



Loi sur la participation du canton à la BKW SA (Loi BKW, LBKW)

Sommaire

1. Synthèse	1
2. Contexte	1
2.1 <i>Historique</i>	1
2.2 <i>Mandat législatif impliqué par la Constitution cantonale</i>	2
2.3 <i>Contexte politico-énergétique</i>	2
2.4 <i>Situation économique</i>	3
3. Stratégie de propriétaire du canton et politique financière	3
4. Liberté économique et concurrence	4
5. Droit comparé	5
5.1 <i>Participations du canton de Berne</i>	5
5.2 <i>Participations d'autres cantons à des entreprises d'énergie</i>	6
5.2.1 <i>Canton de Bâle-Campagne</i>	6
5.2.2 <i>Canton du Valais</i>	7
5.2.3 <i>Canton des Grisons</i>	7
5.3 <i>Conclusion</i>	7
6. Commentaire des articles	8
7. Place du projet dans le programme gouvernemental de législature (programme législatif) et dans d'autres planifications importantes	12
8. Répercussions financières	12
9. Répercussions sur le personnel et l'organisation	13
10. Répercussions sur les communes	13
11. Répercussions sur l'économie	13
12. Résultat de la procédure de consultation	13
12.1 <i>Autres participations</i>	13
12.2 <i>Morcellement de la BKW SA</i>	13
12.3 <i>Cadre de la participation</i>	14
12.4 <i>But de la participation et utilisation du produit de vente</i>	14

Rapport présenté par le Conseil-exécutif au Grand Conseil concernant la loi sur la participation du canton à la BKW SA (Loi BKW, LBKW)

1. Synthèse

La BKW SA est une société anonyme cotée en bourse. Elle est active dans le secteur de l'énergie, des prestations de service et du réseau d'électricité. Son activité dans le domaine en situation de monopole (réseau de distribution) est réglementée par l'Etat. Dans le domaine non soumis au monopole, elle opère sur le marché comme une prestataire privée. 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 (comme les installations techniques du bâtiment). Les activités de la BKW SA sur les marchés libres sont soumises au droit privé fédéral et ne peuvent pas être réglementées au moyen de prescriptions de droit cantonal.

Le canton de Berne est actionnaire majoritaire de la société BKW SA dont il détient environ 52 pour cent du capital et des voix. Cette participation lui sert pour mettre en œuvre ses objectifs politico-énergétiques. Par ailleurs, elle lui permet de défendre ses intérêts en matière de politique économique et financière.

En vertu de la Constitution cantonale, la nature et l'étendue des participations cantonales importantes doivent être réglées par la loi. L'édiction de la loi sur la participation du canton à la BKW SA (LBKW) permet de s'acquitter de ce mandat prescrit par la Constitution. Le projet de loi se fonde sur la situation actuelle ; il ne modifie pas la participation du canton à la société BKW SA. Il réglemente cependant les conditions générales pour l'achat et la vente de parts.

Dans le contexte politico-énergétique actuel, il n'est plus impératif que le canton détienne une part majoritaire dans la BKW SA. Dans d'autres entreprises de droit privé qui présentent un intérêt public, le canton détient des parts minoritaires. Cela pourrait à l'avenir se révéler également judicieux en ce qui concerne la BKW SA. La LBKW règle les conditions générales des éventuels ventes et achats futurs de parts de la BKW SA. Il s'agit en particulier de conserver une minorité de blocage (c'est-à-dire plus d'un tiers des voix attribuées aux actions). Celle-ci permet de garantir que la BKW SA ne pourra 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.

La participation du canton à la BKW SA doit également être plafonnée, car la BKW SA doit rester une entreprise mixte. Il est judicieux, ce faisant, de garantir une certaine flexibilité, de manière à ce que le Conseil-exécutif puisse réagir à des développements imprévisibles (comme p. ex. la nécessité d'une augmentation de capital).

La loi BKW fixe les conditions générales pour l'achat et la vente de parts de la BKW SA, mais ne comporte pas de décision d'y procéder.

