



Intervention parlementaire

Réponse du Conseil-exécutif

N° de l'intervention :	134-2023
Type d'intervention :	Motion
Motion ayant valeur de directive :	☐
N° d'affaire :	2023.RRGR.181
Déposée le :	12.06.2023
Motion de groupe :	Non
Motion de commission :	Non
Déposée par :	Remund (Mittelhäusern, Les VERT-E-S) (porte-parole) Ryser (Seftigen, PVL) Flück (Interlaken, PLR) Lanz (Thun, UDC) Stampfli (Wabern, PS)
Cosignataires :	0
Urgence demandée :	Non
Urgence accordée :	
N° d'ACE :	1401/2023 du 13 décembre 2023
Direction :	Direction des finances
Classification :	Non classifié
Proposition du Conseil-exécutif :	Vote point par point Points 1 et 2 : rejet Point 3 : adoption sous forme de postulat et classement

Création d'une nouvelle loi générale sur les participations du canton

Le Conseil-exécutif est chargé de ce qui suit :

1. Il présente au Grand Conseil une loi sur les participations du canton.
2. Cette loi règle les principes, la stratégie de propriétaire, les tâches et la surveillance du Conseil-exécutif et du Grand Conseil.
3. Le Conseil-exécutif inscrit dans la loi que la stratégie de propriétaire est présentée au Grand Conseil pour qu'il en prenne au moins connaissance.

Développement :

La Constitution du canton de Berne exige qu'une loi sur la participation soit créée pour chacune des participations cantonales importantes. Une loi sur la participation du canton à la BKW SA existe depuis longtemps. Une loi sur la participation à BLS SA est en consultation depuis ce printemps¹. Ces lois reposent sur l'article 95, alinéa 2, lettre *b* de la Constitution cantonale. En revanche, les modalités de la participation, du pilotage et de la stratégie ne sont pas réglées dans des lois. Les principaux éléments sont fixés dans les lignes directrices du canton de Berne

sur la gouvernance des entreprises publiques². Quant au controlling, il est régi par la loi sur les finances³.

D'autres cantons règlent les principes généraux de leurs participations dans une loi idoine. Un modèle pour une telle loi existe par exemple dans le canton de Bâle-Campagne⁴.

Contrairement aux lignes directrices, une loi a ceci d'avantageux que les dispositions peuvent être fixées au sein du Grand Conseil. Parmi celles-ci figurent les stratégies de propriétaire qui, bien que publiques, sont pour le moment fixées par le Conseil-exécutif à lui seul. Une option serait de présenter ces stratégies au Grand Conseil pour qu'il en prenne connaissance, comme cela se fait dans le canton de Bâle-Campagne.

Plusieurs participations ont fait l'objet de critiques répétées au sein du Grand Conseil. Une loi générale sur les participations permettrait au Grand Conseil de fixer les principaux points des dispositions sur les participations, dont les formes juridiques possibles et des questions relevant du droit de la société anonyme. Sans une telle loi, le Grand Conseil n'a aucune influence sur ces questions. Seule une nouvelle loi générale sur les participations rendrait ceci possible d'un point de vue juridique.

Réponse du Conseil-exécutif

Le canton de Berne détient des parts dans de nombreuses entreprises et institutions, allant de sociétés cotées en bourse et travaillant sur le marché mondial à des fondations locales. Le droit de créer des établissements et autres institutions de droit public ou privé, de prendre des participations dans des institutions de droit public ou privé et de déléguer des tâches publiques au secteur privé ou à des institutions extérieures à l'administration est inscrit à l'article 95 de la Constitution cantonale.

Le Conseil-exécutif tient tout d'abord à exposer au Grand Conseil les changements qui ont été apportés ces dernières années à la gestion des participations cantonales, et les progrès qui ont été faits en la matière.

