent rapport sont résumés brièvement ci-après.

3.1 Motion 113-2019 (Lanz/Aebi)

La motion 113-2019 (Lanz/Aebi) adoptée le 4 septembre 2019 charge le Conseil-exécutif de produire un rapport qui présentera les répercussions d'une scission de BKW en une branche détenue par le canton (infrastructures nécessaires à la couverture des besoins / production d'électricité / négoce d'électricité) et une branche privatisée (prestations) et indiquera comment une telle scission pourrait être mise en œuvre. La motion est motivée par le fait que la participation cantonale à BKW SA est largement acceptée dans les domaines concernant la sécurité de l'approvisionnement, tandis que la participation de l'Etat dans les activités relevant des prestations suscite de plus en plus de critiques. Le rapport que doit établir le Conseil-exécutif servira de base à la discussion politique visant à déterminer si l'option d'une scission de BKW doit être poursuivie. Dans sa réponse à la motion du 14 août 2019, le Conseil-exécutif avait proposé l'adoption de la motion. Il a exposé que la priorité du canton en sa qualité d'actionnaire majoritaire était la mise en œuvre de la stratégie énergétique cantonale ainsi que la contribution à la sécurité de l'approvisionnement. Le secteur des prestations est pour le canton de moindre intérêt ; il fait en premier lieu office de garant par rapport aux importantes fluctuations des prix de l'électricité. Conformément à l'article 6 LBKW, la participation du canton à BKW sert aussi des intérêts économiques et politico-financiers : une entreprise forte et bien positionnée garantit et crée des emplois qualifiés, et contribue à la sécurité de l'approvisionnement. Cotée en bourse, BKW SA rapporte au canton des dividendes ainsi que

des recettes fiscales. Le canton de Berne veut maintenir son investissement dans BKW et le substrat fiscal dans le canton de Berne. Une éventuelle scission constituerait une intervention radicale dans la structure de l'entreprise et le modèle de réussite, et aurait de vastes répercussions juridiques, économiques et financières. Sans analyse approfondie, il n'est pas possible de répondre à la question de savoir si et comment une séparation des champs d'activité de BKW pourrait être obtenue d'une autre manière et quels en seraient les avantages et inconvénients. Le Conseil-exécutif s'était donc déclaré prêt à faire clarifier de manière approfondie les répercussions ainsi que les possibilités juridiques de mise en œuvre d'une scission et à présenter un rapport à ce sujet. Le présent rapport permet de satisfaire aux exigences de la motion 113-2019.

3.2 Constatations et recommandations de la CGes concernant l'exercice de la surveillance du canton sur BKW SA (programme de contrôle KoTrA 2018/2019)

Dans le cadre de ses tâches de haute surveillance sur d'autres organisations chargées de tâches publiques (KoTrA), pendant le programme de contrôle 2018/2019, la Commission de gestion du Grand Conseil (CGes) a examiné de manière approfondie la surveillance exercée sur BKW SA par le Conseil-exécutif et la Direction compétente. En conséquence, elle a notamment recommandé au Conseil-exécutif par courrier du 10 juin 2020 de clarifier sur le principe, au-delà du mandat parlementaire découlant de la motion Lanz/Aebi, les opportunités et les risques qui résultent à moyen et à long termes pour le canton de sa participation à BKW SA, de formuler plus précisément dans les bases et dispositions juridiques correspondantes l'intérêt essentiel que cette participation revêt pour le canton (loi BKW, stratégie de propriétaire, stratégie de surveillance) et de définir des indicateurs qui permettent de mesurer l'atteinte des objectifs fixés. Il convient avant tout d'examiner d'un point de vue critique l'importance des intérêts de politique financière. Dans sa réponse du 12 août 2020, le Conseil-exécutif annonçait qu'il envisageait d'élargir sa perspective dans son rapport, et notamment de comparer les opportunités et les risques qui découlent pour le canton de sa position d'actionnaire majoritaire avec ceux qui résulteraient d'une participation minoritaire ou d'un abandon complet de la participation cantonale. Il a expliqué qu'il examinerait les autres demandes de la CGes et lancerait les travaux correspondants suite aux débats parlementaires relatifs au rapport sur une éventuelle scission de BKW SA. Il a précisé qu'il examinerait d'un œil critique tous les intérêts du canton (et pas seulement les intérêts de politique financière) et clarifierait également précisément quelle importance revêtent dans ce contexte les conditions fixées par le droit fédéral. Le Conseil-exécutif a en outre mentionné qu'il avait soumis à une première évaluation au bout de deux ans le modèle de la représentation cantonale au sein des conseils d'administration de BLS SA et de BKW SA et que le modèle avait fait ses preuves. D'après l'état actuel de la doctrine et de la science, une représentation externe fait partie des éléments garantissant une bonne gouvernance des entreprises publiques. Le Conseil-exécutif a par ailleurs déclaré qu'il continuerait d'observer les évolutions et réévaluerait si nécessaire le modèle ultérieurement, notamment pour BKW SA en lien avec d'éventuels changements de la politique de participation, dans le cadre de l'analyse approfondie du rapport fourni au Parlement à propos d'une éventuelle scission de BKW SA.

Le présent rapport traite et répond aux questions concernant la participation et la scission. L'adaptation recommandée de la stratégie de propriétaire ainsi que la révision de la LBKW ne pourront en revanche être mises en œuvre qu'une fois que le Grand Conseil aura approuvé la procédure demandée dans le présent rapport (cf. ch. 6 du rapport).

Les autres recommandations de la CGes ne concernent pas exclusivement la participation du canton de Berne à BKW SA, mais aussi les autres participations cantonales (harmonisation des stratégies de propriétaire, élaboration d'une directive exhaustive sur la bonne gouvernance d'entreprises publiques, établissement d'un rapport sur l'exercice de la surveillance sur les principales participations cantonales). Entre-temps, le Conseil-exécutif a transféré la « Stratégie générale de surveillance et de controlling des participations, entreprises et institutions cantonales » (« Stratégie RCE ») dans des Lignes directrices

sur la gouvernance d'entreprises publiques qui sont entrées en vigueur au 1^{er} janvier 2021⁶. Ces lignes directrices comportent également des prescriptions concrètes concernant les contenus des différentes stratégies de propriétaire. Les autres travaux effectués à ce sujet pour la participation à BKW SA s'appuieront sur ces bases mises à jour.

Le rapport sur la rémunération des organes de direction stratégique et opérationnelle dans les participations cantonales a été présenté par le Conseil-exécutif le 18 novembre 2020 en vue de la session de printemps 2021⁷. Il est renvoyé à ce rapport pour les questions concernant la rémunération des organes de direction stratégique et opérationnelle de BKW SA. Elles ne sont pas l'objet du présent rapport sur les perspectives concernant la participation du canton à BKW SA.

3.3 Autres interventions pertinentes

En lien avec la participation du canton de Berne à BKW SA, les autres interventions pertinentes suivantes ont notamment été soumises et débattues au Grand Conseil au cours des dernières années :

- Le 25 novembre 2015, le groupe PLR a déposé la motion 302-2015 « Vente des parts du canton dans le capital de BKW ». La motion demandait que le Conseil-exécutif soit chargé de soumettre un projet de loi qui jette les bases de la vente des actions du canton dans le capital de BKW. Il était indiqué dans le développement que, dans le cadre de sa stratégie d'entreprise consistant à proposer une palette complète dans le domaine de l'approvisionnement en énergie, BKW acquerrait de plus en plus d'entreprises actives notamment dans le domaine des installations techniques du bâtiment, du bâtiment ou de l'ingénierie. Le capital de BKW appartenant en majorité au canton, ces activités suscitent la critique des entreprises privées présentes dans ces secteurs. Le meilleur moyen d'éviter ces critiques serait que le canton se retire du capital de BKW. Le Conseil-exécutif a proposé d'adopter la motion et a indiqué qu'il avait remanié sa stratégie de propriétaire à l'automne 2015 et qu'il élaborerait une loi sur la participation à BKW. La motion a été adoptée sous forme de postulat par le Grand Conseil lors de la session de juin 2016 par 106 voix contre 31 et 11 abstentions. Cependant, à la demande de la Commission des finances et contrairement à la proposition initiale du Conseil-exécutif, le cadre de la participation du canton à BKW SA a été fixé à 51 pour cent au minimum à l'article 7, alinéa 1 LGBKW (cf. chiffre 5 du présent rapport).
- La motion 210-2016 Rüegsegger (Riggisberg, UDC) « Electricité solaire : BKW doit assumer ses responsabilités ! » a été soumise le 4 novembre 2016. Elle demandait que le Conseil-exécutif exploite les possibilités que lui offre le statut d'actionnaire majoritaire du canton dans BKW pour annuler la baisse de la rétribution de l'électricité solaire et « en relever le taux à un niveau conforme à l'esprit du temps ». Il était indiqué dans le développement qu'il était choquant que BKW ait baissé son taux de rétribution de l'électricité solaire produite par les petites installations de CHF 0.115 à CHF 0.04 le kilowattheure, mais qu'elle continue de facturer l'électricité à ses clients au tarif de CHF 0.0937 le kilowattheure. En outre, BKW envisageait manifestement de « plumer » encore un peu plus les exploitants d'installations photovoltaïques en leur proposant des produits BKW supplémentaires leur permettant de stocker l'électricité localement. La motion 218-2016 Bachmann (Nidau, PS) déposée le 20 novembre 2016 « Annuler la baisse du taux de rétribution de l'électricité solaire » demandait également au Conseil-exécutif de faire le nécessaire pour que BKW annule sa décision de rétribuer à CHF 0.04 le kilowattheure l'électricité réinjectée produite à partir d'installations photovoltaïques. Elle souligne qu'au cours des

⁶ https://www.be.ch/portal/fr/index/mediencenter/medienmitteilungen.meldungNeu.html/portal/fr/meldungen/mm/2020/12/20201216_1441_regierungsrat_genehmigtpubliccorporategovernancerichtlinien?utm_source=rss&utm_medium=Medienmitteilungen&utm_campaign=Regierungsrat+genehmigt+Public+Corporate++Governance+Richtlinien

⁷ Rapport du Conseil-exécutif du 18 novembre 2020 sur la rémunération des organes de direction stratégique et opérationnelle dans les participations cantonales ; https://www.be.ch/portal/fr/index/mediencenter/medienmitteilungen/suche.archiv.meldungNeu.html/portal/de/meldungen/mm/2020/11/20201119_1203_regierung_will_keinefixenverguetungsobergrenzen.html

dernières années, l'installation de panneaux photovoltaïques avait été encouragée à l'aide de publicités, de subventions et de promesses. De nombreux propriétaires d'immeubles ont investi et injectent une partie de l'électricité produite dans le réseau. La rétribution de cette injection contribue à amortir l'installation. La réduction considérable de la rétribution est incompréhensible étant donné qu'elle freine les investissements dans les installations photovoltaïques et qu'elle met cette dernière sur le même plan que l'électricité grise.

Le Conseil-exécutif a proposé de rejeter les deux motions dans sa réponse commune du 26 avril 2017. Il y indiquait que l'adaptation de prix effectuée par BKW faisait suite à une décision de la Commission fédérale de l'électricité (ElCom), par laquelle celle-ci a précisé pour la première fois les conditions générales de rétribution de l'énergie électrique de producteurs indépendants. C'est pourquoi BKW avait adapté sa rémunération au 1^{er} janvier 2017 et l'avait déterminée de manière à ce qu'elle corresponde au moins au prix du marché de l'électricité grise. Comme en matière d'énergie solaire, l'offre dépasse la demande sur le marché, BKW devrait vendre à perte l'énergie solaire excédentaire en tant qu'énergie grise, ce qui serait contraire au but lucratif de la société. Du point de vue entrepreneurial et juridique, la décision de BKW peut donc se comprendre. Comme cette décision relève de la compétence exclusive de la direction de l'entreprise, le Conseil-exécutif ne dispose d'aucune influence directe via son représentant au conseil d'administration de BKW et pourrait seulement s'efforcer d'obtenir un renouvellement du conseil d'administration pour le contraindre à fixer de nouveaux tarifs. De telles décisions pourraient cependant être attaquées par voie de droit et entraîner des actions en responsabilité si le conseil d'administration n'agissait pas conformément aux intérêts de la société. Le Conseil-exécutif a estimé qu'une telle démarche serait complètement disproportionnée, risquée, et nullement judicieuse. Les deux motions ont été débattues ensemble lors de la session de juin 2017 et adoptées.

- La motion 126-2018 Vanoni (Zollikofen, Les Verts) « Halte à la politique tarifaire de la BKW SA, contraire aux objectifs de la politique énergétique ! » a été déposée le 12 juin 2018. Elle revient sur l'adoption par le Grand Conseil des deux motions 210-2016 « Electricité solaire : BKW doit assumer ses responsabilités ! » et 218-2016 « Annuler la baisse du taux de rétribution de l'électricité solaire ». Le Conseil-exécutif devait être chargé d'exploiter toutes les solutions possibles pour que BKW cesse de contrevenir aux objectifs de la politique énergétique du canton de par sa politique tarifaire. Les motionnaires demandaient l'exécution efficace de l'article définissant le but de la loi BKW (ch. 1), l'adaptation appropriée de la stratégie de propriétaire et le renforcement des efforts déployés pour la mettre en œuvre (ch. 2), l'application correcte de la nouvelle ordonnance fédérale du 1^{er} novembre 2017 sur l'énergie (OEne ; RS 730.01) en ce qui concerne le tarif de la réinjection (ch. 3) ainsi que l'adaptation des coûts du réseau afin que les personnes produisant elles-mêmes de l'électricité ne soient pas pénalisées (ch. 4). BKW a été vivement critiquée parce qu'elle a beaucoup moins bien rémunéré l'électricité solaire que la majorité des autres entreprises d'énergie. Elle a manqué le coche pour aligner elle-même sa politique tarifaire aux objectifs de politique énergétique du canton de Berne et de la Suisse, elle rechigne à mettre en œuvre les prescriptions fédérales (art. 12 OEne) et s'est contentée d'augmenter très légèrement le tarif du courant réinjecté à CHF 0.044 le kilowattheure. L'exemple suivant montre les conséquences de cette tarification : les propriétaires d'une maison locative ont profité du fait qu'ils devaient rénover leur toit pour équiper le pan sud de panneaux solaires et utiliser le courant solaire ainsi produit pour faire fonctionner la pompe à chaleur qu'ils possédaient déjà. Après la rénovation, malgré une réduction de 1100 kWh de l'électricité achetée à BKW, leur facture d'électricité n'a pas diminué, mais a au contraire augmenté d'environ 1000 francs par rapport à l'année précédente. Cette situation s'explique par le caractère discriminant des tarifs de BKW pour les propriétaires de pompes à chaleur utilisant leur propre électricité solaire. Dans sa réponse à la motion, le Conseil-exécutif a proposé l'adoption du point 1 de la motion et le rejet des autres points. Il a expliqué que, suite aux débats sur les motions 210-2016 et 218-2016, il a informé la direction de BKW SA de manière parfaitement claire de ce que le Grand Conseil attendait de l'entreprise. Etant donné que le canton, pour des raisons d'ordre légal,

n'avait aucune possibilité de modifier cette décision opérationnelle de la direction de l'entreprise, il n'avait rien pu faire de plus. Le Conseil-exécutif a indiqué qu'il appliquerait bien évidemment la nouvelle LBKW dans le cadre de ses compétences. Il convient toutefois de rappeler que la LBKW n'octroie pas de nouveaux droits au canton en tant qu'actionnaire majoritaire. Ceux-ci se fondent toujours sur le Code suisse des obligations (CO). La stratégie de propriétaire n'a pas de caractère contraignant pour BKW et n'a pas de répercussions sur les droits du Conseil-exécutif. Une adaptation de la stratégie de propriétaire ne pourrait donc pas contribuer à satisfaire la demande formulée dans la motion. Concernant le tarif de rétribution du courant solaire injecté, le Conseil-exécutif a souligné dans sa réponse à la motion que BKW observait les prescriptions fédérales. Depuis 2018, elle verse une rétribution supplémentaire de CHF 0.045 par kilowattheure pour les garanties d'origine d'installations photovoltaïques ; la rétribution totale pour le courant solaire injecté s'élève ainsi à CHF 0.089 par kilowattheure. Par rapport à d'autres entreprises d'électricité en Suisse, BKW se situe dans la moyenne. D'ailleurs, le contrôle et l'évaluation des tarifs de rétribution et des tarifs d'utilisation du réseau ne relèvent pas de la compétence du Conseil-exécutif mais de celle de la Confédération ou de l'EiCom. Le motionnaire a par la suite retiré les points 2 à 4 de la motion. Le Grand Conseil a adopté le point 1 de la motion mais a rejeté le classement de cette dernière.

- La motion 202-2019 Alberucci (Ostermundigen, pvl) « Rente de monopole de BKW : faire la transparence » a été déposée le 2 septembre 2019. Elle demandait que le Conseil-exécutif présente dans un rapport au Grand Conseil les bénéfices garantis par la loi à BKW dans le domaine du réseau (ch. 1), les coûts du capital calculés par BKW tels que facturés aux consommateurs d'électricité (ch. 2), les recettes supplémentaires annuelles engrangées par BKW grâce à la régulation des prix de l'électricité facturés à la clientèle captive et les recettes effectives réalisées (ch. 3). Il ressort des explications du motionnaire qu'il souhaite s'assurer qu'en cas de scission de BKW en deux entités, les bénéfices réalisés grâce à l'utilisation du réseau reviennent à la partie étatique de BKW. Dans sa réponse à la motion, le Conseil-exécutif renvoyait à sa réponse à la motion 126-2016⁸, en grande partie identique, qui avait été rejetée par le Grand Conseil. Il expliquait que les bases permettant de fixer le tarif de l'utilisation du réseau ainsi que le tarif de l'énergie dans l'approvisionnement de base sont définies par le législateur fédéral ainsi que par le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC) et l'EiCom. La rémunération pour l'utilisation du réseau ne doit pas dépasser la somme des coûts imputables et des redevances et prestations fournies à des collectivités publiques (cf. art. 14, al. 1 LApEI). La composante tarifaire due pour la fourniture d'énergie aux consommateurs finaux avec approvisionnement de base se fonde sur les coûts de production d'une exploitation efficace et sur les contrats d'achat à long terme du gestionnaire du réseau de distribution (cf. art. 4, al. 1 OApEI). Il est ainsi exclu qu'un fournisseur d'énergie exerce son emprise sur le marché du fait de sa situation de monopole et qu'il puisse ainsi réaliser une rente de monopole. Le Conseil-exécutif a indiqué dans sa réponse le taux d'intérêt calculé du capital investi dans le réseau électrique, fixé de manière contraignante par le DETEC pour 2020 (cf. ch. 2 de la motion) et a en outre souligné que le canton de Berne n'était pas habilité en tant qu'actionnaire majoritaire à consulter certaines données commerciales ou certains calculs du groupe BKW. La motion a été rejetée le 2 juin 2020, sauf le chiffre 2 qui a été adopté et classé.
- La motion 219-2019 Rappa (Burgdorf, PBD) « BKW : indemnités clairement réglementées et but clairement défini » demandait à ce que le Conseil-exécutif exige que les modifications suivantes soient apportées aux statuts de BKW Energie SA (BKW SA) et qu'elles soient mises en œuvre : le Conseil-exécutif peut donner des instructions de vote au ou à la représentant-e du canton au sein du conseil d'administration (ch. 1), le Conseil-exécutif a le droit de consulter les procès-verbaux des réunions du conseil d'administration (ch. 2), le règlement des rémunérations doit être approuvé par le Conseil-exécutif (ch. 3) et le but de la société doit être formulé avec davantage

⁸ Cette motion n'est pas résumée ici car elle est en grande partie identique à la motion 202-2019.

de précision et mentionner en particulier la production et la fourniture d'électricité comme cœur de métier (ch. 4). Le chiffre 4 de la motion est directement lié à la stratégie de développement du secteur des prestations poursuivie par BKW SA, qui a fait l'objet de nombreuses critiques et est également abordée dans la motion 113-2019 qui sous-tend le présent rapport.

Le Conseil-exécutif a proposé l'adoption et le classement du chiffre 1 de la motion, et le rejet des autres points. Il a expliqué que le droit en vigueur autorisait déjà le Conseil-exécutif à donner des instructions de vote à son ou sa représentant-e au conseil d'administration dans la mesure où ces instructions ne sont pas contraires au but lucratif de l'entreprise. En revanche, les chiffres 2 et 3 contreviennent au droit supérieur. Selon la doctrine dominante, les secrets de fabrication et d'affaires d'une société d'économie mixte sont exclus du droit de consultation des documents dont dispose la collectivité publique. En outre, les rémunérations des membres du conseil d'administration et de la direction sont fixées par l'Assemblée générale (cf. art. 2, ch. 4 de l'ordonnance du 20 novembre 2013 contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse [ORAb ; RS 221.331]). Concernant la modification du but de la société, le Conseil-exécutif souligne que, en vertu de l'article 704, alinéa 1, chiffre 1 CO, une décision de l'assemblée générale recueillant au moins les deux tiers des voix représentées (majorité qualifiée) est nécessaire pour effectuer une telle modification et que le canton en tant qu'actionnaire majoritaire ne peut donc pas imposer une modification des statuts dans le sens de la demande.