- En 2010, se fondant sur un rapport sur le controlling des participations cantonales, le Conseil-exécutif a défini une stratégie générale (stratégie RCE) pour les instruments et la procédure de surveillance et de controlling des participations, entreprises et institutions cantonales, constituant un inventaire systématique et un cadre réglementaire unique.
- Le 1^{er} janvier 2021, cette stratégie a été remplacée par les Lignes directrices sur la conduite, le pilotage et la surveillance des autres organisations chargées de tâches publiques et des participations relevant de l'intérêt public (Lignes directrices du canton de Berne sur la gouvernance des entreprises publiques, ci-après « Lignes directrices »). Ce texte règle les relations entre le canton, en sa qualité de propriétaire, et les « autres organisations chargées de tâches publiques » (ci-après « organisations chargées de tâches publiques » ainsi que celles dont il détient des parts dans l'intérêt public (communément appelées « participations relevant de l'intérêt public »). Il définit en outre les compétences et procédures cantonales internes de suivi des différentes entreprises et institutions dont le canton détient des parts. Il fait la transparence sur les modalités de conduite, de pilotage et de surveillance des organisations chargées de tâches publiques et des participations relevant de l'intérêt public.

² <https://www.fin.be.ch/fr/start/themen/Finanzen/Beteiligungscontrolling.html>

³ RSB 620.0 - Loi sur les finances - Canton de Berne - Recueil de la législation

⁴ SGS 314 - Gesetz über die Beteiligungen - Kanton Basel-Landschaft - Erlass-Sammlung (clex.ch)

Nettement plus exhaustives et précises que la stratégie RCE qui les a précédées, ces Lignes directrices répondent aux normes actuelles de « *Good Public Corporate Governance* ». Elles comprennent de nombreuses nouveautés par rapport à cette stratégie (modèle à trois cercles, principes directeurs de rétribution des organes de direction opérationnelle ou stratégique, précisions relatives à la nomination des organes de direction stratégique et à l'organisation de réunions de controlling, développement du compte rendu, formules obligatoires dans les stratégies de propriétaire, etc.).

- Les Lignes directrices ont été actualisées une première fois le 1^{er} juillet 2022, en particulier pour tenir compte des résultats du dialogue avec la Commission de gestion au sujet de la définition du terme « autres organisations chargées de tâches publiques », pour compléter les dispositions régissant la nomination de l'organe de direction stratégique et pour ajuster la répartition des organisations et participations entre les trois cercles. D'autres points isolés ont également été modifiés à cette occasion, notamment pour tenir compte de la nouvelle loi sur le Contrôle des finances.

Au même moment, le Conseil-exécutif a aussi décidé de rendre publiques les stratégies de propriétaire et de surveillance des organisations chargées de tâches publiques et des participations relevant de l'intérêt public des premier et deuxième cercles, en les mettant en ligne sur le site Internet de la Direction des finances.

- Le 15 juin 2022, le Grand Conseil a adopté la loi sur les finances (LFin), qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2023. Ce texte règle d'importants aspects de la gestion des participations :

Son article 16 dispose que le controlling des participations contribue en particulier à garantir l'accomplissement des tâches publiques, à sauvegarder les intérêts du canton en sa qualité de propriétaire, à coordonner ses intérêts et ceux de l'entreprise, à standardiser les instruments et processus et à assurer la surveillance.

L'article 17 établit que le controlling doit être adapté à l'importance des participations pour le canton et au pouvoir d'influence de ce dernier. Pour les principales participations, le controlling comprend notamment une stratégie de propriétaire, une stratégie de surveillance, des profils d'exigences pour l'organe de direction stratégique, un compte rendu annuel standardisé et des entretiens de controlling avec l'organe de direction stratégique, le tout adapté au type et à l'importance de chacune.

Enfin, l'article 18 énonce expressément que le Conseil-exécutif doit définir les principes du controlling des participations dans des lignes directrices.

Le Grand Conseil a adopté ces trois dispositions sans commentaire et à l'unanimité à l'occasion des deux lectures (sessions de printemps et d'été 2022).

- L'administration est en train d'actualiser une seconde fois les Lignes directrices. Selon le calendrier, cette version ainsi actualisée prendra effet le 1^{er} janvier 2024. L'objectif est de donner davantage de poids à la Direction des finances dans les procédures de corapport relatives à la gestion des participations, de préciser certains aspects concernant les liens d'intérêt pour la nomination des membres d'organes de direction stratégique et d'introduire les compléments annoncés à la Commission de gestion concernant l'application des principes directeurs de rétribution des organes de direction opérationnelle ou stratégique.

L'exposé ci-dessus montre bien que la gestion des participations cantonales, et avec elle la conduite, le pilotage et la surveillance des entreprises et institutions dont le canton détient des parts, ont fortement et constamment évolué ces dernières années, et que la transparence en la matière s'est beaucoup améliorée depuis que certaines informations sont publiées sur le site Internet de la Direction des finances (compte rendu annuel sur la gouvernance des entreprises publiques, profil d'exigences standard pour la nomination de l'organe de direction stratégique des organisations des deuxième et troisième cercles, stratégies de propriétaire et stratégies de surveillance).

Points 1 et 2

Avant toute chose, le Conseil-exécutif tient à préciser ceci : d'après le dernier paragraphe de la motion 134-2023, les auteurs de cette intervention semblent penser qu'il est possible de régler certains aspects du droit des sociétés anonymes dans une loi sur les participations, de sorte que le Grand Conseil puisse exercer une influence en la matière. Or le Grand Conseil n'a aucun pouvoir sur ce plan. Le droit régissant les institutions de droit privé dans lesquelles le canton détient des parts (notamment les sociétés anonymes au sens des art. 660 ss CO) relève exclusivement de la compétence législative de la Confédération. La Constitution fédérale interdit aux cantons de régler des aspects du droit des sociétés anonymes dans des lois cantonales sur les participations ou de modifier la forme juridique de sociétés anonymes de droit privé. Aucune des lois sur les participations dont se sont dotés certains cantons ne comporte donc des dispositions de ce type. Concernant les participations cantonales dans des sociétés anonymes, le pouvoir des cantons se limite à réglementer les modalités d'application du droit des sociétés anonymes.

Le canton de Berne dispose aujourd'hui d'un système de gestion des participations moderne comprenant des moyens d'action appropriés. De l'avis du Conseil-exécutif, le cadre juridique est également adéquat, surtout si l'on considère celui des autres cantons :

- À la connaissance du Conseil-exécutif, seuls quatre cantons (BL, GE, VD et VS) disposent à ce jour d'une législation spéciale régissant la gestion des participations cantonales.
- Quelques-uns ont réglementé la gestion des participations, ou certains de ses aspects, dans la législation générale, par exemple le canton de Berne dans la loi sur les finances.
- Deux ont arrêté ces règles dans des ordonnances de gouvernance d'entreprises publiques explicites (BL et GR).
- Au total, huit se sont dotés de lignes directrices de gouvernance d'entreprises publiques (AG, BS, BE, FR, OW, TG, UR et ZH).
- Toujours selon les informations du Conseil-exécutif, onze n'ont par contre pris aucune réglementation légale en la matière (AI, AR, GL, JU, NE, NW, SH, SZ, SO, TI, ZG).

La Confédération ne dispose pas non plus d'une législation spéciale réglant la gestion des participations. Dans son rapport de 2006 sur le gouvernement d'entreprise, le Conseil fédéral a édicté des lignes directrices comptant 37 préceptes applicables à la forme, à la gestion et au contrôle d'entités de la Confédération devenues autonomes. Ces règles n'ont pas force obligatoire, mais toute dérogation doit être justifiée. Elles s'appliquent essentiellement aux établissements, car pour les sociétés anonymes (de droit privé), le droit correspondant les recouvre partiellement.