Dans le cadre des débats parlementaires, le motionnaire a retiré les chiffres 2 et 3 de la motion et a transformé le chiffre 4 en postulat. Le motionnaire a expliqué qu'il souhaitait ainsi soutenir l'orientation de la motion 113-2019. Si une scission du groupe BKW avait lieu, le but de la société devrait être adapté en conséquence. Le Grand Conseil a adopté et classé le chiffre 1 de la motion. Le chiffre 4 de la motion a été adopté sous forme de postulat par 70 voix contre 60 et 12 abstentions.

Comme l'auteur de la motion, le Conseil-exécutif est d'avis que le but de la société devrait être adapté en cas de scission de BKW ou de vente du secteur des prestations. Cependant, il convient tout d'abord d'examiner dans le cadre du présent rapport si l'option d'une scission doit réellement être poursuivie.

- La motion 223-2019 Zimmermann (Frutigen, UDC) « Filiales de BKW : égalité des armes et transparence » exige que le Conseil-exécutif entreprenne tout ce qui est en son pouvoir en sa qualité d'actionnaire majoritaire pour obliger BKW Energie SA à faire l'entière transparence sur les rapports de propriété de ses filiales vis-à-vis du public, des milieux économiques et des PME. En conséquence, toutes les filiales de BKW devraient immédiatement être reconnaissables comme telles d'après leur logo, leur raison sociale, leur site Internet ainsi que la documentation de l'entreprise (ch. 1). En outre, lors d'un appel d'offres, il ne doit pas être admis que plusieurs filiales déposent une offre (ch. 2). Si des filiales participent à la phase d'étude et d'appel d'offres, toutes les filiales doivent être exclues de la réalisation (ch. 3). Cette motion présente également un lien avec le développement des activités de prestations du groupe BKW. Elle montre que les autres participants aux appels d'offres craignent que des bureaux d'ingénieurs et d'étude du groupe BKW puissent privilégier lors d'appels d'offres des entreprises de techniques du bâtiment du groupe BKW par rapport aux autres soumissionnaires.

Dans sa réponse, le Conseil-exécutif indique qu'il ne peut pas exercer d'influence directe sur les activités opérationnelles de BKW SA et de ses filiales. Les participations aux appels d'offres et l'adjudication de mandats se basent sur le droit régissant les marchés publics. Il est possible de vérifier au cas par cas dans le cadre d'une procédure de recours si une infraction a été commise contre ces prescriptions.

Dans le cadre des débats parlementaires, le motionnaire a transformé les points 1 et 2 en postulat. Le Grand Conseil a rejeté tous les points présentés sous forme de postulat et de motion.

- La motion 051-2019 Mentha (Liebefeld, PS) « Il est urgent d'investir dans l'hydraulique » charge le Conseil-exécutif de veiller à ce que la société BKW (BKW Energie SA), en tant qu'actionnaire

principal des Forces motrices de l'Oberhasli (KWO), appuie et fasse avancer au plus vite la réalisation du projet de centrale hydroélectrique de Trift. Il ressort du développement de la motion que le motionnaire craint que BKW se concentre trop fortement sur les investissements dans le domaine des prestations et ne fasse pas dûment avancer les investissements dans le domaine de l'énergie hydraulique.

Le Conseil-exécutif a proposé l'adoption de la motion et a indiqué dans sa réponse qu'il n'avait certes pas de possibilités légales de dicter au groupe BKW des décisions d'investissement, mais qu'il interviendra, lors de discussions stratégiques avec la direction de BKW, pour que le projet Trift puisse être mis en œuvre.

Le Grand Conseil a adopté la motion à une large majorité le 15 mai 2019 par 142 voix sans opposition et avec deux abstentions.

- Dans le postulat 016-2019 Imboden (Berne, Les Verts) « Prise en compte de la RSE dans les investissements et participations réalisés à l'étranger par BKW SA », le Conseil-exécutif a été prié d'effectuer différentes clarifications concernant les investissements du groupe BKW à l'étranger et notamment de clarifier si BKW respecte les traités internationaux et si elle assume sa responsabilité d'entreprise. Le postulat s'appuie sur différents reproches faits à BKW en lien avec des investissements à l'étranger concernant de soi-disant violations des droits humains et pollutions de l'environnement.

Dans sa réponse, le Conseil-exécutif indique qu'il a demandé les renseignements correspondants à BKW SA. Cette dernière l'a informé qu'elle investissait exclusivement dans des pays européens ayant ratifié la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH ; RS 0.101). S'agissant de ses investissements, BKW SA se conforme par ailleurs aux bases juridiques en vigueur dans le pays en question. Elle dispose en outre d'un code de conduite et d'un code des fournisseurs internes à l'entreprise. S'appuyant sur les informations communiquées par BKW SA, le Conseil-exécutif a expliqué qu'il ne voyait pas la nécessité de prendre d'autres mesures visant à ce que BKW assume sa responsabilité d'entreprise. Il a donc proposé l'adoption du postulat et son classement. Le Grand Conseil l'a suivi dans sa proposition.

4. Evaluation d'une éventuelle scission du groupe BKW (motion Lanz/Aebi)

4.1 Eléments principaux du rapport d'experts

4.1.1 Introduction

Suite à l'adoption de la motion 113-2019 (Lanz/Aebi), la Direction de l'économie, de l'énergie et de l'environnement du canton de Berne (DEEE) a fait examiner par trois experts externes les répercussions qu'aurait une scission de BKW en une branche détenue par le canton (infrastructures nécessaires à la couverture des besoins / production d'électricité / négoce d'électricité) et une branche privatisée (prestations). Peter V. Kunz, professeur en droit économique à l'Université de Berne, s'est intéressé aux répercussions juridiques, Christoph A. Schaltegger, professeur en économie politique à l'Université de Lucerne, a examiné les répercussions économiques et Dieter Pfaff, professeur en comptabilité à l'Université de Zurich, a analysé les conséquences sur la gestion de l'entreprise. Les trois experts ont présenté dans un rapport commun daté du 2 juillet 2020 les répercussions qu'aurait une scission de BKW du point de vue juridique, économique et de la gestion de l'entreprise, et ont répondu aux questions qui leur avaient été posées.

Dans leur rapport, les experts se prononcent d'abord sur le mandat attribué et sur les questions posées. Ils indiquent dans le cadre de l'introduction qu'ils ont effectué leurs clarifications de manière indépendante du canton de Berne en tant que mandataire. Ils ajoutent qu'ils n'ont pas établi les faits eux-mêmes,

mais qu'ils se sont en partie appuyés sur des documents du groupe BKW. Pour des raisons de confidentialité et notamment à cause de réflexions concernant la réglementation boursière, ils n'ont pas pu publier dans leur rapport toutes les conclusions tirées de ces documents. En outre, dans le cadre du rapport d'experts, il n'a pas été possible d'effectuer de *due diligence*⁹ du groupe BKW ni d'examiner l'ensemble des répercussions juridiques qu'aurait une scission. Il n'a notamment pas été possible d'aborder les aspects relevant du droit fiscal ni les faits concernant l'étranger. Si l'idée d'une scission de BKW était poursuivie, d'importantes clarifications supplémentaires devraient donc encore être effectuées, ce qui nécessiterait beaucoup de temps et d'argent. Il ne sera donc judicieux d'effectuer de telles clarifications que s'il apparaît avec certitude que la scission doit vraiment avoir lieu. Le présent rapport d'experts constitue une première analyse en vue de décider au niveau politique s'il faut poursuivre ou rejeter l'option d'une scission de BKW SA.

Le texte suivant a été exclusivement rédigé par les trois experts mandatés qui en assument l'entière responsabilité¹⁰. Il est donc cité entre guillemets et intégralement écrit en italique. Il reprend textuellement la conclusion figurant au chapitre V du rapport d'experts ci-joint, auquel nous renvoyons pour de plus amples détails. Chaque professeur assume la responsabilité de sa partie (perspectives juridique, économique et de gestion d'entreprise) : le professeur Kunz (Université de Berne) pour le point de vue juridique, le professeur Schaltegger (Université de Lucerne) pour le point de vue économique et le professeur Pfaff (Université de Zurich) pour le point de vue de la gestion d'entreprise. De l'avis des professeurs, ces trois perspectives ne peuvent être regroupées en un bilan scientifique global, raison pour laquelle ils ne peuvent pas donner de réponses définitives ni de recommandations communes à la question fondamentale : scission, oui ou non ? (voir à ce sujet également le chapitre I, Introduction, chiffres C-F du rapport d'experts).

4.1.2 Conclusion des experts (chapitre V)

« Du point de vue juridique, il convient de souligner qu'une « scission » serait autorisée et possible, même s'il convient d'opérer une distinction entre la « scission » en tant qu'externalisation du secteur des prestations du groupe BKW et la « scission » de l'actionnariat de BKW SA. La première variante semble relativement facile à mettre en œuvre, même si elle est entre autres liée à des risques financiers pour le canton de Berne ; la deuxième variante serait plus difficile à réaliser et serait liée à des risques plus élevés et à un besoin de capital non négligeable. Sur le plan juridique, les deux « scissions » seraient donc faisables, mais pas impératives.

Du point de vue économique, il existe trois types de risques inhérents au fait que le canton de Berne soit l'actionnaire majoritaire de BKW SA : « too-big-to-fail », distorsions concurrentielles et risques liés aux subventions sur les marchés européens. En tant qu'actionnaire majoritaire de BKW, le canton de Berne devrait aborder et gérer ces risques de manière appropriée conformément aux exigences de bonne gouvernance. Une séparation entre le groupe BKW et le secteur des prestations renforcerait la gestion des risques dans les trois domaines de risques. Une telle séparation contredirait toutefois la logique industrielle poursuivie jusqu'à présent avec succès par le groupe BKW, c'est-à-dire qu'il en résulterait au niveau politique un potentiel de conflit entre l'actionnaire majoritaire et la direction de BKW. On peut donc se demander s'il n'y aurait pas des possibilités d'interventions « plus douces » de la part de l'actionnaire majoritaire pour prendre en compte les risques, par exemple grâce à l'attribution d'un mandat de prestations couplé à une directive en termes de fonds propres.

Du point de vue de la gestion d'entreprise, aussi bien le statu quo qu'une externalisation du secteur des prestations hors du groupe BKW seraient envisageables. Il faut cependant tenir compte du fait qu'il

⁹ La « due diligence », concept issu du droit américain concernant la protection des investisseurs et du marché des capitaux, est le contrôle approfondi et consciencieux d'une entreprise en vue d'une prise de participation au capital de cette dernière ou de son entrée en bourse. L'entreprise est examinée à la loupe (contrats, investissements, etc.), ses indicateurs de gestion d'entreprise sont analysés et les risques juridiques sont évalués.

¹⁰ Le texte a été traduit en français par le service de traduction de la DEEE. L'original fait foi (NDLT).

sera difficile de vendre le secteur des prestations dans des conditions permettant d'augmenter la valeur de l'entreprise pour le canton ; pour cela, la vente devrait en effet être effectuée sans contrainte de temps et le secteur devrait être vendu à un investisseur stratégique disposant de moyens suffisants et pouvant exploiter avec le secteur des prestations davantage de synergies que le groupe BKW. Sinon, il faut partir du principe qu'une « scission » entraînerait une perte de valeur pour les actionnaires. La raison en est que la croissance du groupe BKW dans le secteur des prestations suit une logique industrielle qu'un acheteur solvable doit dépasser.

Il semble impossible d'effectuer un bilan (global) homogène concernant la/les « scission(s) ». Il n'est donc pas non plus possible de fournir une recommandation (globale) pour ou contre la « scission », car il existe, du point de vue du droit, de l'économie comme de la gestion d'entreprise, différentes raisons de se prononcer pour ou contre une « scission ». Le fait de décider si, et le cas échéant comment et sous quelle forme une « scission » doit être effectuée s'avère finalement pour le canton de Berne, en tant qu'actionnaire « ordinaire », une décision de nature politique. »

4.2 Prise de position de BKW SA

4.2.1 Introduction

Dans le cadre du rapport rédigé par le gouvernement, BKW SA prend position sur les conclusions des experts et sur d'autres questions importantes pour la participation du canton à BKW. Le texte suivant a été exclusivement rédigé par BKW SA, qui en assume l'entière responsabilité¹¹. C'est pourquoi il est cité entre guillemets et intégralement écrit en italique.

4.2.2 Prise de position de BKW SA

*« Depuis sa fondation, BKW est une entreprise **organisée selon le droit privé**. Lors de l'entrée en bourse de BKW en 2003, le canton a pris la décision délibérée de vendre une part importante de ses actions. En tant que société ouverte au public et cotée en bourse, BKW est une entreprise **à but lucratif** de par la loi et est tenue de respecter de manière égale les intérêts économiques de tous ses actionnaires. Il n'est pas prévu par la loi qu'un actionnaire majoritaire poursuive des intérêts politiques (p. ex. scission souhaitée politiquement) et tente de les imposer via l'assemblée générale ou des représentants au conseil d'administration. Une scission nécessite donc une majorité des voix de 90 pour cent à l'assemblée générale. Cela signifie qu'il faudrait convaincre la majorité des actionnaires minoritaires de voter en faveur du projet, ce qui ne serait possible que si l'actionnaire majoritaire pouvait élaborer des mesures financières attractives en faveur des actionnaires minoritaires (et à la charge du canton). Même si cette majorité était atteinte, les actionnaires minoritaires qui ne seraient pas d'accord avec cette décision pourraient réclamer une indemnisation des dommages à la charge du canton.*

*Une **scission** imposée politiquement entraînerait une **perte de valeur** pour l'entreprise. La stratégie de BKW, qui s'appuie sur les trois piliers que sont l'énergie, les réseaux et les prestations, a permis d'atteindre au cours des six dernières années une augmentation de la valeur de l'entreprise et des dividendes de plus de quatre milliards de francs en faveur des actionnaires. Contrairement à BKW, les entreprises Alpiq et Axpo, qui sont restées concentrées sur l'énergie, sont en difficulté depuis plusieurs années, ont parfois vu leur existence menacée et ne versent depuis longtemps plus aucun dividende à leurs actionnaires. Avant sa réorientation, il y a six ou sept ans, BKW était elle aussi menacée. Elle a*

¹¹ Texte traduit en français par le service de traduction de la DEEE. L'original fait foi (NDLT).

ainsi subi une perte de plus de 200 millions de francs en 2013. A cause de la crise survenue sur le marché de l'énergie, elle a également dû procéder à un amortissement d'un milliard de francs sur ses installations de production, à la charge du capital propre et donc des actionnaires. Aujourd'hui, BKW est florissante, puissante économiquement et orientée vers l'avenir. Ses compétences entrepreneuriales sont largement reconnues dans toute la Suisse. Il est clair que la stratégie de BKW est conforme aux intérêts de ses actionnaires, également parce qu'elle permet d'atténuer les risques financiers élevés inhérents au secteur de l'énergie.

Dans le débat public, on reproche régulièrement à BKW de concurrencer la branche bernoise des prestations énergétiques de manière « déloyale » avec sa stratégie. Cela n'est pas justifié. En Suisse, le **marché des prestations** dans le domaine de la technique du bâtiment est constitué de très petites structures, avec environ 3000 entreprises : BKW dispose d'une part de marché de moins de trois pour cent, les huit plus gros prestataires disposant ensemble d'à peine 20 pour cent des parts de marché. Mais la consolidation du marché a déjà commencé indépendamment de la stratégie de BKW SA : **de grands groupes internationaux** (p. ex. Bouygues, Vinci, Engie – qui ont tous leur siège principal en France) se développent de manière innovante, achètent de plus petites entreprises et augmentent ainsi leur emprise sur le marché en Suisse. Etant donné que le marché croît de plus en plus dans le domaine technologique autour des techniques de l'information et de l'automatisation, la **concurrence a lieu avant tout entre ces acteurs internationaux** et non parmi et contre la branche des prestations énergétiques.

Le **succès de BKW a des répercussions économiques positives pour le canton de Berne** : grâce à la mise en œuvre rigoureuse de sa stratégie, BKW maintient la plus grande part possible de cette **création de valeur, porteuse d'avenir**, dans le canton. Elle offre aux PME de la région la possibilité de continuer à participer à cette évolution au sein du groupe et/ou de trouver des solutions en Suisse pour leur reprise. De plus, BKW crée des emplois sûrs et qualifiés dans le canton et contribue ainsi à éviter l'exode du personnel qualifié. Elle représente ainsi un pilier important de l'économie bernoise et se considère également comme telle – c'est-à-dire comme une partenaire. La branche bernoise des prestations énergétiques profite en outre directement de ce partenariat en recevant chaque année des mandats de BKW à hauteur d'environ 100 millions de francs.

Dans le canton de Berne, BKW n'a pas attendu sa nouvelle stratégie pour se développer **sur le marché des prestations**. Sa présence sur ce marché remonte **déjà à plus de 20 ans**. Dans le domaine de la technique du bâtiment, sa part de marché dans le canton de Berne est donc légèrement supérieure à sa part de marché moyenne dans ce secteur au niveau national. Cependant, avec une part de marché toujours inférieure à cinq pour cent, la position de BKW sur le marché est encore bien loin d'être dominante – elle n'est qu'une concurrente parmi beaucoup d'autres. Pour son évolution future, BKW se concentre fortement sur les domaines des techniques de l'information et de l'automatisation des bâtiments. Elle poursuit toujours des **objectifs de croissance** (bien que plus modérés) – toutefois plutôt **en dehors du canton de Berne**. Du point de vue actuel, il ne faut donc pas tabler dans le canton de Berne sur une croissance significative de BKW dans le domaine de la technique du bâtiment.

En outre, **BKW n'a pas de rôle juridique à jouer dans la garantie de la sécurité de l'approvisionnement**. Elle investit dans des installations de production en fonction de critères économiques et dans le réseau sur la base de son contrat de concession. Aucune autre démarche n'est prévue par la loi. C'est pourquoi la majeure partie des installations de production de BKW se trouvent en dehors du canton de Berne et notamment dans des pays européens. La sécurité de l'approvisionnement est garantie lorsque **les réseaux et la production disposent de capacités suffisantes en Suisse**. Peu importe que ce soit des clients ayant accès au marché libéralisé ou à l'approvisionnement de base qui aient besoin de l'électricité. Si seulement une partie de la demande ne peut être couverte, c'est l'approvisionnement dans son ensemble qui ne peut plus être assuré. **L'approvisionnement en électricité repose sur un système de réseaux interdépendants à l'échelle de la Suisse** : une pénurie d'électricité, p. ex. à Zurich, aura

*inévitables des répercussions sur l'approvisionnement à Berne. En cas de pénurie persistante d'électricité, l'organisation de crise OSTRAL (organisation pour l'approvisionnement en électricité en cas de crise) ordonnerait des mesures **au niveau national**. Celles-ci entraîneraient également des restrictions dans le canton de Berne, même si on y produit théoriquement suffisamment d'électricité pour le canton. Cette procédure imposée par la loi est indépendante de la participation majoritaire du canton à BKW SA.*

***BKW vend aujourd'hui déjà environ 80 pour cent de son électricité sur le marché libre** – c'est-à-dire en bourse, à des clients commerciaux et à d'autres distributeurs d'énergie. A l'inverse, la plupart des distributeurs d'énergie ne disposent pas de leurs propres installations de production : ils achètent leur électricité sur le marché, p. ex. auprès de BKW. Souvent, ces distributeurs d'énergie sont détenus majoritairement ou en totalité par des collectivités, ce qui n'a pas non plus d'influence sur la sécurité de l'approvisionnement en cas de pénurie (voir plus haut).*

*En outre, ni l'**ouverture complète du marché (deuxième étape de libéralisation planifiée par la Confédération)**, ni le **rôle du canton en tant qu'actionnaire majoritaire de BKW SA** n'ont d'influence sur le rôle de la force hydraulique dans la sécurité de l'approvisionnement en électricité. Afin que la **force hydraulique** joue également un **rôle central** à long terme pour la sécurité de l'approvisionnement, il faut **suffisamment (ré-)investir dans ce domaine**. L'ouverture totale du marché supprimera le monopole de l'approvisionnement de base. Etant donné que BKW vend de toute façon déjà environ 80 pour cent de son électricité en bourse, cela n'est pas déterminant pour sa politique d'investissement. Par ailleurs, la participation majoritaire du canton ne joue aucun rôle ici non plus : la décision de BKW d'investir ou non, et à quelle hauteur, dans ses centrales hydroélectriques **dépend aujourd'hui déjà de l'évolution attendue des prix du marché ainsi que des conditions réglementaires**. En tant qu'entreprise cotée en bourse, BKW est tenue par le droit des sociétés anonymes d'orienter entièrement ses décisions d'investissement sur la rentabilité – et non sur les réflexions de certains actionnaires en matière de politique énergétique, de politique économique ou de technique d'approvisionnement. Le développement de la force hydraulique dans le canton de Berne (comme prévu par exemple avec le projet Trift) est important pour BKW et revêt pour elle une valeur stratégique sur le long terme à condition d'être rentable. Les instruments **d'accompagnement** pour la sécurité de l'approvisionnement (réserves de stockage stratégiques, encouragement de la production hivernale), qui faciliteront les investissements dans l'énergie hydraulique, sont donc prévus à juste titre dans le **projet de révision de la loi (LApEI)**. Là non plus les **rapports de participation aux capitaux de distributeurs d'énergie tels que BKW ne jouent aucun rôle**.*

*En tant **qu'autorité concédante**, le **canton de Berne** décide de manière autonome de l'utilisation de ses ressources en eau. Après l'expiration ordinaire des concessions au plus tard au début des années 2040, **les centrales reviendront au canton**. Concrètement, cela signifie que le canton, **indépendamment de ses participations, garde ou peut reprendre le droit de disposer des centrales hydroélectriques se trouvant sur son territoire**. Même si BKW ou certaines centrales étaient vendues à des entreprises étrangères, cela n'y changerait rien.*

*Par souci d'exhaustivité, il convient de remarquer **qu'aucun monopole n'est lié à l'attribution de la concession de force hydraulique** : pendant toute la durée de la concession, BKW fait face à la concurrence internationale d'autres acteurs et technologies et supporte les risques et opportunités qui y sont liés. La **rentabilité des installations** est déterminée d'une part par les prix du marché et d'autre part par les coûts de revient spécifiques. Ces derniers sont notamment déterminés par les **conditions de la concession et les conditions générales de droit public** (p. ex. redevances hydrauliques, charges dans les procédures d'octroi du permis de construire, instruments de soutien des pouvoirs publics). Ces coûts et les distorsions de la concurrence dans les activités subventionnées ont une influence beaucoup plus importante sur la rentabilité de notre force hydraulique que la question de savoir à qui appartiennent les actions des sociétés d'exploitation. Du fait de la forte imbrication du marché de l'électricité suisse au niveau international, il existe en outre une concurrence internationale marquée. Ainsi, outre les conditions*

générales suisses, le prix suisse de l'électricité dans le commerce de gros est essentiellement déterminé par les évolutions dans les pays voisins.

*Des discussions politiques à propos de BKW ont déjà entraîné des baisses du cours de l'action par le passé. Une scission imposée politiquement grèverait fortement la valeur de l'entreprise. **Mettre ainsi en péril la réussite de BKW ne serait ni dans l'intérêt de l'entreprise, ni dans celui des collaborateurs et collaboratrices et de leurs emplois, ni enfin dans celui des actionnaires.** »*

4.3 Appréciation du Conseil-exécutif

Du point de vue du Conseil-exécutif, les risques et les inconvénients potentiels d'une scission de BKW SA au sens de la motion 113-2019 (Lanz/Aebi) l'emportent largement sur les éventuels avantages et opportunités, et ce pour les raisons suivantes :

- Entreprise de droit privé, BKW SA est soumise au droit fédéral privé et bénéficie de la garantie de la propriété et de la liberté économique. Cela s'applique également aux restructurations. Il n'est donc pas possible d'édicter une séparation de BKW SA en différents secteurs d'activité au moyen du droit cantonal. Le droit en vigueur interdit déjà à BKW SA de tirer un avantage concurrentiel de l'exploitation du réseau. L'article 10 LApEI interdit les subventions croisées entre l'exploitation du réseau et les autres secteurs d'activité, et exige également une séparation sur le plan comptable. BKW SA est en outre également soumise à la législation suisse sur les cartels, qui interdit notamment l'abus de position dominante. La demande visant à ce que BKW SA ne puisse pas tirer d'avantages concurrentiels du fait de la participation du canton ou de son activité d'exploitation du réseau est donc déjà satisfaite.
- Conformément à la perspective juridique présentée dans le rapport d'experts, les risques juridiques et financiers d'une scission sont considérables pour le canton de Berne, comme cela est plus clairement indiqué à la page 10, chiffre 3 et dans le bilan intermédiaire aux pages 11 et 12 que dans la conclusion : risques de procès et risques liés aux transactions, incertitudes juridiques, risques en matière de responsabilité, risques en matière de perte de valeur, etc., alors même que le rapport d'experts ne tient pas compte de tous les risques (p. 5, lettre C). Le professeur Kunz souligne également à la page 10 du rapport d'experts dans une évaluation globale « ...qu'il existe des arguments nombreux et importants qui vont à l'encontre d'une scission et qui devraient l'emporter au bout du compte ... ».
- Du point de vue de la gestion d'entreprise, le groupe BKW affiche jusqu'à présent d'excellents résultats grâce à son modèle d'affaires intégré. Malgré le contexte de marché exigeant, marqué par la faiblesse des prix de gros sur le marché international de l'électricité et une production intérieure d'électricité déficitaire¹² ainsi que par un secteur d'activité Réseaux réglementé au niveau étatique¹³, BKW SA a pu verser au cours des dernières années des dividendes élevés par rapport à ses concurrents directs en Suisse, notamment un dividende brut de CHF 116,0 millions pour la seule année 2019. Au cours des dernières années, le secteur des prestations, indépendant du prix de l'électricité (Engineering, Building Solutions [technique du bâtiment] et Infra Services), a en même temps gagné en importance, notamment grâce à des acquisitions dans l'espace germanophone. Son chiffre d'affaires a franchi en 2019 pour la première fois la barre du

¹² Données de BKW SA : seuls 20 % des actifs de production (« assets ») génèrent des retours sur investissements positifs. Ils permettent de fournir de l'électricité pour l'approvisionnement de base et apportent un rendement régulé de 4,98 %. Les 80 % restants sont en grande partie dépendants de l'évolution fortement grevée des prix de l'électricité et sont donc déficitaires depuis plusieurs années. Les fonds de désaffectation pour les installations nucléaires et de gestion des déchets radioactifs (STENFO) doivent être comptabilisés parmi les actifs de production. Leur rendement dépend de l'évolution boursière volatile générale et est également déficitaire actuellement.

¹³ Données de BKW SA : le réseau de distribution régulé a un rendement régulé de 3,8 %.

milliard de francs (39 % d'un total de CHF 2,7 milliards), tandis que la contribution (encore inférieure à la moyenne) des prestations au succès de l'entreprise augmentait également¹⁴ et que BKW pouvait afficher une évolution supérieure à la moyenne du cours de ses actions (supérieure à la moyenne du SMI) pendant la période de développement du secteur des prestations. Dans une entreprise (aussi) florissante, il ne faudrait pas intervenir si cela n'est pas nécessaire (« *ne jamais changer une équipe qui gagne* »).

- Il est peu probable que le secteur des prestations, qui requiert peu de capitaux¹⁵, puisse entraîner des risques importants qui menaceraient l'entreprise. De tels risques sont plutôt liés au secteur d'activité « Energie » du fait de l'évolution incertaine des prix de gros sur le marché international de l'électricité et de la production intérieure d'électricité déficitaire alors que ce secteur présente une intensité capitalistique élevée¹⁶. Dans une perspective à long terme, un groupe BKW intégré sans séparation du secteur des prestations offre, également du point de vue des experts (rapport d'experts, p. 20), surtout des avantages, dans le cas où les possibilités de croissance seraient limitées pour l'activité principale (énergie, réseaux) et où le groupe BKW réussirait à continuer de renforcer le potentiel de synergie entre le secteur des prestations et celui de l'énergie. Même si cela ne devait pas être le cas, une vente ne serait avantageuse que si des acheteurs potentiels pouvaient au moins atteindre voire dépasser les synergies réalisées par BKW (rapport d'experts, p. 21). D'après le professeur Pfaff, cela présupposerait de vendre à un « investisseur stratégique », c'est-à-dire une entreprise ayant une logique industrielle dépassant celle de BKW SA. Du point de vue du Conseil-exécutif, cela ne serait possible que pour un grand groupe actif à l'international, déjà présent avec succès sur le marché international dans les deux secteurs d'activité¹⁷. Une telle entreprise n'aurait certainement pas son siège principal en Suisse et ne le transférerait pas non plus au motif d'une acquisition de cet ordre de grandeur en Suisse, BKW SA étant une petite entreprise à l'échelle européenne, même si elle est le troisième groupe d'électricité en Suisse après Alpiq et Axpo.
- Du point de vue économique, il convient tout d'abord de mentionner que le groupe BKW se compose aujourd'hui de plus de 100 entreprises (16 dans le canton de Berne) et emploie environ 10 000 collaborateurs et collaboratrices (env. 3000 dans le canton de Berne), ce qui représente 8961 postes à plein temps. Il offre également environ 600 places d'apprentissage (200 dans le canton de Berne, état 2019). La capitalisation boursière de BKW SA s'élevait début 2021 à environ CHF 5,4 milliards (contre CHF 1,5 milliard il y a six ans) et le total du bilan en 2019 était de CHF 9,24 milliards, soit 11,5 pour cent du produit intérieur brut du canton. En 2020, BKW a octroyé des mandats d'un volume d'environ CHF 100 millions à des PME bernoises. Les impôts, dividendes et redevances hydrauliques payés par BKW SA génèrent des recettes importantes pour le canton de Berne. Elle est l'une des rares grandes entreprises à avoir son siège social dans le canton de Berne. Le groupe BKW revêt une grande importance économique pour le canton et fournit une contribution positive au budget cantonal. Cette grande importance économique pour le canton de Berne est également soulignée dans le rapport d'experts (haut de la page 15).
- Le rapport d'experts voit dans la perspective économique du professeur Schaltegger des avantages économiques que pourrait avoir une scission de BKW SA (bilan intermédiaire, p.15 et 16). Le cœur de l'argumentation consiste en l'hypothèse, qui n'est pas justifiée en détail, selon laquelle BKW SA serait « too big to fail » (TBTF) pour le canton de Berne, parce qu'elle serait, en

¹⁴ Données de BKW SA : pour un capital investi relativement faible, le secteur des prestations est celui qui offre le rendement le plus élevé (10 %).

¹⁵ Indicateur pour l'intensité capitalistique : des amortissements de CHF 34 millions ont été enregistrés en 2019 pour un chiffre d'affaires de CHF 1,107 milliard (données de BKW), soit CHF 30 000.- de coûts d'amortissement pour un million de francs de chiffre d'affaires.

¹⁶ Indicateur pour l'intensité capitalistique : des amortissements de CHF 127 millions ont été enregistrés en 2019 pour un chiffre d'affaires de CHF 1,315 milliard (données de BKW), soit CHF 97 000.- de coûts d'amortissement pour un million de francs de chiffre d'affaires.

¹⁷ Il existe notamment en Europe et en Amérique plusieurs très grands réseaux qui pourraient être intéressés par l'achat du secteur des prestations de BKW. On pourrait envisager par exemple les groupes français Bouygues Energies & Services SA (chiffre d'affaires : € 35 mia, 129 000 collaborateurs) ou Vinci (CA : € 43,5 mia, 211 000 coll.) et aux Etats-Unis, les groupes Jacobs Engineering (CA : USD 12,7 mia, 52 000 coll.) ou AECOM (CA : USD 20 mia, 87 000 coll.). Comme cela a déjà été démontré par l'entrée sur le marché suisse de Bouygues ou Engie SA, ces réseaux ne tiendraient aucunement compte de l'ancrage local. Concernant l'implantation à Berne et en Suisse, il faudrait s'attendre à une forte pression sur les salaires et sur les sous-traitants.

tant que très grosse exploitante cantonale d'un réseau de distribution disposant d'un monopole naturel, d'une importance systémique pour le canton de Berne. Il résulterait de cette importance systémique – même sans subventionnement croisé direct des entreprises de prestations du groupe BKW, interdit par le droit fédéral et surveillé par l'ECom – un avantage concurrentiel indirect qui pourrait entraîner des conditions de financement plus favorables et des avantages en termes d'informations pour les participants au marché des prestations détenus par BKW. Il en résulterait également des risques en termes de subventionnement sur les marchés européens, étant donné que BKW opère dans les pays européens voisins notamment sur le marché des prestations et que les directives de l'UE concernant les subventions sont interprétées de manière nettement plus strictes qu'en Suisse. Le Conseil-exécutif ne peut se rallier à l'argumentation du professeur Schaltegger pour les raisons suivantes : le rapport final de 2010 de la Confédération sur la problématique TBTF, cité aussi bien par le rapport d'experts que par BKW, tire les conclusions pertinentes suivantes pour des entreprises d'infrastructures telles que BKW SA (p. 113-114)¹⁸ : *« Même dans le cas des réseaux monopolistiques, dont l'importance systémique n'est pas à démontrer et dont l'infrastructure n'est pas substituable par celle d'un concurrent, le risque de disparition de l'offre – tant à brève échéance que sur le long terme – reste contenu. Contrairement aux banques, les entreprises d'infrastructures ne font pas courir un risque de pénurie de liquidités (ou run) à l'ensemble de l'économie. Par ailleurs, les amortissements de l'actif circulant susceptibles de compromettre la solvabilité de l'entreprise sont plutôt rares dans les secteurs des infrastructures. De fait, compte tenu de la part importante de l'actif immobilisé et des frais variables généralement très faibles dans ce secteur, sur le plan strictement économique une structure de défaillance est généralement capable d'assurer sans grands problèmes la continuité des activités et de garantir ainsi l'approvisionnement. Si le processus de transfert des activités d'importance systémique dans la structure de défaillance réussit, l'entreprise concernée au premier chef peut être mise en faillite sans risque majeur pour l'économie nationale. »*

- La solution effective et efficiente à un éventuel risque TBTF dû à la détention d'un réseau de distribution à caractère de monopole ne consisterait donc pas à scinder BKW en deux pour obtenir un secteur des prestations séparé. Cela permettrait tout au plus d'éviter d'hypothétiques conséquences économiques. De plus, comme cela a déjà été mentionné plus haut, le secteur des prestations, à faible intensité capitalistique, ne comporte pas de risques importants qui menaceraient l'entreprise. De tels risques sont plutôt liés au secteur d'activité « Energie » du fait de l'évolution incertaine des prix de gros sur le marché international de l'électricité et de la production intérieure d'électricité déficitaire alors que ce secteur présente une intensité capitalistique élevée. La problématique TBTF critiquée par le professeur Schaltegger devrait plutôt être résolue par la garantie de la poursuite de l'exploitation du réseau de distribution régional en cas de faillite de BKW SA. Le rapport d'experts ne se prononce pas sur cette question. Il n'indique pas non plus dans quelle mesure le canton disposerait aujourd'hui d'une marge de manœuvre suffisante au niveau du droit fédéral (droit des sociétés anonymes, droit des marchés financiers, droit de la concurrence, loi sur l'approvisionnement en électricité) pour – dans la mesure où cela s'avérerait nécessaire – pouvoir imposer à BKW SA des prescriptions d'ordre organisationnel dans la loi cantonale ou dans la stratégie de propriétaire, afin de garantir de la manière la plus simple possible qu'en cas de faillite, l'exploitation du réseau régional de distribution puisse être poursuivie par une société d'exploitation ou une structure de défaillance, ou par le biais d'un droit de préemption du canton. En principe, une insolvabilité de BKW Energie SA devrait être réglée conformément aux dispositions de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP ; RS 281.1). Ensuite, l'administration de la faillite se prononcerait sur la poursuite de l'activité relevant du secteur de l'énergie. Etant donné que le secteur Réseaux réalise dans tous les cas des bénéfices, pour des raisons de régulation, son exploitation serait poursuivie. Une faillite de BKW n'aurait pas non plus d'influence sur la poursuite de l'exploitation des

¹⁸ Rapport final de 2010 de la commission d'experts chargée d'examiner la limitation des risques que les grandes entreprises font courir à l'économie nationale (p.113 et 114), cf. ECom « Une observation du marché pour examiner les risques du négoce d'énergie » (chiffres marginaux 31 et 53).

centrales partenaires, dans lesquelles une grande partie de l'électricité de BKW est produite. Les actifs seraient vendus dans le cadre de la procédure de faillite, notamment l'activité de production, les participations dans les centrales partenaires ainsi que le secteur Réseaux. La question de savoir si le canton ou la Confédération devrait / pourrait participer à une structure de défaillance dépend principalement du fait que cela soit justifié par un intérêt public – ce qui serait probablement le cas en raison de la nécessité de garantir la sécurité de l'approvisionnement, mais seulement si l'on ne trouvait pas d'acheteurs privés capables de garantir une sécurité suffisante. Les sociétés anonymes telles que BKW SA sont des sociétés de capitaux et sont dominées par le principe selon lequel aucune autre obligation n'existe ni ne peut être introduite également au niveau statutaire pour les actionnaires tels que le canton de Berne au-delà de la libération des apports (p. ex. pas d'obligation de prestations complémentaires ou de versements supplémentaires). Le canton de Berne en tant qu'actionnaire n'assume donc également la responsabilité que dans la limite du montant de sa participation à BKW SA (apports). Avec l'entrée en vigueur de la loi sur l'approvisionnement en électricité, la Confédération a repris en 2008 le rôle principal pour la garantie de la sécurité de l'approvisionnement (voir à ce sujet le rapport du 28 juin 2017 sur la loi BKW¹⁹ ainsi que le chiffre 2.2.4 et la prise de position de BKW SA au chiffre 4.2 du présent rapport), si bien que du point de vue de la politique d'approvisionnement, la Confédération garantirait/devrait garantir elle-même si nécessaire la sécurité de l'approvisionnement. Dans le rapport d'experts, en bas de la page 16, le professeur Schaltegger en vient lui-même à la conclusion, concernant les risques reconnus comme étant élevés, que la question se pose de savoir s'il existerait des méthodes plus douces qu'une scission de BKW pour résoudre la problématique TBTF. Du point de vue du Conseil-exécutif, ce ne sont cependant pas les propositions de mesures du professeur Schaltegger qui sont au premier plan (convention de prestations avec prescription cantonale concernant le capital propre) mais plutôt, comme mentionné ci-dessus, le fait qu'il ne soit pas nécessaire d'intervenir au niveau cantonal pour garantir la poursuite de l'exploitation du réseau de distribution régional. Une éventuelle problématique TBTF devrait être réglée par la Confédération de manière efficiente et effective. Les risques élevés que comporterait une scission de BKW SA ne se laissent donc pas compenser par le renvoi à la solution d'une problématique TBTF supposée, qui n'est pas justifiée de manière convaincante.

- D'après les renseignements qu'elle a fournis, BKW dispose d'une part de marché inférieure à trois pour cent sur le marché national des prestations dans le domaine de la technique du bâtiment avec environ 3000 entreprises, les huit plus grands prestataires disposant ensemble de moins de 20 pour cent des parts de marché. Mais la consolidation du marché a déjà commencé : de grands groupes internationaux (p. ex. Bouygues, Vinci, Engie – qui ont tous leur siège principal en France) se développent de manière innovante, achètent de plus petites entreprises et augmentent ainsi leur emprise sur le marché en Suisse. Etant donné que le marché croît de plus en plus dans le domaine technologique autour des techniques de l'information et de l'automatisation, la concurrence a lieu avant tout entre ces acteurs internationaux et non parmi et contre la branche des prestations énergétiques. Dans le canton de Berne, BKW est active depuis plus de 20 ans déjà sur le marché des prestations. D'après les déclarations de BKW, sa part de marché dans le domaine de la technique du bâtiment est donc légèrement supérieure dans le canton de Berne à sa part de marché moyenne dans ce secteur au niveau national. Cependant, avec une part de marché inférieure à cinq pour cent (données de l'entreprise), BKW n'est qu'une concurrente parmi beaucoup d'autres. D'après ses déclarations, BKW poursuit toujours des objectifs de

¹⁹ Voir à ce sujet p. 2 : « La responsabilité en matière d'approvisionnement en énergie revient aujourd'hui en premier lieu à la Confédération, et le marché de l'électricité est par ailleurs de plus en plus libéralisé. Même si ses activités sont toujours en rapport avec un intérêt public, BKW SA n'exerce donc plus à proprement parler une tâche publique. » Et de manière encore plus précise, au bas de la p. 3 : « La libéralisation du marché de l'électricité et le transfert ces dernières années de compétences et de responsabilités à la Confédération (en ce qui concerne notamment la sécurité de l'approvisionnement) ont réduit son influence. Le réseau de transport, essentiel sur le plan stratégique, est désormais réuni sous l'égide de Swissgrid, et BKW SA indemnisée en conséquence. L'approvisionnement de la population en électricité relève des entreprises du secteur énergétique. La loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité (LApEl) a confié à la Confédération la charge de garantir la sécurité de l'approvisionnement. Les cantons n'exercent plus à cet égard que des tâches complémentaires. Par sa participation à BKW SA, le canton souhaite aujourd'hui surtout contribuer à la mise en œuvre de sa stratégie énergétique ».

croissance modérés sur le marché des prestations, et ce plutôt en dehors du canton de Berne, et table donc sur une croissance non significative de sa part de marché dans le domaine de la technique du bâtiment dans le canton de Berne. Le Conseil-exécutif estime donc que la branche de la technique du bâtiment est mise en difficulté par une tendance générale à la consolidation du marché et non par l'acteur du marché « BKW SA » (qui n'est pas dominant). Il n'est donc pas nécessaire de séparer le secteur des prestations de BKW SA. Par ailleurs, une telle scission de BKW offrirait plutôt des avantages supplémentaires aux grands groupes internationaux et non à la branche cantonale des prestations énergétiques, car ceux-ci sont forts financièrement et seraient les plus à même de racheter le secteur d'activité séparé de BKW. Leur emprise sur le marché serait donc encore renforcée.