Pour récapituler, le Conseil-exécutif estime que le canton de Berne s'est doté d'un cadre juridique de qualité par rapport aux autres cantons et à la Confédération, surtout depuis que le Grand Conseil l'a élargi, l'année passée, en adoptant la nouvelle loi sur les finances avec ses

dispositions sur la gestion des participations. En approuvant l'article 18 LFin sans commentaire et à l'unanimité, le Grand Conseil a clairement signifié qu'il juge légitime et conforme à la répartition des responsabilités que les principes de controlling des participations soient définis par le Conseil-exécutif. Celui-ci pense au contraire qu'il convient pour l'instant d'éprouver la mise en application de ces nouvelles dispositions de la loi sur les finances ainsi que des Lignes directrices entrées en vigueur en 2021 et actualisées au 1^{er} juillet 2022. Pour l'heure, il lui paraît en tout cas inutile de créer une loi sur les participations.

Surtout que les « *critiques répétées [contre] plusieurs participations* » évoquées pour justifier la motion ne portaient souvent pas sur les règles générales de gestion des participations, mais sur certaines participations précises. Or le but des participations, leur montant, etc. – au moins pour ce qui concerne les organisations chargées de tâches publiques – sont systématiquement réglées dans les lois sur les participations correspondantes. Le Grand Conseil peut donc d'ores et déjà exercer une influence sur ces éléments. Une « loi générale sur les participations » ne changerait rien à ces critiques, ni au débat politique sur le sujet.

C'est là une raison supplémentaire pour laquelle le Conseil-exécutif ne voit actuellement aucune nécessité d'instaurer une loi sur les participations. Il s'oppose donc aux deux premiers points de la motion.

Point 3

Aux termes des chiffres 9.1 et 9.2 des Lignes directrices, une stratégie de propriétaire doit être définie pour chaque organisation chargée de tâches publiques et participation relevant de l'intérêt public des premier et deuxième cercles. Selon le chiffre 9.6 du même texte, les Directions compétentes doivent réviser ces stratégies tous les quatre ans au moins et les soumettre à l'approbation du Conseil-exécutif (1^{er} cercle) ou de celui de ses membres qui est compétent (2^e et 3^e cercles).

À l'heure actuelle, on recense une quarantaine d'organisations appartenant au premier ou au deuxième cercle et plus de vingt stratégies de propriétaire (les centres hospitaliers régionaux et les services psychiatriques relèvent de stratégies d'autorité supérieure et, en application du chiffre 3.2 des Lignes directrices, aucune stratégie de propriétaire n'a été définie pour certaines organisations et participations).

Depuis l'actualisation des Lignes directrices au 1^{er} juillet 2022 et l'introduction du chiffre 9.4 (« La stratégie de propriétaire est publique »), toutes les stratégies de propriétaire sont publiées en toute transparence sur le [site Internet de la Direction des finances](#). Les membres du Grand Conseil ont donc toute latitude pour formuler des propositions pour chacune d'elles en déposant des interventions parlementaires. Cela n'est encore jamais arrivé.

Parallèlement, les organisations chargées de tâches publiques, soit une douzaine d'entreprises et institutions dont le canton détient une part, reposent toutes sur des dispositions de la législation spéciale. Là encore, le Grand Conseil peut déposer des interventions parlementaires pour exercer une influence sur ces normes. Le Conseil-exécutif ne voit donc aucune nécessité d'agir sur les possibilités dont dispose le Grand Conseil pour examiner les différentes stratégies de propriétaire.

Il estime en outre qu'il y a peu d'intérêt à ce que les stratégies de propriétaire adaptées ou actualisées en dehors de la période de révision quadriennale soient systématiquement (et individuellement) portées à la connaissance du Grand Conseil.

Un autre argument de taille plaide en défaveur du point 3 de la motion : s'il était appliqué, toutes les stratégies de propriétaire seraient soumises au Grand Conseil, y compris celles des organisations et participations du deuxième cercle, alors qu'elles ne sont pas adoptées par le Conseil-exécutif lui-même. Le Conseil-exécutif estime que cette procédure ne serait pas conforme à la répartition des responsabilités.

Compte tenu de cet état des lieux et vu que les membres du Grand Conseil ont d'ores et déjà la possibilité d'exercer une influence sur les stratégies de propriétaire, le Conseil-exécutif propose au Grand Conseil d'adopter le point 3 sous forme de postulat et de le classer.

Destinataire

– Grand Conseil