- Du point de vue de la politique financière, il convient de souligner qu'une scission aurait clairement des répercussions négatives sur la gestion financière. Elle serait d'une part liée à de nombreux risques juridiques, aussi bien pour le canton de Berne en tant qu'actionnaire majoritaire que pour BKW (cf. rapport d'experts, p. 10) : *« Au premier plan se trouveraient les risques financiers encourus par le canton en termes de responsabilité, même s'il n'existe pas de responsabilité d'actionnaire en tant que telle pour l'actionnaire majoritaire (art. 680, al. 1 CO) : il ne pourrait cependant pas être exclu que les autres actionnaires tiennent le canton de Berne responsable d'une perte de valeur de leurs actions, notamment du fait de l'institution d'un organe matériel ou d'une délégation au conseil d'administration (art. 762, al. 4 CO) ; BKW SA elle-même pourrait intenter des actions en responsabilité contre le canton de Berne, de même que les actionnaires minoritaires ainsi que – seulement en cas de faillite – les créanciers. Une échéance anticipée des emprunts par obligations à rembourser pourrait également constituer un risque financier pour BKW SA (et ainsi indirectement pour le canton de Berne). Enfin, il existe d'autres risques, difficilement prévisibles, dans le domaine non juridique. Il ne faut pas sous-estimer les risques en termes de réputation pour le canton de Berne ainsi que les risques de procès. Les risques liés aux transactions semblent également importants... »*. D'autre part, il serait difficile d'obtenir une hausse de valeur grâce à la vente du secteur des prestations (voir rapport d'experts, p. 21) *« étant donné que [la vente] devrait être effectuée à un moment favorable, sans contrainte de temps et que le secteur devrait être vendu à un investisseur stratégique disposant de moyens suffisants, qui pourrait exploiter avec le secteur des prestations davantage de synergies que BKW. Il est cependant plus réaliste de partir du principe qu'une « scission » entraînerait une perte de valeur. La raison en est que la croissance du groupe BKW dans le secteur des prestations suit une logique industrielle, qu'un acheteur solvable devrait dépasser. »* Après la scission, les actionnaires privés devraient donc être indemnisés par BKW et le canton. Il est également à craindre que les recettes fiscales diminueraient étant donné que le secteur des prestations devrait de préférence être vendu à un investisseur stratégique, c'est-à-dire à un grand groupe international dont le siège se trouve à l'étranger, afin de limiter le versement d'indemnités liées à une perte de valeur. Les bénéfices que BKW réaliserait après la scission et verserait au canton sous forme de dividendes restent hautement spéculatifs du point de vue actuel ; il faut cependant plutôt partir du principe que le rendement en dividendes serait beaucoup plus faible qu'aujourd'hui. Du point de vue du Conseil-exécutif, une scission de BKW serait donc liée à d'importants risques et désavantages financiers.
- Du point de vue de la politique énergétique, le Conseil-exécutif ne voit dans une scission de BKW aucun avantage convaincant, mais surtout des inconvénients. Les objectifs en termes de politique énergétique peuvent avant tout être atteints de manière effective et efficiente via la création de conditions générales étatiques et non via la détention d'entreprises. La libéralisation du marché entraîne en outre des modifications dans les chaînes de valeur classiques des entreprises de distribution d'énergie. Les frontières géographiques, qui délimitaient autrefois souvent les responsabilités en matière de sécurité de l'approvisionnement, perdent peu à peu en importance ; les réseaux transfrontaliers, les échanges avec l'étranger et la transition numérique requièrent des concepts d'approvisionnement tournés vers l'avenir. Les fournisseurs de presta-

tions et de produits innovants ainsi que les entreprises disposant des compétences-clés correspondantes sont les mieux placés pour s'imposer sur le marché libéralisé. Le succès de l'évolution de BKW au cours des dernières années en est un bon exemple. Une scission de BKW et l'étatisation du secteur Energie constitueraient en revanche une démarche rétrograde, qui ne serait pas adaptée à la situation actuelle. Dans le cadre des prochaines étapes de libéralisation en Suisse, des mesures étatiques de régulation et d'encouragement sont nécessaires, surtout au niveau fédéral, pour veiller à ce que le système national d'approvisionnement en électricité continue de fonctionner, p. ex. pour que les investissements dans la force hydraulique soient suffisants. On peut également se demander pourquoi et dans quelle mesure les pouvoirs publics doivent encore être actifs dans le domaine de l'énergie et s'ils doivent à l'avenir rester propriétaires de centrales et de réseaux de distribution.

- Il existe en outre un autre argument de taille s'opposant à une scission de BKW SA motivée par des raisons politiques : le conseil d'administration (CA) et la direction sont convaincus par le modèle d'affaires intégré actuel avec ses trois secteurs (logique industrielle, évolution positive des affaires) et rejettent catégoriquement l'idée d'une scission de BKW. La séparation du secteur des prestations devrait donc être imposée contre la volonté et la conviction des organes responsables, conformément au droit des sociétés anonymes, de la direction stratégique et opérationnelle de la société cotée en bourse BKW SA. En tant qu'actionnaire « ordinaire », le canton ne dispose pas du pouvoir juridique de donner des ordres au CA, il doit plutôt, conformément au droit fédéral sur les sociétés anonymes, protéger les intérêts de BKW SA et non les intérêts de l'actionnaire (majoritaire) qu'est le canton de Berne (rapport d'experts, haut de la p. 9). Il resterait la possibilité de dissoudre intégralement le conseil d'administration et de le renouveler entièrement. Une telle démarche entraînerait très probablement une grande crise de confiance, porterait fortement atteinte à la réputation de BKW et provoquerait une baisse considérable du cours de son action. *Autant d'éléments qui iraient à l'encontre des intérêts du canton de Berne.*

5. Considérants concernant la participation majoritaire du canton

Du point de vue du Conseil-exécutif, au vu de la libéralisation continuelle du marché de l'électricité et de l'évolution dynamique et prospère de BKW SA, qui est devenue un groupe de plus en plus international au cours des dernières années, il existe d'autres mesures à prendre aux yeux du canton de Berne. Grâce à l'état des lieux dressé par le présent rapport, il apparaît en effet clairement que ni la politique énergétique ni la politique d'approvisionnement en énergie ne peuvent être mises en œuvre de manière judicieuse et effective via la participation au capital d'une entreprise de la branche (même s'il s'agit d'une grande entreprise à l'échelle du canton). Cela doit plutôt être effectué à travers la création de conditions générales appropriées ainsi qu'au moyen de régulations et de mesures d'encouragement de l'Etat aux niveaux fédéral et cantonal. L'importance des objectifs de propriétaire en termes de politique énergétique définis dans la LBKW doit donc être considérée comme plus faible que ce qui avait été prévu auparavant ; les objectifs de propriétaire en termes de politique économique (empêcher le transfert du siège social, maintenir la création de valeur et le substrat fiscal dans le canton de Berne) gardent en revanche leur pertinence. L'objectif en matière de politique financière de la participation à BKW est le moins important, et ce pour des raisons liées à la politique de réglementation. Aujourd'hui déjà, les objectifs du canton fixés dans la LBKW sont plus faciles à atteindre s'ils sont harmonisés avec les objectifs commerciaux de BKW SA. En cas de divergence, l'entreprise n'est pas liée aux prescriptions du canton en tant que propriétaire pour des raisons de droit des sociétés anonymes ; cela serait tout particulièrement le cas pour des prescriptions qui remettraient en question le but lucratif de l'entreprise ou nuiraient à ce dernier. Les objectifs de propriétaire ne seront pas concernés par une réduction de la participation cantonale tant que le canton dispose d'une participation minoritaire avec minorité de blocage. Pour cela, il faudrait d'abord créer la marge de manœuvre nécessaire en révisant la LBKW. Aucune raison impérieuse n'impose au canton de conserver à l'avenir une participation majoritaire. Il peut également s'engager en tant

qu'actionnaire minoritaire avec minorité de blocage pour atteindre ses objectifs en matière de politiques énergétique, économique et financière. Une réduction de la participation cantonale à BKW SA n'aurait pas non plus de conséquence juridique concernant la prescription mentionnée à l'article 18, alinéa 3 LApEI. Rapporté à toutes les actions, le capital de Swissgrid SA resterait majoritairement détenu par les pouvoirs publics – la majorité s'en trouverait seulement réduite : Swissgrid SA n'aurait donc pas non plus à intervenir immédiatement si le canton voulait réduire sa participation à BKW.

Du point de vue global du présent rapport, le Conseil-exécutif estime qu'il est encore plus important qu'il y a trois ans que le canton de Berne crée une marge de manœuvre juridique offrant la possibilité de passer à une participation minoritaire avec minorité de blocage. Pour le Conseil-exécutif, une réduction encore plus importante de la participation cantonale voire la renonciation à une participation cantonale à BKW SA (privatisation totale) n'est en revanche pas envisageable à l'heure actuelle. Le canton n'aurait sinon plus aucune influence particulière sur les décisions stratégiques importantes telles que le transfert du siège social, les fusions ou les modifications du but de la société. Il convient d'ailleurs de souligner que le but de la société défini dans les statuts est aujourd'hui formulé de manière très ouverte et n'est notamment pas orienté sur une activité locale dans le canton de Berne. Il ne serait pas possible d'empêcher que BKW soit reprise par un groupe international ayant son siège à l'étranger, qui ne générerait à long terme dans le canton de Berne qu'un minimum de valeur ajoutée et de recettes fiscales. Le groupe serait entièrement libre de vendre ses installations de production, ses réseaux ou l'ensemble de l'entreprise. Même si la réglementation du marché de l'électricité au niveau fédéral veillerait tout comme aujourd'hui pour BKW à ce qu'une telle entreprise ou les futurs acheteurs des réseaux et des installations de production doivent contribuer aux objectifs de la Suisse et du canton de Berne en matière de politique d'approvisionnement, un tel scénario ne serait pas dans l'intérêt du canton et ne rencontrerait actuellement pas non plus de majorité au sein du Grand Conseil. Le Conseil-exécutif n'exclut pas qu'il soit judicieux de réévaluer cette question ultérieurement en fonction de l'évolution des marchés suisse et européen de l'électricité.

5.1 Loi BKW actuelle

En vertu de l'article 95, alinéa 2, lettre c de la Constitution du canton de Berne (ConstC ; RSB 101.1), la loi règle la nature et l'étendue des participations cantonales importantes. L'édiction de la LBKW a permis de s'acquitter de ce mandat concernant BKW SA. Les discussions ont été très animées au Grand Conseil et les majorités pour l'édiction de cette loi ont été obtenues de justesse. Elle a été adoptée au vote final avec 74 oui contre 67 non et 3 abstentions²⁰.

La LBKW fixe le but de la participation du canton à BKW SA (art. 6) et règle les conditions générales des éventuels ventes et achats futurs d'actions BKW SA (art. 7). A l'époque, le Conseil-exécutif a présenté dans son rapport la stratégie de propriétaire vis-à-vis de BKW comme suit : « *Le rôle du canton en tant qu'actionnaire majoritaire de BKW SA a changé. La libéralisation du marché de l'électricité et le transfert ces dernières années de compétences et de responsabilités à la Confédération (en ce qui concerne notamment la sécurité de l'approvisionnement) ont réduit son influence. Le réseau de transport, essentiel sur le plan stratégique, est désormais réuni sous l'égide de Swissgrid, et BKW SA indemnisée en conséquence. L'approvisionnement de la population en électricité relève des entreprises du secteur énergétique. La loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité (LApEI) a confié à la Confédération la charge de garantir la sécurité de l'approvisionnement. Les cantons n'exercent plus à cet égard que des tâches complémentaires. Par sa participation à BKW SA, le canton souhaite aujourd'hui surtout contribuer à la mise en œuvre de sa stratégie énergétique. En tant qu'actionnaire, et par l'intermédiaire de ses représentants et représentantes au conseil d'administration de BKW SA, il peut exercer son influence pour*

²⁰ Les détails sur les débats concernant la deuxième lecture lors de la session de mars 2018 sont disponibles sous ce lien (en allemand) : <https://www.gr.be.ch/etc/de-signs/gr/media.cdwbinary.DOKUMENTE.acq/160b8c424877466095597beb250eb6cb-332/3/PDF/2016.RRGR.960-GR-Wortlautdokument-D-166523.pdf>

que la stratégie de l'entreprise s'accorde avec les objectifs politico-énergétiques du canton. A cela s'ajoutent des objectifs de politique économique, comme le soutien à l'innovation ainsi que le maintien et la création d'emplois qualifiés. Par sa participation, le canton sert également des intérêts en matière de politique financière. »

Le projet de loi se basait sur la situation de l'époque, et ne modifiait pas la participation du canton à BKW SA, mais définissait la marge de manœuvre accordée au Conseil-exécutif. Dans le contexte de politique énergétique et d'approvisionnement en électricité de l'époque, il n'était déjà plus impératif du point de vue du gouvernement que le canton détienne une part majoritaire dans BKW SA. Le canton détient des parts minoritaires dans d'autres entreprises de droit privé qui présentent un intérêt public. Le gouvernement estimait à l'époque que cela pourrait à l'avenir se révéler également judicieux en ce qui concerne BKW SA. Il s'agissait en particulier de conserver une minorité de blocage (c'est-à-dire plus d'un tiers des voix attribuées aux actions). Le Conseil-exécutif voulait ainsi garantir que BKW SA ne pourrait pas prendre de décisions importantes portant par exemple sur la modification du but social ou du siège social, ou sur une fusion, sans le consentement du canton.

Le Grand Conseil a rejeté l'idée de fixer à 34 pour cent la limite inférieure de la participation et a défini dans la loi que la participation du canton devait s'élever « au minimum à 51 pour cent, et au maximum à 60 pour cent » (art. 7), ce qui correspond au maintien d'une participation majoritaire, mais qui ne peut plus devenir suffisamment dominante pour permettre au canton d'obtenir à lui seul la majorité qualifiée pour les décisions prises lors de l'assemblée générale. Il est cependant judicieux de garantir une certaine flexibilité vers le haut de manière à ce que le Conseil-exécutif puisse réagir à des développements imprévisibles (nécessité d'augmenter le capital p. ex.). Cette position a notamment été justifiée par la crainte que la participation majoritaire de BKW aille à des entreprises étrangères et que le canton perde par exemple son influence sur la sécurité de l'approvisionnement. A l'époque, le secteur des prestations de BKW SA et la stratégie d'expansion de l'entreprise dans l'espace européen avaient déjà été abordés et en partie critiqués. Le député Lanz s'est exprimé comme suit dans le cadre du débat final : *« Je souhaite encore dire quelque chose à l'intention de notre collègue Leuenberger : même ceux qui adoptent cette loi ainsi, et dont je fais partie, ne sont pas d'avis que le Grand Conseil doive se mêler des affaires opérationnelles de BKW. Comme je l'ai déjà dit plusieurs fois, nous pourrions toutefois envisager de séparer la partie prestations de la partie infrastructures car il n'y a effectivement pas besoin d'une participation majoritaire du canton pour le secteur des prestations. Cependant, il serait plus judicieux que l'initiative à ce sujet vienne de BKW, c'est-à-dire de l'entreprise elle-même. »* De ces réflexions a résulté l'initiative qui a mené au présent rapport du Conseil-exécutif.

5.2 Avantages et inconvénients d'une réduction de la participation cantonale

Les intérêts d'une participation à BKW pour le canton sont présentés ci-après (chiffres 5.2.1 à 5.2.3). Les avantages et inconvénients de la poursuite de deux variantes de participation du canton de Berne sont ensuite confrontés.

5.2.1 Intérêts financiers – limites relevant de la politique de réglementation

Le canton de Berne détient aujourd'hui 52,54 pour cent de toutes les actions de BKW SA, soit 27 742 936 actions. Une réduction à 34 pour cent entraînerait la vente de 9 789 761 actions et générerait un revenu brut d'environ CHF 1,071 milliard (au jour de référence du 5 février 2021 avec une valeur boursière de CHF 109.40). Après déduction de la valeur au bilan des actions vendues (CHF 24,5 millions), le canton de Berne réaliserait, dans une analyse purement statique, un bénéfice comptable de

CHF 1046,5 millions²¹. Dans le cadre du droit en vigueur, le bénéfice comptable réalisé serait comptabilisé dans le compte de résultats l'année de la vente. Au vu des conditions générales qui s'appliquent actuellement dans le domaine de la comptabilité et du budget, ce revenu extraordinaire améliorerait le compte de résultats et le solde de financement de l'exercice considéré. A cela s'ajouterait – si l'afflux de liquidités était utilisé pour réduire la dette (en tenant compte des différentes structures d'échéances des dettes) – une réduction des intérêts passifs à rembourser par le canton. On peut supposer approximativement que pour un taux d'intérêt moyen de 1,418 pour cent (état au 31.12.2020, tendance fortement à la baisse), les intérêts passifs diminueraient de CHF 15 millions par an au plus. Dans ce contexte, il s'agit toutefois de tenir compte du fait que des refinancements à long terme par le canton sont actuellement possibles avec un taux à 0 pour cent. Le canton perdrait en revanche les revenus qu'il tirait des dividendes des actions désormais vendues. Pour une participation supposée de 34 pour cent et un dividende de CHF 2.20 par action, le revenu des dividendes passerait de CHF 61,0 millions actuellement (rapport de gestion 2019 de BKW SA) à CHF 39,5 millions, soit une baisse de CHF 21,5 millions. Si l'adaptation du frein à l'endettement recueillait la majorité politique et était acceptée en votation populaire conformément à l'initiative parlementaire 189-2019 « Optique pluriannuelle pour le frein à l'endettement appliqué au compte des investissements »²² que le Grand Conseil a adoptée à titre de soutien provisoire lors de la session d'automne 2020, la marge de manœuvre s'améliorerait nettement par rapport à aujourd'hui pour pouvoir utiliser ces ressources pour par exemple financer des projets d'investissement prioritaires plutôt que pour réduire la dette. Au vu du temps nécessaire à une révision de la LBKW à partir de l'été 2021, la vente des actions BKW ne serait guère réaliste avant 2024. D'ici là, l'adaptation du frein à l'endettement pour le compte des investissements serait également entrée en vigueur. Dans ces conditions, le canton serait alors bien positionné pour contribuer au financement du pic d'investissements qui se profile grâce à la vente des actions BKW, s'il existe une volonté politique en ce sens.

Toutes ces déclarations doivent toutefois être fortement relativisées et ne se confirmeront que si la marche des affaires de BKW reste aussi bonne et/ou s'améliore (scénario optimiste). Mais au vu des perspectives d'avenir incertaines (p. ex. évolution du marché de l'électricité en Europe et en Suisse, relations bilatérales UE-CH et accès de la Suisse au marché européen de l'électricité, conditions générales nationales pour la force hydraulique, poursuite de la consolidation du marché de la technique du bâtiment en Suisse), une telle évolution est bien sûr tout sauf certaine et la situation pourrait également se transformer profondément au cours des cinq à dix prochaines années (scénario pessimiste). En cas de maintien de la participation majoritaire, si la marche des affaires de BKW SA se détériorait, avec des distributions de dividendes nettement plus faibles et des chutes du cours de l'action en bourse, il pourrait en résulter pour le canton de Berne des désavantages financiers similaires voire encore plus importants que ceux qui découleraient actuellement d'une réduction à une participation minoritaire avec minorité de blocage dans le cadre du scénario optimiste. En même temps, dans un tel scénario d'avenir, la valeur vénale des actions détenues par le canton baisserait, ce qui pourrait rapidement mener à des pertes de recettes de plusieurs centaines de millions de francs par rapport à une vente effectuée à un moment favorable avec une marche des affaires qui serait encore bonne ou le serait redevenue. En d'autres termes : si les actions ne sont pas vendues, tant que l'entreprise se porte bien, il pourrait en résulter des coûts d'opportunité élevés.

Par souci d'exhaustivité, il convient de souligner qu'en cas de vente d'un lot d'actions encore plus important à un investisseur stratégique ou même en cas de privatisation totale (vente de la participation majoritaire), il serait éventuellement possible de réaliser un produit de la vente supérieur à la valeur du cours des actions. Mais cela est également tout sauf sûr et dépend de différents facteurs que nous n'aborderons pas ici.

²¹ Dans ce contexte, les questions de savoir à qui et comment le canton vendrait ses actions restent ouvertes. Il pourrait les vendre à d'autres investisseurs stratégiques ou en bourse. Si le canton mettait un important lot d'actions sur le marché d'un seul coup, on peut se demander si le prix en bourse pourrait effectivement être réalisé ou s'il faudrait s'attendre à une réduction pour le lot d'actions. Ces questions et d'autres devraient être examinées en détail le moment venu afin de définir une démarche optimale pour le canton.

²² Cf. <https://www.gr.be.ch/gr/fr/index/geschaefte/geschaefte/suche/geschaefte.gid-cb3662ac434a441fa4334a8141102c8b.html>

L'argument du point de vue du propriétaire en termes de politique financière n'est finalement pas concluant pour des raisons de politique de réglementation et de politique économique, étant donné qu'avec la même argumentation, l'Etat pourrait investir son argent dans d'autres entreprises cotées en bourse « intéressantes » au lieu de BKW SA, afin de réaliser des recettes supplémentaires sous la forme de dividendes. Ce n'est cependant pas une tâche publique et il faut d'autres raisons pour légitimer la participation étatique à BKW SA. On n'accordera donc pas une grande importance aux intérêts financiers dans la présentation des avantages et des inconvénients des deux variantes de participation (chiffres 5.2.4 et 5.2.5).

5.2.2 Intérêts économiques – garantir le maintien du siège principal de BKW dans le canton de Berne

Le fait que le groupe BKW soit constitué aujourd'hui de plus de 100 entreprises (16 dans le canton de Berne) et emploie environ 10 000 collaborateurs et collaboratrices (env. 3000 dans le canton de Berne), ce qui représente 8961 postes à plein temps, est important du point de vue économique. Le groupe offre environ 600 places d'apprentissage (200 dans le canton de Berne, état 2019). La capitalisation boursière de BKW SA s'élevait début 2021 à environ CHF 5,4 milliards (contre CHF 1,5 milliard il y a six ans) et le total du bilan fin 2019 était de CHF 9,24 milliards, soit 11,5 pour cent du produit intérieur brut (PIB) du canton. En 2020, l'entreprise a octroyé des mandats d'un volume d'environ CHF 100 millions à des PME bernoises. Du point de vue de la gestion d'entreprise, le groupe BKW affiche jusqu'à présent d'excellents résultats grâce à son modèle d'affaires intégré. Malgré le contexte de marché exigeant, marqué par la faiblesse des prix de gros sur le marché international de l'électricité et une production intérieure d'électricité déficitaire ainsi que par un secteur d'activité Réseaux réglementé au niveau étatique, BKW SA a pu verser au cours des dernières années des dividendes élevés par rapport à ses concurrents directs en Suisse, notamment un dividende brut de CHF 116,0 millions pour la seule année 2019. Au cours des dernières années, le secteur des prestations, indépendant du prix de l'électricité (Engineering, Building Solutions [technique du bâtiment] et Infra Services), a en même temps gagné en importance, notamment grâce à des acquisitions dans l'espace germanophone. Son chiffre d'affaires a franchi en 2019 pour la première fois la barre du milliard de francs (39 % d'un total de CHF 2,7 milliards), tandis que la contribution (encore inférieure à la moyenne) du secteur des prestations au succès de l'entreprise augmentait également et que BKW pouvait afficher une évolution supérieure à la moyenne du cours de ses actions (supérieure à la moyenne du SMI) pendant la période de développement du secteur des prestations.

Les impôts, dividendes et redevances hydrauliques payés par BKW SA génèrent des recettes importantes pour le canton de Berne. BKW SA est l'une des rares grandes entreprises à avoir son siège principal dans le canton de Berne. Le groupe BKW revêt une grande importance économique pour le canton et fournit une contribution positive au budget cantonal. Cette grande importance économique pour le canton de Berne est également soulignée dans le rapport d'experts. Le principal intérêt politico-économique dans le cadre de la LBKW consiste pour le canton à pouvoir empêcher si nécessaire le transfert du siège hors du canton et à maintenir autant de création de valeur et de substrat fiscal que possible dans le canton de Berne malgré l'internationalisation croissante du groupe BKW. Ces objectifs peuvent être atteints avec les deux variantes de participation conformément aux chiffres 5.2.4 et 5.2.5.

5.2.3 Intérêts politico-énergétiques – des conditions générales étatiques centrales

Le canton de Berne peut défendre ses intérêts politico-énergétiques de manière effective et efficiente – dans la mesure où il dispose des compétences pour ce faire – via les conditions générales cantonales, telles que l'octroi des concessions (force hydraulique), l'attribution des zones de desserte (réseaux de distribution régionaux) ou les mesures d'aménagement du territoire (bases concernant l'état et l'évolution passée de l'approvisionnement, définition des plans directeurs, p. ex. pour le projet Trift). Tout d'abord,

des mesures de régulation et d'encouragement de l'Etat, surtout au niveau fédéral, doivent permettre de veiller à l'avenir à ce que le système d'approvisionnement en électricité de la Suisse continue de fonctionner, p. ex. à ce que les investissements dans la force hydraulique soient suffisants. Dans le cadre de la révision de la loi sur l'énergie, les subventions pour la construction de nouvelles grandes centrales hydroélectriques doivent être doublées dans l'intérêt de la sécurité de l'approvisionnement. En outre, un objectif de développement de la force hydraulique, dont la production devra atteindre 38 600 GWh d'ici à 2050, va être intégré dans la loi, et les valeurs indicatives pour 2035 seront rendues obligatoires. Au vu des incertitudes qui pèsent sur le marché, des charges à respecter en matière d'écologie, des dispositions en termes de débits résiduels et des pertes de production qui en découlent, l'atteinte de cet objectif constituera un défi de taille.

Il est en revanche de plus en plus difficile d'atteindre les objectifs politico-énergétiques de manière effective et efficiente par la détention d'entreprises. La libéralisation du marché entraîne des changements dans la chaîne classique de création de valeur des entreprises d'approvisionnement en énergie. Par ailleurs, l'importance des frontières géographiques, qui délimitaient autrefois souvent les responsabilités en matière de sécurité de l'approvisionnement, diminue de plus en plus ; les réseaux transfrontaliers, les échanges avec les pays étrangers et l'essor de la numérisation nécessitent des concepts tournés vers l'avenir. Les fournisseurs de prestations et de produits innovants ainsi que les entreprises dotées des compétences-clés correspondantes sont les mieux placés pour s'imposer sur le marché libéralisé. Le succès de l'évolution de BKW au cours des dernières années en est un bon exemple. La question se pose de savoir pourquoi et dans quelle mesure les pouvoirs publics doivent rester actifs dans le domaine de l'énergie et s'il est impératif qu'ils interviennent encore à l'avenir en tant que propriétaires de centrales et de réseaux de distribution. Une réduction de la participation cantonale à BKW SA tiendrait compte de ces évolutions et créerait des avantages. En même temps, les objectifs de propriétaire sur le plan politico-énergétique ne peuvent pas être prescrits de manière contraignante conformément à la LBKW pour aucune des deux variantes de participation présentées aux chiffres 5.2.4 et 5.2.5 ; à cet égard, il n'y a donc pas de différence dans l'évaluation.

5.2.4 Maintien de la fourchette de 51-60 pour cent (participation majoritaire sans majorité qualifiée)

Les éléments suivants parlent en faveur du maintien d'une participation majoritaire :

- *Une participation majoritaire permet au canton de veiller à la stabilité (actionnaire de référence).* Le canton peut empêcher à lui seul que BKW soit vendue à un autre actionnaire majoritaire qui poursuivrait d'autres objectifs que ceux du canton de Berne (p. ex. stratégie à court terme de profit et de revente).
- *Une participation majoritaire permet au canton de mieux contribuer à la mise en œuvre de ses objectifs.*
En tant qu'actionnaire (à l'AG par la majorité simple) et par l'intermédiaire de ses représentants et représentantes au conseil d'administration de BKW SA, il peut exercer son influence pour que la stratégie de l'entreprise s'accorde avec les objectifs politico-énergétiques de propriétaire du canton. A cela s'ajoutent des objectifs de propriétaire en termes de politique économique, comme le soutien à l'innovation ainsi que le maintien et la création d'emplois qualifiés. Sa participation actuelle permet également au canton de mieux servir des intérêts de propriétaire en matière de politique financière, étant donné que la bonne marche des affaires lui permet de bénéficier de davantage de dividendes. Enfin, il peut décider seul de la composition du conseil d'administration.

Les éléments suivants parlent en faveur d'une renonciation à la participation majoritaire :

- *La prédominance des conditions générales dictées par le droit fédéral a pour effet que le canton, même en tant qu'actionnaire majoritaire de BKW SA, ne peut pas imposer d'objectifs contraignants.*

Du fait des conditions générales dictées par le droit fédéral (droit des sociétés anonymes, droit des marchés financiers, droit de la concurrence), le canton ne peut effectivement prescrire aucun objectif de propriétaire contraignant à BKW SA en termes de politique énergétique ou d'approvisionnement en électricité. Il a besoin de la coopération du CA et de la direction, étant donné que ces derniers sont tenus par le droit fédéral d'agir dans l'intérêt de BKW SA et de respecter le but lucratif de la société. Pour des raisons liées au droit fédéral, les objectifs cantonaux de la stratégie de propriétaire ne peuvent être poursuivis par les organes de référence de BKW SA que dans la mesure où ils ne nuisent pas aux intérêts de BKW SA (notamment aux attentes des autres actionnaires en termes de bénéfices). Il ne serait par exemple pas compatible avec le droit fédéral que le canton, en tant qu'actionnaire majoritaire, prescrive à BKW SA d'exploiter pour des raisons de politique énergétique des installations de production non rentables en Suisse (p. ex. des centrales hydrauliques) afin de contribuer à la politique énergétique cantonale. Etant donné que de nombreuses prescriptions en matière de politique d'approvisionnement en électricité sont fixées au niveau fédéral et doivent satisfaire au droit national de la concurrence, il y a peu de marge de manœuvre pour le canton en termes de politique d'approvisionnement. Il n'est par exemple pas possible, dans le cadre de la politique cantonale de propriétaire, d'imposer des prescriptions contraignantes à BKW SA pour imposer des prix minimaux pour les rétributions de l'électricité produite par des installations photovoltaïques ou pour effectuer des investissements non rentables afin de contribuer à l'atteinte des objectifs de la stratégie énergétique 2035. Dans de telles conditions générales, la prescription d'objectifs en matière de politique énergétique et d'approvisionnement par l'actionnaire majoritaire a donc un caractère déclaratoire et facultatif. Les organes de direction de BKW ne mettront en œuvre de telles directives que s'il est prouvé qu'elles ne nuisent pas au succès de l'entreprise. Dans son rapport sur la LBKW, le Conseil-exécutif a donc déjà indiqué en page 8 que, dans le contexte politico-énergétique actuel, il n'était plus impératif que le canton détienne une part majoritaire dans BKW SA.

- *Avec une limite inférieure fixée à 51 pour cent, le canton n'a guère de marge de manœuvre pour réagir aux évolutions du marché et réduire le risque auquel il est exposé en tant qu'actionnaire.*
La hausse du chiffre d'affaires survenue au cours des dernières années, l'augmentation qui y est liée du total du bilan de BKW SA à 11,5 pour cent du PIB et une valeur boursière supérieure à cinq milliards de francs ont fait augmenter le risque financier pour le canton de Berne : en cas de faillite de BKW SA, les répercussions directes sur les finances de l'Etat ne seraient certes pas dramatiques²³. Toutefois, notamment dans le cas d'un maintien de la participation majoritaire, la pression politique serait élevée pour que le canton de Berne sauve BKW et doive participer de manière substantielle à une structure de défaisance et à ses pertes (« Dezennum BKW AG »), même si aucune responsabilité juridique ni aucune autre contrainte juridique n'existent en ce sens.
- *Les décisions importantes requièrent l'approbation du canton même avec une participation minoritaire avec minorité de blocage.*
La réduction de la part détenue dans BKW n'a pas d'influence sur la poursuite par le canton des objectifs de propriétaire en termes de politiques énergétique, financière et économique : ces thèmes ne relèvent pas du domaine de compétence de l'assemblée générale d'une SA. Le canton peut toujours nommer des représentants au conseil d'administration et ainsi faire en sorte de concrétiser ses objectifs de propriétaire dans le cadre des conditions générales légales. Dans le cas d'une réduction de la participation cantonale à un tiers du capital-actions, les décisions centrales (notamment modification du but de la société ou transfert de son siège) ne pourraient toujours être prises qu'avec l'approbation du canton.

²³ Les actions BKW sont actuellement comptabilisées au bilan du canton à la valeur nominale de CHF 2.50 par action. Cela signifie que le risque financier direct majeur pour le canton du point de vue purement comptable en cas de perte totale de la participation serait limité à CHF 69,4 millions.

5.2.5 Réduction de la limite inférieure à 34 pour cent (participation minoritaire avec minorité de blocage)

Les éléments suivants parlent en faveur d'une participation minoritaire avec minorité de blocage :

- *Le canton doit pouvoir examiner son taux de participation à BKW SA et l'adapter si nécessaire afin de pouvoir réduire le risque auquel il est exposé en tant qu'actionnaire.*
Le canton doit pouvoir tenir compte des transformations du secteur, réagir aux évolutions du marché, et, tout en considérant les intérêts en jeu, réduire le risque auquel il est exposé en tant qu'actionnaire. En cas de participation minoritaire, la pression politique serait moins forte pour que le canton de Berne sauve BKW et qu'il participe de manière substantielle à une structure de défaisance et à ses pertes (« Dezennum BKW AG ») ; les autres actionnaires devraient en outre y contribuer davantage.
- *Pour prendre des décisions importantes, BKW a toujours besoin de l'approbation du canton.*
Les décisions importantes (p. ex. modification du but de la société, fusion, transfert du siège) requièrent au moins les deux tiers des voix (cf. art. 704, al. 1 CO). Une participation minimale du canton de 34 pour cent correspond donc à une minorité de blocage : les décisions importantes ne peuvent être prises qu'avec le consentement du canton de Berne.
- *Aucune raison objective impérative n'impose au canton de conserver à l'avenir une participation majoritaire.*
Le canton peut également s'engager en tant qu'actionnaire minoritaire pour atteindre ses objectifs en matière de politiques énergétique, économique et financière. Etant donné que pour des raisons de droit fédéral, le canton n'a aucune marge de manœuvre pour imposer des prescriptions contraignantes à BKW SA, la différence factuelle par rapport à une participation majoritaire serait insignifiante. La différence la plus importante serait le léger affaiblissement du rôle des représentants du canton au CA et il faudrait éventuellement renoncer à déléguer des représentants au CA.
- *Une réduction de la participation cantonale peut être effectuée de manière ciblée, avec circonspection, et en tenant compte de l'entreprise BKW SA.*
Une éventuelle vente doit avoir lieu au moment opportun. Il conviendrait de viser en cela une solution durable, avec un actionnaire de référence stratégique et stable, qui partagerait si possible les objectifs de propriétaire du canton.

Les éléments suivants parlent contre une participation minoritaire avec minorité de blocage

- *En cas de passage à une participation minoritaire, le droit de délégation du canton de Berne pourrait éventuellement être abrogé même contre la volonté du canton.*
Il suffirait pour cela d'un changement de statut décidé à la majorité simple²⁴. Une étape logique possible pour éviter un tel scénario serait que le canton renonce à exercer son droit de délégation de représentants cantonaux au CA. Les intérêts du canton pourraient continuer d'être défendus via l'assemblée générale et de manière renforcée via la présidence du CA.
- *A l'AG, le canton ne peut plus décider seul sur les affaires votées à la majorité simple (selon la représentation des autres actionnaires à l'AG).*
Cet élément est particulièrement important lorsque le canton fait des propositions autres que celles du CA (p. ex. rapport de rémunération). Le canton conserve toutefois un poids important et peut chercher des alliances avec d'autres actionnaires, surtout s'il vend ses actions à une institution partenaire stratégique qui poursuit autant que possible les mêmes objectifs que lui.

²⁴ La doctrine est partagée sur le fait que le droit de délégation puisse être retiré à la collectivité (cf. Andreas Stöckli, *Behördenmitglieder in den obersten Führungs- und Aufsichtsgremien von öffentlichen Unternehmen, Ein Beitrag zum Organisationsrecht öffentlicher Unternehmen*, Berne 2012, p. 181). Il n'existe aucun arrêt récent du Tribunal fédéral qui clarifierait la question. Le rapport sur la LBKW part du principe qu'un changement de statut décidé à la majorité simple peut abroger le droit de délégation. Une partie de la doctrine qualifie cependant le droit de délégation de « droit acquis de l'actionnaire » qui ne peut être abrogé qu'avec le consentement de la collectivité.

6. Bilan concernant les étapes ultérieures

Le Conseil-exécutif dresse le bilan suivant concernant les étapes ultérieures :

- Concernant l'option d'une scission de BKW SA, les inconvénients l'emportent largement. Une scission de BKW SA effectuée pour des raisons politiques constituerait une atteinte considérable à la liberté d'entreprise, qui comporterait pour le canton de Berne d'importants risques juridiques, économiques, financiers et politiques et pourrait lui causer des dégâts considérables, tandis que les éventuels avantages et opportunités pour le canton et son économie resteraient vagues et sans commune mesure avec les risques encourus. L'option d'une scission de BKW SA ne doit donc pas être poursuivie (voir chiffre 4.3).
- Au vu de la libéralisation continue du marché de l'électricité et de l'évolution dynamique et prospère de BKW SA, qui est devenue un groupe d'énergie et d'infrastructures actif en Suisse et en Europe dans les secteurs de l'énergie, des réseaux et des prestations, le canton de Berne doit prendre d'autres mesures. D'après le point de vue global du présent rapport, le Conseil-exécutif estime qu'il est encore plus important qu'il y a trois ans que le canton de Berne crée la marge de manœuvre juridique nécessaire pour passer à une participation minoritaire avec minorité de blocage. Les objectifs de propriétaire conformément à la LBKW ne seront quasiment pas concernés par une réduction de la participation cantonale tant que le canton dispose d'une participation minoritaire avec minorité de blocage. Une révision de la loi sur la participation du canton à la BKW SA doit donc créer cette marge de manœuvre permettant de vendre des actions jusqu'à atteindre une participation minoritaire avec minorité de blocage (voir chiffre 5).

7. Proposition au Grand Conseil

Le Conseil-exécutif propose au Grand Conseil de prendre connaissance du présent rapport et d'approuver les étapes ultérieures conformément au chiffre 6.

Annexe :

Rapport d'experts du 2 juillet 2020 pour le canton de Berne, Direction de l'économie, de l'énergie et de l'environnement (DEEE), concernant une « scission » du groupe BKW, de Peter V. Kunz, professeur en droit économique à l'Université de Berne, Christoph A. Schaltegger, professeur en économie politique à l'Université de Lucerne et Dieter, Pfaff professeur en comptabilité à l'Université de Zurich.

EXPERTENBERICHT

für

Kanton Bern

Wirtschafts-, Energie- und Umweltdirektion (WEU)

betreffend

«Aufspaltung» der BKW-Gruppe

von

PROF. DR. PETER V. KUNZ

Professor für Wirtschaftsrecht, Universität Bern

PROF. DR. CHRISTOPH A. SCHALTEGGER

Professor für Politische Ökonomie, Universität Luzern

PROF. DR. DIETER PFAFF

Professor für Accounting, Universität Zürich

Bern/Luzern/Zürich, 2. Juli 2020

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	4
A. Politischer Hintergrund	4
B. Auftrag	4
C. Abgrenzungen und Vorbehalte	5
D. Drei Perspektiven	6
E. Struktur der BKW-Gruppe	6
F. Primat der politischen Entscheidung	6
II. Juristische Perspektive	7
A. Einführung	7
1. Struktur und Rechtsgrundlagen	7
2. Mögliche «Aufspaltung(en)»	7
B. Vier Rechtsfragen	7
1. Wäre eine «Aufspaltung» zulässig und möglich?	7
2. Wie könnte eine «Aufspaltung» rechtlich vollzogen werden?	8
a. Beschluss	8
i. Kanton Bern	8
ii. Generalversammlung	8
iii. Verwaltungsrat	8
b. Gegenstand	9
i. Dienstleistungen	9
ii. Aktionariat	9
3. Bestünden Rechtsrisiken – und welche?	10
4. Welche rechtlichen Auswirkungen hätte eine «Aufspaltung»?	10
C. Zwischenfazit	11
1. Wie sind «Aufspaltung(en)» zu beurteilen?	11
a. Argumente pro und contra	11
b. Ergebnis aus rechtlicher Sicht	11
2. Empfehlungen	12
III. Volkswirtschaftliche Perspektive	13
A. Fragestellung	13
B. Vorgehen	13
C. Resultate	13
D. Beantwortung der Fragestellung	15
E. Zwischenfazit	15
IV. Betriebswirtschaftliche Perspektive	17
A. Ausgangslage und Auftrag	17
B. Ansatz	17

C.	Beurteilung der Synergieeffekte	17
D.	Chancen und Risiken der BKW-Gruppe mit und ohne Dienstleistungsgeschäft.....	19
E.	Auswirkungen auf den Wert der Beteiligung des Kantons Bern	20
F.	Chancen und Risiken in Bezug auf die Wertentwicklung	21
G.	Zwischenfazit	21
V.	Zusammenfassendes Fazit	22

I. Einleitung

Der *Regierungsrat des Kantons Bern* hat aufgrund einer im Grossen Rat angenommenen Motion einen Bericht zur möglichen «Aufspaltung» der BKW bzw. zur «Ausgliederung» des Geschäftsfelds der Dienstleistungen vorzulegen. Vor diesem Hintergrund mandatierte die Wirtschafts-, Energie- und Umweltdirektion des Kantons Bern (WEU) ein *unabhängiges Gremium* mit der Erarbeitung eines *Expertenberichts* zu verschiedenen Fragen.

Im Vordergrund steht die *Perspektive des Kantons Bern*, und zwar als *Mehrheitsaktionär der BKW AG* als Muttergesellschaft der BKW-Gruppe. Das Expertengremium setzt sich aus drei verwaltungsexternen Personen zusammen: Prof. PETER V. KUNZ (Rechtswissenschaft), Prof. DIETER PFAFF (Betriebswirtschaft) sowie Prof. CHRISTOPH A. SCHALTEGGER (Volkswirtschaft). Die drei Gutachter hatten eine *vollständige Unabhängigkeit* seitens der WEU.

A. Politischer Hintergrund

Im letzten Jahr erfolgte ein *parlamentarischer Vorstoss* mit dem Titel «Aufspaltung der BKW prüfen» im Grossen Rat des Kantons Bern. Am 1. April 2019 reichten die Grossräte RAPHAEL LANZ (SVP) und MARKUS AEBI (SVP) eine entsprechende *Motion* ein:

«Der Regierungsrat wird beauftragt, in einem Bericht darzulegen, welche Auswirkungen eine Aufspaltung der BKW in einen staatlich beherrschten Teil (versorgungsnotwendige Infrastruktur/Stromproduktion/Stromhandel) und einen privatisierten Teil (Dienstleistungsgeschäft) hätte. Zudem ist darzulegen, ob und wie eine solche Aufspaltung umgesetzt werden könnte».

Der *Regierungsrat* hielt in seiner Antwort vom 14. August 2019 zu dieser Motion fest: «Der Regierungsrat kann das Ansinnen nachvollziehen. Der Hauptfokus des Kantons als Mehrheitsaktionär liegt in der Umsetzung der kantonalen Energiestrategie sowie im Beitrag zur Versorgungssicherheit und ist somit politischer Natur. Das Dienstleistungsgeschäft ist für den Kanton von untergeordnetem Interesse; es dient aus seiner Sicht primär als Absicherung im unbeständigen Strompreisgeschäft». Der Regierungsrat zeigte sich mit der Motion einverstanden.

In der Herbstsession 2019 wurde die Motion durch den *Grossen Rat* *angenommen*, und zwar mit 119 Ja, 23 Nein sowie 6 Enthaltungen. Auf dieser Grundlage kontaktierte die WEU in der Folge die Gutachter im Hinblick auf die Erstellung eines Expertenberichts.

B. Auftrag

Im *Pflichtenheft der WEU* für die Gutachter wurde festgehalten, dass «mindestens die folgenden Fragen beantwortet» werden müssen:

- a. *Welche Auswirkungen hat eine Aufspaltung der BKW in die beiden in der Motion erwähnten Teile in Bezug auf aktienrechtliche Aspekte, Investorenrisiken, Transaktionsrisiken, generelle rechtliche Chancen und Risiken? Es ist auch das börsenmässige Umfeld zu berücksichtigen.*
- b. *Welches sind die Auswirkungen auf den Wert der Beteiligung des Kantons an der BKW und die Chancen/Risiken in Bezug auf die Wertentwicklung?*

- c. *Welche Risiken ergeben sich für den Kanton Bern als Mehrheitsaktionär, insbesondere in Bezug auf Entschädigungen wegen Wertverlusten an andere Aktionäre, in Bezug auf Klage des Unternehmens und/oder anderer Aktionären wegen Wertvernichtung, usw.?*
- d. *Welches ist der rechtlich vorgegebene oder ideale Weg, der bei einer Aufteilung zu beschreiten wäre, um rechtliche und wirtschaftliche Risiken zu minimieren (u.a. eine symmetrische bzw. asymmetrische Aufspaltung, direkt an der Generalsversammlung der Aktionäre oder zuerst VR auswechseln)?*
- e. *Welche betriebswirtschaftlichen und unternehmerischen Chancen und Risiken (SWOT) ergeben sich in den beiden Hauptszenarien a) Weiterentwickeln des bisher verfolgten integrierten Geschäftsmodells und b) Aufteilung der Unternehmung in zwei neue Unternehmen mit jeweiligen Geschäftsbereichen entsprechend der Motion für die BKW und den Kanton?*
- f. *Welche volkswirtschaftliche Bedeutung hat die heutige BKW für den Kanton Bern (Wertschöpfung und Wachstum, Arbeitsplätze, Steuererträge, Regionen)? Wie hat sich die volkswirtschaftliche Bedeutung für den Kanton Bern in den letzten zehn Jahren aufgrund der seitherigen Transformation der BKW verändert? Wie verändert sich voraussichtlich die volkswirtschaftliche Bedeutung der BKW für den Kanton Bern in den beiden Hauptszenarien a) Weiterentwickeln des bisher verfolgten integrierten Geschäftsmodells und b) Aufteilung der Unternehmung in zwei neue Unternehmen mit jeweiligen Geschäftsbereichen entsprechend der Motion.*

Es wurde dabei «von den Experten erwartet, dass sie die Fragestellungen weiter differenzieren und nach eigenem Ermessen weitere Fragen und Themen einbeziehen, sofern dies für eine überzeugende und vollständige Analyse erforderlich ist».

Die gestellten Fragen lassen sich aufteilen in rechtliche (lit. a, c, d), volkswirtschaftliche (lit. f) und betriebswirtschaftliche (lit. b & e) Fragestellungen.

C. Abgrenzungen und Vorbehalte

Die Gutachter haben zwecks Erstellung dieses Gutachtens keine eigene Sachverhaltsermittlung vorgenommen und sich z.T. auf Dokumente der BKW-Gruppe gestützt. Zudem hatten die Gutachter nur beschränkten Zugang zu Dokumenten der BKW-Gruppe und konnten – aus Gründen der Geheimhaltung, insbesondere auch aus börsenrechtlichen Überlegungen – nicht alle daraus gewonnen Erkenntnisse in diesem Expertenbericht offenlegen.

Im Hinblick auf die *rechtlichen, aber auch betriebswirtschaftlichen Ausführungen* im Expertenbericht ist festzuhalten, dass beispielsweise keine Due Diligence vorgenommen wurde, dass steuerrechtliche Aspekte nicht abgeklärt wurden, und dass Auslandsachverhalte nicht Gegenstand der Untersuchung waren. Letzteres bedeutet insbesondere, dass keine rechtlichen Abklärungen betreffend Beihilfe-Risiken in der EU vorgenommen wurden. Sollte es tatsächlich zu einer «Aufspaltung» kommen, müssten all diese Punkte mit entsprechendem Zeitaufwand und zusätzlichen Kosten abgeklärt werden (dann insbesondere mit Blick auf die konkret gewählte Art der «Aufspaltung»).

D. Drei Perspektiven

Der vorliegende Expertenbericht wurde gemeinsam von den drei Gutachtern erstellt, basiert jedoch auf *individuellen vertieften Abklärungen der Gutachter in ihren jeweiligen Fachgebieten*. Jeder Gutachter verantwortet somit den von ihm erarbeiteten Teil.

Die Gutachter waren bei ihren Abklärungen nicht nur unabhängig vom Auftraggeber, sondern auch unabhängig von den jeweils anderen Gutachtern. Aufgrund dieser Unabhängigkeit und der verschiedenen Betrachtungsweisen wären ev. unterschiedliche Ergebnisse und Empfehlungen nicht als fehlerhafte Diskrepanzen zu bewerten, sondern als Resultate, die sich aus *verschiedenen Fragestellungen und Blickwinkeln* ergeben (können).

E. Struktur der BKW-Gruppe

Die BKW-Gruppe, die ein *Beteiligungskonzern* mit v.a. Aktiengesellschaften (AG) ist, umfasst 200 Unternehmungen, mit Sitz teils in der Schweiz und teils im Ausland. Die *BKW AG* fungiert als Muttergesellschaft des Konzerns und wurde als gemischtwirtschaftliche AG im Rahmen von Art. 762 OR ausgestaltet. Die *BKW Energie AG*, sozusagen das Stammhaus der BKW-Gruppe, erweist sich als die wichtigste Tochtergesellschaft der BKW AG. Die zahlreichen *indirekten Tochtergesellschaften* (Enkel-, Urenkelgesellschaften etc.) werden meist zu 100% beherrscht und sind bei der BKW Energie AG «angehängt».

Gemäss dem *Beteiligungsverzeichnis* der BKW AG gehörten Ende 2019 total 200 *Unternehmungen* zur BKW-Gruppe, wobei meist *100%-Beteiligungen* vorlagen; allerdings waren 18 Dienstleistungsunternehmen des Konzerns keine Alleinbeteiligungen. Zudem wurden vier gemeinschaftliche Gesellschaften («Joint operations») und zahlreiche «assoziierte» Unternehmen aufgeführt. Insgesamt 142 *Gruppengesellschaften* waren *exklusiv* dem Geschäftsfeld der Dienstleistungen «zugeordnet», und bei drei weiteren Unternehmungen waren *alle drei Geschäftsfelder integriert*, insbesondere in der BKW Energie AG.

F. Primat der politischen Entscheidung

Die Politik entscheidet über Rechtssetzungen und über sonstige politische Entscheidungen, wobei das *Prinzip der Ungebundenheit* zur Anwendung gelangt. Trotz der in diesem Expertenbericht vorgebrachten Gründe für oder gegen eine «Aufspaltung», werden die Berner Entscheidungsträger *nicht determiniert*, d.h. es gilt das *Primat der Politik*, ohne Einschränkungen.

Der vorliegende Expertenbericht kann *keine abschliessenden Antworten* geben, ob eine «Aufspaltung» erfolgen soll oder nicht. Er soll nur, aber immerhin, eine fachliche und unabhängige *Entscheidungshilfe* für den *politischen Prozess* im Kanton Bern darstellen. Trotz der prinzipiellen Unmöglichkeit einer Objektivierung kann die Beschlussfassung allenfalls durch Argumente pro und contra zumindest *rationalisiert* werden.

II. Juristische Perspektive

A. Einführung

1. Struktur und Rechtsgrundlagen

Als Folge des konzernrechtlichen Trennungsprinzips würden bei einer «Aufspaltung» *nicht der Konzern als solcher*, sondern *einzelne* Konzernunternehmen der Gruppe zum Gegenstand einer Transaktion. Das *Geschäftsfeld der Dienstleistungen* der BKW-Gruppe findet sich primär «verteilt» auf die indirekten Tochtergesellschaften. Diese Unternehmen sind – mit wenigen Ausnahmen – *jeweils ausschliesslich* im entsprechenden Bereich der Dienstleistungen tätig.

Die kantonale Rechtsgrundlage für die Beteiligung des Kantons Bern an der BKW AG bzw. an deren Aktienkapital ist das *BKW-Gesetz* aus dem Jahr 2018. In Bezug auf die Unternehmung als solche gelangt Bundesrecht zur Anwendung; da es sich bei der BKW AG um eine AG handelt, steht das *Aktienrecht* (Art. 2 Abs. 1 BKW-Gesetz) im Vordergrund, und das *Kartellrecht* (Art. 2 Abs. 2 BKW-Gesetz) ist ebenso wie das *Branchenrecht* (StromVG etc.) anwendbar.

2. Mögliche «Aufspaltung(en)»

Dem *Begriff Aufspaltung*, der durch die Motionäre und durch die WEU verwendet wird, kommt im Rahmen von Art. 29 lit. a FusG ein *spezifischer umstrukturierungsrechtlicher* Inhalt zu. Obwohl weitere Rechtsbegriffe in der politischen Diskussion angeführt werden, ist davon auszugehen, dass die thematisierte «Aufspaltung» *rechtlich «untechnisch»* verstanden werden muss, im Sinn einer «Ausgliederung» des Geschäftsfelds der Dienstleistungen aus der BKW-Gruppe.

Aus der Motion ergibt sich nicht, ob es um eine «Aufspaltung» der *Geschäftsfelder* (BKW-Gruppe) oder um eine «Aufspaltung» der *Aktionäre* (BKW AG) geht. Im Folgenden werden beide Varianten erwähnt. Bei einer «Aufspaltung» der Geschäftsfelder ist in erster Linie eine allfällige «Ausgliederung» der Dienstleistungen aus der BKW-Gruppe gemeint.

Das *Geschäftsfeld der Dienstleistungen* befindet sich in der 2. Hierarchiestufe «nach unten» (ab der BKW Energie AG), jedoch nicht in der BKW AG. Beim in Frage stehenden Aktionariat (Kanton Bern sowie Publikumsaktionäre) geht es hingegen um die 1. Hierarchiestufe, somit um die Muttergesellschaft. Dieses *Auseinanderfallen* erschwert mögliche Transaktionen, insbesondere eine ev. *Kombination* der beiden «Aufspaltungs»-Varianten.

B. Vier Rechtsfragen

1. Wäre eine «Aufspaltung» zulässig und möglich?

Die Frage nach der *rechtlichen Zulässigkeit* einer «Aufspaltung» kann mit einem «Ja» beantwortet werden, für eine «Aufspaltung» der Geschäftsfelder der BKW-Gruppe und für eine «Aufspaltung» des Aktionariats der BKW AG. Die Publikumsaktionäre der BKW AG haben zwar bei gewissen Konstellationen ein «*Mitspracherecht*», indes – prinzipiell – *kein «Vetorecht»* gegen Beteiligungsveränderungen an der Obergesellschaft, gegen Beteiligungsveränderungen an Untergesellschaften oder gegen eine neue Geschäftspolitik der BKW-Gruppe.

Die Frage nach der *rechtlichen Möglichkeit* einer «Aufspaltung» kann ebenso mit einem «Ja» beantwortet werden, und zwar erneut sowohl für eine «Aufspaltung» der Geschäftsfelder der

BKW-Gruppe als auch für eine «Aufspaltung» der Aktionäre der BKW AG. Eine «Aufspaltung» der Geschäftsfelder wäre jedoch einfacher zu bewerkstelligen als eine «Aufspaltung» der Aktionäre bei der Publikumsgesellschaft.

2. Wie könnte eine «Aufspaltung» rechtlich vollzogen werden?

a. Beschluss

Im Zusammenhang mit der Durchführung einer allfälligen «Aufspaltung» stellt sich einleitend die *Grundsatzfrage*: Wer fällt den *Beschluss zur «Aufspaltung»* überhaupt? Theoretisch kämen drei Antworten in Frage: der Kanton Bern, die Generalversammlung oder der Verwaltungsrat.

i. Kanton Bern

Der *Kanton Bern* kann über eine «Aufspaltung» *nicht abschliessend* entscheiden, sondern als Aktionär nur, aber immerhin, mitentscheiden. Dem Kanton Bern stehen in Bezug auf den Verwaltungsrat (VR) Abordnungs- und Abberufungsrechte zu. Ansonsten hat der Kanton Bern allerdings *keine rechtlichen Privilegien*, d.h. er ist ein «regulärer» Aktionär.

Somit liegt die *gesellschaftsrechtliche Beschlusskompetenz* bei der *BKW AG*, d.h. bei deren VR oder GV. Ob der VR oder die GV zuständig ist, hängt von der konkreten Transaktion ab.

ii. Generalversammlung

In *aktienrechtlicher* Hinsicht bestünde i.c. für eine «Aufspaltung» der Geschäftsfelder der BKW-Gruppe an sich *keine GV-Kompetenz*. Ein schwerwiegender Eingriff in ein Unternehmen (Beispiel: Veräusserung zentraler Betriebsteile) kann jedoch als *faktische Zweckänderung* qualifiziert werden, was einen *Beschluss der GV*, mit einem qualifizierten Mehr von *zwei Dritteln* der Stimmrechte erforderlich machen würde (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 1 OR).

Die «*Grenzziehung*» zur faktischen Zweckänderung ist jedoch unklar. Im konkreten Fall müsste als Gegenargument wohl der *Holdingzweck der BKW AG* berücksichtigt werden, in dem die Dienstleistungen unerwähnt bleiben. Massgeblich ist deshalb die Frage: *Wie zentral* ist das Geschäftsfeld der Dienstleistungen? Konkret dürfte *keine* faktische Zweckänderung bei einer «Aufspaltung» der Geschäftsfelder vorliegen, so dass eine VR-Kompetenz bestünde; dies erscheint mindestens *rechtsunsicher*, was mit *Prozessrisiken* verbunden wäre.

Sollte eine «Aufspaltung» der Aktionäre als *Spaltung* der *BKW AG* im *umstrukturierungsrechtlichen* Sinn durchgeführt werden, braucht es einen *GV-Beschluss*, und zwar mit qualifizierten Mehrheiten: *zwei Drittel* der Aktienstimmen (symmetrische Spaltung: Art. 18 Abs. 1 FusG) bzw. 90% aller Gesellschafter (asymmetrische Spaltung: Art. 43 Abs. 1 FusG).

iii. Verwaltungsrat

Wenn die GV nicht zuständig ist, liegt eo ipso eine *Kompetenz des VR* vor (Art. 716 Abs. 1 OR: Auffangkompetenz). Bei einer «Aufspaltung» der Geschäftsfelder würde es sich um einen *strategischen* Entscheid, d.h. um die *Oberleitung der Konzernmuttergesellschaft* handeln, so dass ohnehin der VR *zuständig* wäre (Art. 716a Abs. 1 lit. a OR); vorbehalten bliebe allerdings die Fallkonstellation einer faktischen Zweckänderung.

Der Kanton Bern hat als «regulärer» Aktionär keine «Befehlsgewalt» gegenüber dem VR der Obergesellschaft. Insofern könnte es bei einem Konzernstrategiewechsel betreffend «Aufspaltung» der Geschäftsfelder zu einer *Konfrontation mit dem VR* der BKW AG kommen; der VR der herrschenden AG hat nämlich nicht die Interessen des (Mehrheits-)Aktionärs, sondern die *Interessen der BKW AG* zu schützen (Art. 717 Abs. 1 OR). Eine «Konfliktlösung» könnte rechtlich gemäss Art. 705 OR durch *Abberufungen im VR* erfolgen.

b. Gegenstand

i. Dienstleistungen

Da die Dienstleistungen meist in *einzelnen Tochtergesellschaften* lokalisierbar sind, die sich jeweils ausschliesslich mit diesen Tätigkeiten beschäftigen, erschiene eine «Aufspaltung» der *Geschäftsfelder* einfach: Die Tochtergesellschaften würden «ihre» Dienstleistungsunternehmen, an denen sie direkt beteiligt sind, durch «*Share Deals*» veräussern.

Sollten sich in den «Dienstleistungstochtergesellschaften» *nebst* dem Geschäftsfeld der Dienstleistungen *weitere Geschäftsfelder* befinden, also insbesondere Betriebsteile Energie sowie Netze, könnten sie – vor den «Share Deals» – jeweils durch *Spaltung* (Art. 29 ff. FusG) einerseits oder durch *Vermögensübertragung* (Art. 69 ff. FusG) andererseits an eine andere BKW-Konzerngesellschaft veräussert werden, womit sie in der BKW-Gruppe verblieben.

Nebst dem Verkauf der einzelnen Dienstleistungsgesellschaften wäre auch eine Veräusserung der gesamten Dienstleistungssparte mit *einem* Share Deal möglich. Dazu müssten allerdings vorgängig sämtliche Dienstleistungsgesellschaften (und allfällige Dienstleistungsbetriebsteile) unter einer Zwischenholding zusammengefasst werden. Nach einer solchen Konzernrestrukturierung könnte mittels Veräusserung der Beteiligung an der «Dienstleistungszwischenholding» die gesamte Dienstleistungssparte mit einem Share Deal abgestossen werden. Die Vor- und Nachteile einer solchen Transaktionsstruktur müssten vertieft geprüft werden, sobald die Transaktionsstruktur (und allfällige Alternativen) festgelegt wäre. Zu beachten wären v.a. die höheren Transaktionskosten aufgrund der erforderlichen Konzernreorganisation sowie die Auswirkungen auf die Realisierung des Goodwills und steuerliche Aspekte.

Eine «Aufspaltung» der Geschäftsfelder in der BKW-Gruppe dürfte somit in jedem Fall eine *vorgängige strukturelle «Bereinigung»* brauchen.

ii. Aktionariat

Bei einer «Aufspaltung» der Aktionäre ginge es im Wesentlichen um einen «Ausschluss» der Publikumsaktionäre der BKW AG. Als Ergebnis einer solchen «Aufspaltung» könnten mit dem Kanton Bern, z.B. als Alleinaktionär, eine AG 1 (Energie und Netze) sowie eine AG 2 (Dienstleistungen) mit den Publikumsaktionären als Gesellschaftern geschaffen werden.

Es stünden *zwei Möglichkeiten* für eine solche «Aufspaltung» zur Verfügung: ein *öffentliches Kaufangebot* des Kantons Bern (Art. 125 ff. FinfraG) an die Publikumsaktionäre, deren Aktien als kraftlos erklärt werden könnten, wenn mehr als 98% von ihnen angeboten werden sollten (Art. 137 Abs. 1 FinfraG), und eine *asymmetrische Spaltung*, sofern dem notwendigen GV-Beschluss mindestens 90% aller Aktionäre zustimmen würden (Art. 43 Abs. 3 FusG).

Ein öffentliches Kaufangebot erscheint a priori unrealistisch. Das GV-Quorum bei einer asymmetrischen Spaltung wäre zwar tiefer, aber immer noch sehr hoch.

Bei der *asymmetrischen Spaltung* käme es wohl zu einer *Beteiligungserhöhung* für den Kanton Bern bei AG 1, was eine Revision von Art. 7 BKW-Gesetz (de lege lata: max. 60%-Beteiligung) notwendig machen würde. Das zentrale Problem liegt jedoch darin, dass die *Dienstleistungen kein Aktivum* der zu spaltenden BKW AG darstellen, sondern sich in Tochtergesellschaften befinden. Damit das *Geschäftsfeld der Dienstleistungen* von der übertragenden BKW AG als AG 1 auf die übernehmende AG 2 transferiert werden könnten, müsste es *zuerst* auf die *herrschende Gesellschaft der BKW-Gruppe übertragen* werden.

3. Beständen Rechtsrisiken – und welche?

Mit einer «Aufspaltung» wären *zahlreiche Rechtsrisiken* verbunden, sowohl für den Kanton Bern als Mehrheitsaktionär als auch für die BKW-Gruppe bzw. für die BKW AG. Die rechtlichen (und praktischen) Herausforderungen erscheinen indessen wesentlich grösser bei einer «Aufspaltung» der Aktionäre als bei einer «Aufspaltung» der Geschäftsfelder.

Im Vordergrund dürften *finanzielle Haftungsrisiken des Kantons Bern* stehen, obwohl *keine Aktionärhaftung* für den Mehrheitsgesellschafter als solchen besteht (Art. 680 Abs. 1 OR):

Es könnte jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass die *übrigen Aktionäre* den Kanton Bern für einen *Wertverlust ihrer Aktien* zur Verantwortung ziehen würden, insbesondere infolge einer materiellen Organschaft oder einer VR-Delegation (Art. 762 Abs. 4 OR); als *mögliche Verantwortlichkeitskläger* gegen den Kanton Bern kämen die BKW AG selber, die Publikumsaktionäre sowie – einzig im Konkurs – die Gläubiger in Frage.

Ein *finanzielles Risiko der BKW AG* (und damit indirekt des Kantons Bern) könnte sich zudem aus einer vorzeitigen Fälligkeit der heute *ausstehenden Anleihensobligationen* ergeben.

Schliesslich existieren weitere, kaum absehbare Risiken im *ausserrechtlichen* Bereich. Nicht unterschätzt werden dürften etwa *Reputationsrisiken* für den Kanton Bern sowie *Prozessrisiken*. Die *Transaktionsrisiken* erscheinen ebenfalls gross, notabene v.a. bei einer «Aufspaltung» der Aktionäre, etwas weniger hingegen bei einer «Aufspaltung» der Geschäftsfelder.

4. Welche rechtlichen Auswirkungen hätte eine «Aufspaltung»?

Die Strukturänderungen wären aus rechtlicher Sicht wesentlich grösser sowie eingreifender in die Konzernstrukturen bei einer «Aufspaltung» der Aktionäre als bei einer «Aufspaltung» der Geschäftsfelder.

In *aktienrechtlicher* Hinsicht bestünde kaum Handlungsbedarf bei einer «Aufspaltung» der Geschäftsfelder. Hingegen wäre ein *börsengesellschaftsrechtlicher* Handlungsbedarf bei einer asymmetrischen Spaltung zu bejahen, würde dies doch zu einer *Dekotierung der AG 1* (mit dem Kanton Bern z.B. als Alleinaktionär) führen.

Im *kantonalrechtlichen* Zusammenhang würde eine asymmetrische Spaltung betreffend «Aufspaltung» der Aktionäre eine *Revision des BKW-Gesetzes* voraussetzen, sofern der max. Grenzwert für die Beteiligung an der BKW AG überschritten würde.

C. Zwischenfazit

1. Wie sind «Aufspaltung(en)» zu beurteilen?

a. Argumente pro und contra

Im Allgemeinen sollten Staaten mit einer *liberalen Marktwirtschaft* wirtschaftlich aktiv werden und sein für den Fall, dass es um die Sicherstellung unerlässlicher Rechtsgüter für die Öffentlichkeit geht. Hingegen sind in der Schweiz *staatliche Wirtschaftsaktivitäten*, die in Konkurrenz zu Privaten stehen, als bundesverfassungsrechtlich heikel zu betrachten.

Der *Regierungsrat des Kantons Bern* hielt in seiner Antwort auf die Motion explizit fest: «Das Dienstleistungsgeschäft ist für den Kanton von untergeordnetem Interesse; es dient aus seiner Sicht primär als Absicherung im unbeständigen Strompreisgeschäft». Da es beim Geschäftsfeld der Dienstleistungen der BKW-Gruppe prinzipiell um keine öffentlichen Interessen geht, stellt das *Bundesverfassungsrecht* – in erster Linie die Wirtschaftsfreiheit – ein *pro-Argument* für eine «Aufspaltung» dar.

Die BKW-Gruppe untersteht dem *Wettbewerbsrecht*, d.h. konzerninterne Quersubventionierungen o.Ä. sind unzulässig. Diese Ausgangslage erscheint potentiell riskant und erfordert eine umfassende wettbewerbsrechtliche «Legal Compliance». Mit einer «Ausgliederung» würde zumindest das entsprechende *Risiko minimiert*, was ein *pro-Argument* wäre.

Konkret bestehen allerdings betreffend «Aufspaltung» zahlreiche und gewichtige *contra-Argumente*, die wohl im Ergebnis überwiegen dürften, und zwar für beide «Aufspaltungs»-Varianten:

Finanzielle Risiken für den Kanton Bern, Prozess- und Transaktionsrisiken, Notwendigkeit einer Revision des BKW-Gesetzes, Rechtsunsicherheiten etc.; bei einer «Aufspaltung» der Aktionäre wären die Probleme besonders zahlreich. Ob der Aufwand zur Lösung dieser Herausforderungen akzeptiert wird, stellt indessen einen *politischen* Entscheid dar.

b. Ergebnis aus rechtlicher Sicht

Aus rechtlicher Sicht steht fest, dass eine «Aufspaltung» *zulässig* und *möglich* wäre. Es bestehen im Übrigen einige pro-Argumente, hingegen auch zahlreiche contra-Argumente. Nichtsdestotrotz bleibt das Ergebnis *rechtlich indifferent*, und es wird *keine Empfehlung pro/contra* gemacht, weil alle Herausforderungen lösbar erscheinen, sofern die Politik dies beschliesst.

Die grössere Herausforderung wäre die «Aufspaltung» der Aktionäre, die sicherlich die Prozessrisiken für die BKW AG und für den Kanton Bern erhöhen sowie ev. eine vorgängige Revision des BKW-Gesetzes erfordern würde; in diesem Zusammenhang müsste sicherlich ebenfalls das Reputationsrisiko in Erwägung gezogen werden.

Aus allen diesen Überlegungen, teils jedoch ebenfalls wegen ausserrechtlichen Gründen, insbesondere bei der «Aufspaltung» des Aktionariats, erschiene es *naheliegender, alles zu belassen wie bisher*. Das Recht gebietet keine «Aufspaltung».

2. Empfehlungen

Sollte der politische Entscheid für eine «Aufspaltung» gefällt werden, müssten verschiedene *Vorbereitungsarbeiten* in Angriff genommen werden, u.a. diverse *Gespräche* (z.B. mit dem VR der BKW AG oder mit der zuständigen Behörde betreffend Sicherstellung der Entsorgungskosten für das KKW Mühleberg). Ausserdem müsste ev. das *BKW-Gesetz revidiert* werden.

Einer baldigen Klärung bedürften schliesslich die möglichen *Risiken aus Anleiheobligationen* der BKW AG. Bestehen «Disposal of Assets»-Klauseln oder «Change of Control»-Klauseln,¹ die bei einer «Aufspaltung» der Geschäftsfelder oder bei einer «Aufspaltung» der Aktionäre zu einer *vorzeitigen Fälligkeit zu Lasten der BKW AG* führen würden?

Sollte politisch der Wunsch bestehen, eine Leistungsvereinbarung mit der BKW-Gruppe bzw. einzelnen Gruppengesellschaften abzuschliessen, wären diesbezüglich vertiefte juristische Abklärungen notwendig. Diese Möglichkeit wurde – entsprechend den Fragestellungen – im Rahmen der rechtlichen Abklärungen nicht geprüft.

¹ «Disposal of Assets»-Klauseln oder «Change of Control»-Klauseln erlauben es einer Vertragspartei in der Regel – je nach konkreter Ausgestaltung – bei einem Abstossen bestimmter Vermögenswerte («Disposal of Assets») oder bei einer Veränderung in der Kontrollstruktur («Change of Control») aufseiten der anderen Vertragspartei, die Vertragsbeziehung zu beenden.

III. Volkswirtschaftliche Perspektive

A. Fragestellung

Im Hinblick auf die *volkswirtschaftliche* Beurteilung einer «Aufspaltung» wurden folgende Teilfragen untersucht:

- 1) Welche volkswirtschaftliche Bedeutung hat die BKW-Gruppe für den *Kanton Bern*?
- 2) Wie wäre eine «Aufspaltung» der BKW aus ökonomischer Sicht zu beurteilen, notabene für den Kanton Bern?
- 3) Gäbe es *Alternativen zu einer «Aufspaltung»* aus Sicht des Kantons Bern?

B. Vorgehen

Um diese Fragen zu beantworten, werden in einem ersten Schritt die *finanz-, wirtschafte- und versorgungspolitische Bedeutung* der BKW für den Kanton Bern dargestellt und die Stellung der BKW in den verschiedenen Geschäftsbereichen im Rahmen einer *Marktanalyse* untersucht.

In einem zweiten Schritt wird die Bedeutung der BKW für den Kanton Bern aus ökonomischer Sicht beurteilt. Zum einen werden *grundsätzliche und institutionenökonomische* Einschätzungen der *Unternehmensbeteiligung* vorgenommen. Zum anderen werden Fragen der «Governance» dieser staatlichen Beteiligungen aufgeworfen.

Schliesslich werden in einem dritten Schritt die volkswirtschaftlichen *Auswirkungen einer «Aufspaltung»* der BKW anhand einer Regulierungsfolgenabschätzung (RFA) eruiert. Dabei werden sowohl die Auswirkungen auf verschiedene gesellschaftliche *Gruppen* als auch die Auswirkungen auf die *Gesamtwirtschaft* sowie der *Vollzugaufwand* abgeschätzt. Im Rahmen des vierten RFA-Prüfpunkts werden auch alternative Massnahmen diskutiert.

C. Resultate

Die Beteiligung an einer *gewinnstarken* BKW erlaubt es dem Kanton Bern, *Einnahmen* im Bereich der Unternehmenssteuern, der Dividendenausschüttungen und der gewinnunabhängigen Wasserzinsen zu erzielen. Die BKW hat auf dem *Schweizer Strommarkt* eine über die Wertschöpfungskette *diversifizierte Position*, weil sie mit Strom handelt, Stromverteilnetze betreibt und zugleich zugehörige Dienstleistungen anbietet. In den letzten Jahren stieg allerdings auch die Bilanzsumme der BKW.

Dies bedeutet für den Kanton Bern als «Eigentümer» bzw. mehrheitsbeteiligter Aktionär parallel zur Umsatzsteigerung der BKW auch ein *steigendes Risiko*. Darauf deutet beispielsweise das Gewicht der Bilanzsumme der BKW für den Kanton Bern hin, das heute ca. 11.6% des *kantonalen Bruttoinlandprodukts* ausmacht.

In den einzelnen Geschäftsbereichen nimmt die BKW *unterschiedliche Marktstellungen* ein. Der Netzmarkt weist die höchste Marktkonzentration auf, und hier hat die BKW ein Monopol, während in der Produktion und im Handel von Strom mehrere, auch kleine Unternehmen tätig

sind. Am *weitaus stärksten fragmentiert* ist der *Dienstleistungsmarkt*. Dementsprechend variiert auch die Marktstellung der BKW zwischen den drei Geschäftsfeldern.

Die staatliche Beteiligung an der BKW rechtfertigt sich aus ökonomischer Sicht im *Netzbereich*, weil es sich um ein natürliches Monopol handelt, und weil damit die Versorgungssicherheit im Kanton Bern gewährleistet wird. Auch bei der *Produktion* lässt sich aufgrund der hohen Fixkosten und der politischen Akzeptanz von Landschaftseingriffen und Risiken, die mit den Produktionsanlagen verbunden sind, eine staatliche Beteiligung rechtfertigen.

Anders verhält es sich hingegen im *Dienstleistungsbereich*, der sich durch einen funktionierenden Wettbewerb auszeichnet, so dass eine staatliche Mehrheitsbeteiligung eine Marktverzerrungsgefahr mit sich bringen kann.

Zusätzlich zu diesen grundsätzlichen Überlegungen sind für den Kanton Bern als Mehrheitsaktionär der BKW auch *Governance-Aspekte* von zentraler Bedeutung:

Es stellt sich für den Kanton Bern die Frage des Managements der mit seiner Beteiligung verbundenen *politischen und ökonomischen Risiken*. Solange die Kongruenz von Haftung, Risiko und Kontrolle nicht gegeben ist, besteht Handlungsbedarf. Dies umso mehr vor dem Hintergrund, dass die BKW aufgrund ihrer zentralen Rolle für die *Versorgungssicherheit* im Kanton Bern als *systemrelevant* einzustufen ist. Obwohl der Kanton Bern sowohl ein Controlling-Konzept, ein Aufsichtskonzept als auch eine Eigentümerstrategie entwickelt hat, kann er der BKW keine Vorschriften im Bereich der Grundversorgung und der systemrelevanten Infrastruktur machen oder deren Finanzierung sicherstellen.

Folgerichtig besteht aus Sicht der BKW auch *kein Leistungsauftrag* gegenüber dem Kanton Bern. Eine *klare Trennung* in einen staatlich beherrschten Teil der Geschäftsbereiche Energie und Netze auf der einen Seite sowie einer «Aufspaltung» und Privatisierung des Dienstleistungsbereichs könnte diesem Dilemma zumindest insofern Abhilfe schaffen, dass sich die Tätigkeiten der BKW auf ihr *Kerngeschäft*, das systemrelevant ist, fokussieren könnten.

Durch eine gesamtheitliche ökonomische Abschätzung erfolgt der Schluss, dass die «Aufspaltung» der BKW aus volkswirtschaftlicher Sicht durchaus *Chancen* mit sich brächte, den grundsätzlichen Handlungsbedarf des Kantons im Management seiner politischen und ökonomischen Risiken zu adressieren.

Eine mögliche Alternative zur «Aufspaltung» bestünde immerhin in der Einführung eines umfassenden und verbindlichen *Leistungsauftrags*, gekoppelt an eine *Eigenkapitalvorschrift*. Damit liesse sich ohne «Aufspaltung» mindestens die Asymmetrie in der Haftungs- und Kompetenzfrage für den Kanton Bern zielgerichtet adressieren. Diese Alternative hätte ausserdem den Vorteil, dass sie weniger einschneidend für die BKW wäre und mit weniger finanziellen Risiken und Belastungen für den Kanton einherginge. Selbstverständlich bedürfte diese alternative Massnahme wiederum einer Prüfung der juristischen Zulässigkeit sowie der betriebswirtschaftlichen Auswirkungen.

D. Beantwortung der Fragestellung

- 1) Die volkswirtschaftliche Bedeutung der BKW für den Kanton Bern ist im Bereich des *Arbeitsmarktes* und der *Kantonseinnahmen*, bezogen auf ihre Gesamtbedeutung, zwar limitiert. Im Vergleich zu anderen Unternehmen im Kanton Bern lässt sich die BKW allerdings als sehr bedeutende Arbeitgeberin und Einnahmequelle bezeichnen. Im Bereich der *Versorgungssicherheit* nimmt die BKW für den Kanton Bern eine absolut zentrale Rolle ein. Der Status quo birgt für den Kanton Bern als Mehrheitsaktionär damit *Risiken ökonomischer und politischer* Natur: Zum einen besteht durch die Beteiligung im Dienstleistungsbereich ein Risiko für Marktverzerrung, zum anderen stellt sich eine «Governance»-Problematik aufgrund der fehlenden Kongruenz zwischen Risiko, Haftung und Kontrolle. Diese Risiken verschärfen sich erwartungsgemäss in Zukunft, da durch den Erfolg und die fortlaufende Bilanzverlängerung der BKW deren *volkswirtschaftliche Bedeutung* für den Kanton Bern *zunimmt*.
- 2) Aus einer grundsätzlichen Perspektive könnte eine «Aufspaltung» der BKW in einen staatlichen Grundversorgungsteil einerseits sowie in einen privatrechtlichen Dienstleistungsbereich andererseits durchaus zur *Beseitigung von Marktverzerrungen* und zur *Stärkung der «Governance»* beitragen.
- 3) Andere Lösungsansätze zum Management der Haftungsrisiken sind denkbar. Sofern der politische Wille besteht, dass der Dienstleistungsbereich bei der BKW verbleiben und nicht in die industrielle Logik der BKW eingegriffen werden soll, gilt es, die *Besitzstrukturen* im Rahmen der Mehrheitsbeteiligung *enger zu kontrollieren*, um die Grundversorgung und deren Finanzierung sicherzustellen. Dies wäre möglich, indem die Grundversorgung über einen *Leistungsauftrag* sichergestellt und gleichzeitig eine *Eigenkapitalvorschrift* implementiert würden. Damit könnten sowohl die Erfüllung als auch die Finanzierung der Grundversorgung besser geschützt werden. Ausserdem böte sich – wie bei systemrelevanten Banken – an, dass die BKW einen *Notfallplan* entwickeln sollte, wie sie die Grundversorgung gewährleisten könnte, wenn sie notleitend würde.²

E. Zwischenfazit

Die Beteiligung an einer gewinnstarken BKW erlaubt dem Kanton Bern, Einnahmen im Bereich der *Unternehmenssteuern*, der *Dividendenausschüttungen* und der gewinnunabhängigen *Wasserzinsen* zu erzielen. Die BKW lässt sich zudem als wichtige Arbeitgeberin bezeichnen. Sie hat auf dem Schweizer Strommarkt eine über die Wertschöpfungskette *diversifizierte Position*, weil sie mit Strom handelt, Stromverteilnetze betreibt und zugleich zugehörige Dienstleistungen anbietet.

Diese rentable Mehrheitsbeteiligung des Kantons Bern ist allerdings mit *drei verschiedenen Arten von Risiken* verbunden:

- *TBTF* («too-big-to-fail»): Die BKW ist als Verteilnetzbetreiberin *systemrelevant* im Kanton Bern; Energieversorger werden im Expertenbericht des Bundesrats zur «too-

² Auch an dieser Stelle sei erwähnt, dass die vorgeschlagene Massnahme aus juristischer und betriebswirtschaftlicher Perspektive zu prüfen wäre.

big-to-fail»-Problematik (2010) explizit erwähnt. Die Systemrelevanz ergibt sich aus dem *natürlichen Monopol*, das die BKW im Bereich der Verteilnetze auf dem Berner Kantonsgebiet einnimmt. Es gibt keine Hinweise darauf, dass der Kanton Bern dieses Haftungsrisiko seiner Mehrheitsbeteiligung an den Bund abschieben könnte.

- *Wettbewerbsverzerrungen*: Die BKW operiert in einem *funktionsfähigen* Dienstleistungsmarkt. Auch ohne direkte Quersubventionierung der Dienstleistungsunternehmen aus dem natürlichen Monopol ergibt sich für die BKW aufgrund der Systemrelevanz ein *Wettbewerbsvorteil*, der zu günstigeren Finanzierungsbedingungen und zu Informationsvorteilen der von der BKW beherrschten Marktteilnehmer führen kann.
- *Beihilfe-Risiken auf den europäischen Märkten*:³ Die BKW operiert insbesondere auf dem *Dienstleistungsmarkt* in den *europäischen Nachbarländern*. Dort gelten rechtlich die Beihilfe-RL der Europäischen Union. Diese werden wesentlich strenger ausgelegt als in der Schweiz, die kein solches Verbot kennt. Es besteht das Risiko, dass die von der BKW beherrschten Unternehmen auf den europäischen Märkten als durch den Mutterkonzern BKW ungerechtfertigt bevorteilt erachtet werden. Die ungerechtfertigte Beihilfe kann wiederum aus den Finanzierungsbedingungen und den Informationsvorteilen der «too-big-to-fail»-Problematik abgeleitet werden.

Der Kanton Bern als Mehrheitseigner der BKW sollte nach den Geboten der «Good Governance» diese *Risiken adäquat adressieren*. Aktuell findet dieses *Risikomanagement* v.a. über die Eigentümerstrategie, das Aufsichtskonzept und das Controllingkonzept statt. Es stellt sich die Frage, ob eine «Aufspaltung» der BKW und damit eine Trennung vom Dienstleistungsgeschäft das Risikomanagement stärken könnte. Dies könnte *bejaht* werden:

- Mit der Trennung vom Dienstleistungsgeschäft würden *keine Kapital- und Managementkapazitäten* mehr ausserhalb des Kernbereichs, zu dem die systemrelevanten Verteilnetze gehören, gebunden. Zudem bliebe das *Haftungsrisiko des Kantons Bern* auf den systemrelevanten Bereich konzentriert.
- *Wettbewerbsverzerrungsrisiken* im *Dienstleistungsbereich* würden durch eine «Aufspaltung» effektiv unterbunden.
- *Beihilfe-Risiken* auf den europäischen Märkten würden durch eine Trennung vom Dienstleistungsgeschäft mittels «Aufspaltung» ebenfalls minimiert.

Die Trennung der BKW vom Dienstleistungsgeschäft *widerspräche* allerdings der von der BKW verfolgten *industriellen Logik*. Damit ergibt sich ein Konfliktpotenzial zwischen dem Mehrheitseigner und dem Management der BKW. Es stellt sich die Frage, ob es sanftere Eingriffe gäbe, die Risiken zu adressieren. Dies scheint mit einem *Leistungsauftrag* gekoppelt an eine *Eigenkapitalvorschrift* möglich zu sein:

- Der *Schutz des systemrelevanten Bereichs* ginge mit einem jährlich zu kontrollierenden Leistungsauftrag und einer Kapitalunterlegung einher.
- Wettbewerbsverzerrungen einerseits und Beihilfe-Risiken andererseits würden mit diesem alternativen Ansatz indessen *nicht adressiert*.

³ Eine eingehende Prüfung dieses Risikos müsste juristisch vorgenommen werden.

IV. Betriebswirtschaftliche Perspektive

A. Ausgangslage und Auftrag

Insbesondere zwei Fragestellungen aus *betriebswirtschaftlicher* Sicht waren zu analysieren:

- 1) Welche betriebswirtschaftlichen sowie *unternehmerischen Chancen und Risiken* ergeben sich für die BKW-Gruppe in den beiden folgenden Hauptszenarien:
 - a) Weiterentwicklung des bisher verfolgten integrierten Geschäftsmodells («Status quo»);
 - b) Ausgliederung des Dienstleistungsgeschäfts (DL) in ein neues Unternehmen entsprechend der Motion 113-2019 Lanz und Aebi?
- 2) Welches sind die Auswirkungen auf den Wert der Beteiligung des Kantons Bern an der BKW AG und die Chancen sowie Risiken in Bezug auf die *Wertentwicklung*?

B. Ansatz

Um die Vor- und Nachteile der Aufspaltung zu identifizieren, wird die BKW-Gruppe in einer wertorientierten Optik einerseits integriert als Ganzes («Status quo») betrachtet und mit dem hypothetischen Szenario «BKW-Gruppe ohne Dienstleistungsgeschäft» verglichen, in dem die BKW-Gruppe ihr *Dienstleistungsgeschäft an Dritte verkauft*. Dabei wird von einer «Aufspaltung» der Geschäftsfelder (BKW-Gruppe) ausgegangen.

C. Beurteilung der Synergieeffekte

Aus einer übergeordneten, d.h. vom Fall der BKW-Gruppe unabhängigen Perspektive lässt sich *weder theorie- noch empiriegeleitet* ein allgemeines Urteil fällen, ob diversifizierte Unternehmen fokussierten Einheiten überlegen sind. Stattdessen müssen *konkret* die Vor- und Nachteile einer diversifizierten BKW-Gruppe («Status quo») einer fokussierten BKW-Gruppe mit veräussertem Dienstleistungsgeschäft gegeneinander abgewogen werden.

Im Fokus stehen die mit der Diversifikationsstrategie der BKW-Gruppe einhergehenden *Synergieeffekte*, die an der Trennlinie der BKW-Gruppe (ohne Dienstleistungsgeschäft) und ihrem Dienstleistungsgeschäft entstehen. Diese können differenziert werden nach industriespezifischen Skalen- und Verbundeffekten, die einer *industriellen Logik* folgen, und allgemeinen *Konglomeratseffekten*, die in allen grösseren Unternehmen vorkommen.

Tabelle 1: Differenzierung der potenziellen Synergieeffekte

	Vertikale Diversifikation	Horizontale Diversifikation	Konzentrische Diversifikation	Konglomerats- Diversifikation
Economies of Scale	«Industrielle Logik»			
Economies of Scope				
Reduktion Transaktionskosten	«Konglomeratseffekte»			

Quelle: Eigene Darstellung

Tabelle 2 zeigt die vorgenommene Bewertung der verschiedenen Synergieeffekte zwischen dem Kerngeschäft der BKW-Gruppe und ihrem Dienstleistungsgeschäft.

Tabelle 2: Einordnung und Beurteilung der Synergieeffekte

Synergieeffekte	Bewertung
Industrielle Logik	
Cross-Selling Potenziale BKW Building Solutions mit BKW Energie (Produktion und Vertrieb)	Moderat
Spezialisierungsvorteile beim Bau von Kraftwerken durch BKW Energie mit BKW Engineering	Moderat
Verringerung Auslastungsrisiko bei BKW Infra Services	Moderat
Geringeres Ausschreibungsrisiko ⁴	Neutral (Chance für Kern-BKW, die Beschaffungskosten durch Ausschreibungen nachhaltig zu senken) ⁵
Konglomeratseffekte	
Einsparungen im Overhead	Moderat, teils bereits eigene Overhead-Strukturen in BKW Building Solutions und BKW Engineering vorhanden
Bündelungsvorteile in Marketing und Kommunikation	Positiv in Abhängigkeit der Stärke der Marke BKW
Reduktion Lieferantenrisiko	Geringfügig positiv bei kleinen Akquisitionen
Beschaffung	Geringfügig positiv
Risikodiversifikation / tiefere Kapitalkosten	Neutral (Risikotransfer zum Kanton)
Verluste aus mangelnder Fokussierung	Geringfügig negativ (bislang keine beliebige Diversifikation)
Weitere	
Transaktionskosten einmalig	Fallen nicht stark ins Gewicht (vergleichsweise einfache Umsetzung Verkauf DL möglich)
Sonderthema Kanton	Geringfügig negativ

Quelle: Eigene Darstellung

Die Erkenntnisse lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- *Industrielle Logik*: Zwischen dem Kerngeschäft der BKW-Gruppe und ihrem Dienstleistungsgeschäft bestehen moderate Verbundeffekte durch verbesserte Auslastung und Nutzung von Cross-Selling Potenzialen. Zudem können durch Grösseneffekte grössere

⁴ Unter «industrielle Logik» eingeordnet, da diese Effekte aufgrund der gemeinsamen industriellen Logik anfallen.

⁵ Bewusst hohe Preise der DL-Gesellschaften gegenüber der BKW Netze würden aus Konzernsicht dann eine Wertsteigerung bringen, wenn diese Kosten regulatorisch anrechenbar sind und somit höhere Netzentgelte zulassen. Dies könnte aber als Umgehung der Entflechtungsvorschriften in Art. 10 StromVG gesehen werden; insofern gehen wir davon aus, dass diesbezüglich die interne Leistungsverrechnung korrekt ausgestaltet ist und hieraus durch eine Aufspaltung keine Nachteile entstehen.

Aufträge bearbeitet werden, sofern nicht bereits das Dienstleistungsgeschäft selbst ausreichend gross ist, um derartige Kundenaufträge «stemmen» zu können.

- **Konglomerateffekte:** Daneben bestehen Synergien insbesondere im Overhead; es können in Marketing und Kommunikation Bündelvorteile genutzt werden, und für Kunden des Dienstleistungsgeschäfts sinkt das Lieferantenrisiko. Die höhere Risikodiversifikation beurteilen wir nur aus der Sicht des Kantons als Eigner vorteilhaft, da private Aktionäre den Diversifikationseffekt in der Regel selbst besser erzielen und somit Fokussierungsverluste meiden können.
- **Transaktionskosten:** Es sind bei Verkauf einmalige Transaktionskosten sowie Spezialeffekte im Zusammenhang mit dem Kanton als Eigner zu berücksichtigen. Die Transaktionskosten dürften sich in einem moderaten Umfang bewegen. Aufgrund der Mehrheitsbeteiligung des Kantons können sich beim Status quo für die übrigen Aktionäre theoretisch Vorteile bei den Finanzierungskosten ergeben, denen allerdings Nachteile in den Bereichen Personal, Steuern und Wachstum entgegenstehen dürften.

D. Chancen und Risiken der BKW-Gruppe mit und ohne Dienstleistungsgeschäft

Für das Aktionariat bestehen für die beiden untersuchten Varianten (BKW-Gruppe mit und ohne Dienstleistungsgeschäft) die *Chancen* und *Risiken* in den Bereichen Strategie, Wertsteigerung, Risikoexposition und Liquidität, wie sie in Tabelle 3 dargestellt sind.

Tabelle 3: Chancen und Risiken für die BKW-Gruppe

Chancen		Risiken
Weiterführung Status quo (integrierte BKW-Gruppe)		
Strategie	▪ Weiterführung und erfolgreiche Vollen- dung der bestehenden Wachstumsstrategie im Dienstleistungsgeschäft ▪ Positionierung als integrale Dienstleisterin gegenüber Anschlussnehmern und als Netzspezialistin gegenüber anderen Netzbetreibern	▪ Mangelnde Fokussierung auf das Kernge- schäft ▪ Bindung von finanziellen Mitteln und Ma- nagement-Ressourcen in einem kompetiti- ven und tendenziell margenschwachen Markt ▪ Wachstumsstrategie nicht mehr finanzier- bar bei tiefen Strompreisen oder niedriger regulierter Kapitalverzinsung
Wertschaffung	▪ Weitere Realisierung und ggf. Überreali- sierung der im Goodwill der DL-Gesell- schaften reflektierten antizipierten Syner- gieeffekte ▪ Weiterer anorganischer Ausbau des Dienstleistungsgeschäfts durch wertstei- gernde Akquisitionen ▪ Erreichung von profitablen (organischem) Wachstum im DL-Geschäft ▪ Nutzung von Synergien zwischen Kern- BKW-Gruppe und DL-Geschäft ▪ Kein Verkauf des Dienstleistungsgeschäfts zur Unzeit	▪ Tiefere Rentabilität des Konzerns ▪ Nichtrealisierung von profitablen Investiti- onen im Kerngeschäft ▪ Abschreibung von Goodwill bei unter- durchschnittlichem Geschäftsgang des Dienstleistungsgeschäfts

Risikoexposition	▪ Abfederung von Strompreisverwerfungen ohne Einbussen im Rating bei gleichzeitig gutem DL-Geschäftsgang	▪ Vergrösserte Exposition bei Zusammengehen von tiefen Strompreisen und schlechter Konjunktur (Risiko jedoch begrenzt, da DL-Geschäft skalierbar und ggf. antizyklische öffentliche Auftraggeber)
Liquidität	▪ Entwicklung des DL-Geschäfts zu einer Cash Cow	▪ Abfluss von Cash durch Akquisitionen und Folgeinvestitionen
Verkauf Dienstleistungsgeschäft (Building Solutions, Engineering, Infra Services)		
Strategie	▪ Fokussierung auf das Kerngeschäft (Produktion, Handel, Verteilung, Lieferung) ▪ Stringente Positionierung am Strommarkt als Lieferant, Händler und SDL-Anbieter	▪ Ggf. als Lieferant insb. bei vollständiger Öffnung des Schweizer Strommarkts weniger breit aufgestellt
Wertschaffung	▪ Wertsteigerung bei lukrativem Verkauf an strategischen Investor ▪ Wegfall Konglomeratsabschlag ▪ Einpreisung des Barwerts von möglichen Steuerersparnissen durch Umzug in steuerergünstigeren Kanton in Verkaufspreis	▪ Bei IPO oder Verkauf an institutionellen Investor Abschreibung industriespezifischer Synergien ▪ Ggf. Abschlag im Verkaufspreis, weil DL-Geschäft noch nicht ausreichend integriert und ausgebaut ▪ Wegfall von gewissen Cross-Selling Potenzialen insb. für BKW Energie ▪ Einmalige Transaktionskosten und Prozessrisiken beim Verkauf
Risikoexposition	▪ Erhöhung der Transparenz bezüglich der vorliegenden Geschäftsrisiken	▪ Grösserer Anteil des Geschäfts direkt abhängig von der Strompreisentwicklung
Liquidität	▪ Erhöhung der liquiden Mittel ▪ Mehr freie Mittel für Stärkung und Ausbau des Kerngeschäfts	▪ Wegfall von realisierbaren, nicht im Verkaufserlös eingepreisten Cash Flows aus dem DL

Quelle: Eigene Darstellung

Aus *langfristiger* Sicht dürften sich bei der *integrierten BKW-Gruppe* überwiegende Vorteile ergeben, wenn im Kerngeschäft (Energie, Netze) die Wachstumsmöglichkeiten ausgereizt (mithin die Opportunitätskosten von Kapital- und Ressourceneinsatz im Dienstleistungsgeschäft tief) sind und es der BKW-Gruppe gelingt, über das im Goodwill der Dienstleistungsgesellschaften bereits reflektierte Synergiepotenzial hinaus weitere Verbundeffekte zwischen Dienstleistungs- und Energiebereich zu realisieren.

Sollte dies nicht der Fall sein, könnte ein *Verkauf des Dienstleistungsgeschäfts* vorteilhaft sein, wenn die nachfolgend genannten Voraussetzungen erfüllt sind.

E. Auswirkungen auf den Wert der Beteiligung des Kantons Bern

Ob aus Sicht der Aktionäre durch einen Verkauf des Dienstleistungsgeschäfts ein Wertverlust oder ein Wertzuwachs stattfindet, hängt entscheidend vom *erzielbaren Verkaufspreis* des Dienstleistungsgeschäfts ab.

Wesentlich für den erzielbaren Kaufpreis ist erstens, ob potenzielle Käufer die oben skizzierten Synergien ebenfalls erzielen oder gar übertreffen können. Der Verkauf kann an (1) strategische Investoren, an (2) Konglomeratsunternehmen, an (3) Private Equity (PE) oder (4) mittels Initial Public Offering (IPO) erfolgen.

Die ersten drei Käufergruppen können die im Status quo anfallenden Konglomeratseffekte ebenfalls erzielen, eine eigentliche *industriespezifische Logik* (wie sie auch die BKW-Gruppe

anstrebt) liegt jedoch nur bei einem Verkauf an strategische Investoren vor. Transaktionskosten fallen bei allen Verkaufsoptionen an und sind v.a. bei einem IPO hoch. Dies führt zum Schluss, dass eine *wertsteigernde* Veräusserung nur zu erwarten ist bei *Verkauf an einen strategischen Investor*, dessen industrielle Logik derjenigen der BKW-Gruppe überlegen ist. Bei Verkauf an die übrigen Käufergruppen dürfte für das Aktionariat der BKW AG eine Wertvernichtung folgen, die im Falle eines IPO am grössten wäre.

Als wesentlich erweist sich zudem die Frage, ob der Verkauf aus einer *guten Verhandlungsposition* heraus erfolgt. Bedingung ist ein entsprechendes Timing bei guten Kapitalmarktbedingungen und aus einer *Position der Stärke*, was namentlich bei einem erzwungenen Verkauf mit geringer Vorlaufzeit kaum der Fall wäre.

F. Chancen und Risiken in Bezug auf die Wertentwicklung

Die Chancen und Risiken in Bezug auf die *Wertentwicklung in den nächsten Jahren* entsprechen den herausgearbeiteten Chancen und Risiken. Diese lassen sich mit Blick auf die Wertentwicklung wie folgt zusammenfassen:

- Die *Entwicklung des Kerngeschäfts* der BKW-Gruppe ist als *weitgehend losgelöst* vom Verkauf des Dienstleistungsgeschäfts zu betrachten. Gewisse Cross-Selling Potenziale fallen weg, und es gibt Szenarien, in welchen tiefe Strompreise stärker auf das Ergebnis durchschlagen. Demgegenüber stehen mehr Ressourcen zum weiteren Ausbau der Marktposition im Kerngeschäft zur Verfügung.
- Die *Erfolgsaussichten des Dienstleistungsgeschäfts* hängen stark davon ab, wie erfolgreich dieses durch die BKW-Gruppe weiterentwickelt werden kann, und ob zum Zeitpunkt des Verkaufs möglichst mehrere interessierte, mit ausreichenden Mitteln ausgestattete strategische Investoren vorliegen.

G. Zwischenfazit

Aus betriebswirtschaftlicher Sicht sind *beide Hauptszenarien gangbar*.

Das Erreichen einer *Wertsteigerung* durch Verkauf erschiene herausfordernd, da dieser gut getimt, ohne Zeitdruck an einen strategischen Investor mit ausreichenden Mitteln erfolgen müsste, der mit dem Dienstleistungsgeschäft höhere Synergien ausschöpfen könnte als die BKW.

Realistischerweise ist jedoch davon auszugehen, dass eine «Aufspaltung» zu einer *Wertvernichtung* führen dürfte. Grund dafür ist, dass das Wachstum der BKW-Gruppe im Dienstleistungsgeschäft einer industriellen Logik folgt, die ein Käufer erst übertreffen müsste.

V. Zusammenfassendes Fazit

Aus *juristischer Sicht* ist festzuhalten, dass eine «Aufspaltung» *zulässig* und *möglich* wäre, wobei unterschieden werden sollte zwischen der «Aufspaltung» als Ausgliederung der Dienstleistungssparte aus der BKW-Gruppe und der «Aufspaltung» des Aktionariats der BKW AG. Die erste Variante erscheint relativ einfach umsetzbar, wenn auch u.a. mit finanziellen Risiken für den Kanton Bern verbunden; die zweite Variante wäre schwieriger zu bewerkstelligen, mit höheren Risiken und mit einem nicht unerheblichen Kapitalbedarf verbunden. Somit wären beide «Aufspaltungen» zwar *rechtlich machbar*, jedoch *nicht rechtlich zwingend*.

Aus *volkswirtschaftlicher Sicht* ist die aktuelle Mehrheitsbeteiligung des Kantons Bern an der BKW AG mit drei verschiedenen Arten von *Risiken* verbunden: «too-big-to-fail», Wettbewerbsverzerrungen sowie Beihilfe-Risiken auf den europäischen Märkten. Der Kanton Bern als Mehrheitseigner der BKW sollte nach den *Geboten der «Good Governance»* diese *Risiken adäquat adressieren* und bewirtschaften. Eine Trennung der BKW-Gruppe vom Dienstleistungsgeschäft würde das *Risikomanagement* in allen drei Risikobereichen *stärken*. Die Trennung der BKW vom Dienstleistungsgeschäft widerspräche allerdings der von der BKW-Gruppe verfolgten und bisher erfolgreichen *industriellen Logik*, d.h., es ergibt sich auf einer politischen Ebene ein *Konfliktpotenzial* zwischen dem Mehrheitseigner und dem Management. Es stellt sich deshalb die Frage, ob es allenfalls «sanftere» Eingriffe des Mehrheitseigners gibt, die Risiken zu adressieren; dies liesse sich mit einem *Leistungsauftrag gekoppelt an eine Eigenkapitalvorschrift* durchaus bewerkstelligen.

Aus *betriebswirtschaftlicher Sicht* sind sowohl der Status quo als auch eine Ausgliederung der Dienstleistungssparte aus der BKW-Gruppe gangbar. Ein für den Kanton wertsteigernder *Verkauf* der Dienstleistungssparte müsste zumindest als herausfordernd betrachtet werden, da dieser ohne Zeitdruck zu erfolgen hätte an einen *strategischen Investor* mit ausreichenden Mitteln, der mit dem Dienstleistungsgeschäft höhere Synergien ausschöpfen könnte als die BKW-Gruppe. Ansonsten ist davon auszugehen, dass eine «Aufspaltung» aus *Sicht der Aktionäre* zu einer *Wertvernichtung* führen dürfte. Grund dafür ist, dass das Wachstum der BKW-Gruppe im Dienstleistungsgeschäft einer *industriellen Logik* folgt, die ein zahlungsfähiger Käufer über treffen muss.

Ein einheitliches (Gesamt-)Fazit betreffend «Aufspaltung(en)» der BKW erscheint unmöglich. Entsprechend kann den auch *keine (Gesamt-)Empfehlung* pro oder contra «Aufspaltung» abgegeben werden, denn es gibt – aus den Perspektiven der Rechtswissenschaft, der Volkswirtschaft sowie der Betriebswirtschaft – diverse Gründe *sowohl für als auch* gegen eine «Aufspaltung». Der Entscheid ob und – wenn ja – wie und in welcher Form eine «Aufspaltung» vollzogen wird, erweist sich für den *Kanton Bern als «regulärer» Aktionär* letztlich als *politischer* Natur.

Prof. Peter V. Kunz

Prof. Christoph A. Schaltegger

Prof. Dieter Pfaff