2. Contexte

2.1 Historique

BKW est un groupe actif à l'international dans le domaine de l'énergie. Il exploite des centrales et des infrastructures d'approvisionnement en Suisse et à l'étranger. La BKW SA est la société holding du groupe BKW. Elle détient des participations dans les sociétés appartenant au groupe. Par l'intermédiaire de sa filiale BKW Energie SA, elle fournit en électricité des communes et des clients privés. La BKW SA a son siège à Berne et son action est cotée à la bourse SIX Swiss Exchange et BX Berne eXchange. Le canton de Berne est actionnaire majoritaire de la BKW SA dont il détient une participation de 52,54 pour cent.

La participation du canton à la BKW SA n'a jusqu'à présent pas été réglée dans la loi. Ce thème a cependant souvent fait l'objet d'interventions parlementaires. La motion Bühler (046-2004) du 10 février 2004 (adoptée sous forme de postulat le 7 septembre 2004) demandait par exemple que le canton renonce à sa participation majoritaire et se contente de 34 pour cent des voix, le produit de la vente devant impérativement être utilisé pour réduire la dette de l'Etat. Le Conseil-exécutif a déposé un projet de loi. Les réponses recueillies pendant la procédure de consultation ayant cependant été majoritairement opposées au projet, les travaux législatifs ont été suspendus. Quelques années plus tard, la motion Kneubühler (158-2007) requérait la privatisation de la BKW SA, de la Banque cantonale bernoise et de la Bedag Informatique SA ; elle a cependant été retirée avant la délibération au Grand Conseil. Peu après, la motion Sutter (182-2008) du 11 juin 2008 (adoptée sous forme de postulat le 1^{er} avril 2009) demandait la reprise des travaux d'élaboration de la loi sur la participation à la BKW SA. La motion Flück (302-2015) enfin, déposée le 25 novembre 2015, demande 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 la BKW SA. Lors de la session de juin 2016, le Grand Conseil a adopté cette motion sous forme de postulat. Par le présent projet de loi, et dans la mesure où la loi règle les conditions pour l'achat et la vente d'actions de la BKW SA, le Conseil-exécutif met en œuvre les interventions citées ci-dessus.

La motion Trüssel (283-2015), déposée le 16 novembre 2015, demande l'élaboration d'une loi de participation qui, concernant notamment la BKW SA, règle les situations dans lesquelles les entreprises dont le canton est actionnaire entrent en concurrence avec les entreprises de l'économie privée. Lors de sa session de juin 2016, le Grand Conseil a adopté cette motion sous forme de postulat. Comme cela est expliqué au chapitre 4, le comportement d'entreprises telles que la BKW SA vis-à-vis de la concurrence est régi par le droit fédéral. Les dispositions de la loi sur l'approvisionnement en électricité et de la loi sur les cartels préviennent tout subventionnement croisé ou autre abus de position dominante sur le marché. La loi ne permet cependant pas d'interdire de manière générale à la BKW SA de concurrencer d'autres prestataires dans le domaine non soumis au monopole.

2.2 Mandat législatif impliqué par la Constitution cantonale

Plusieurs avis de droit sont parvenus, de manière unanime, à la conclusion que la participation du canton de Berne à la BKW SA requérait une base légale. Ces avis se fondent sur l'article 95, alinéa 2, lettres c et d de la Constitution du canton de Berne du 6 juin 1993 (ConstC ; RSB 101.1). L'article 95, alinéa 2, lettre c stipule que la loi règle la nature et l'étendue des participations cantonales importantes, et l'article 95, alinéa 2, lettre d que l'attribution de tâches publiques nécessite elle aussi une base légale. 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, la BKW SA n'exerce donc plus à proprement parler une tâche publique. Le canton détient cependant une participation importante dans la BKW SA. Un mandat législatif découle donc de l'article 95, alinéa 2, lettre c ConstC.

2.3 Contexte politico-énergétique

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, la production d'énergies « propres » et la sécurité d'approvisionnement constituent des thèmes centraux. Le marché suisse de l'électricité dépend fortement du marché européen.

En Suisse également, la discussion en matière de politique énergétique s'est concentrée ces dernières années sur la promotion des énergies renouvelables, le maintien de la force hydraulique, l'efficacité énergétique, la réduction des émissions de CO₂, l'abandon du nucléaire, la sécurité d'approvisionnement et l'ouverture du marché. La loi fédérale sur l'approvisionnement

en électricité¹ a réglé la garantie de l'approvisionnement au niveau fédéral. Dans le sens de la séparation entre le domaine 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, la société nationale pour l'exploitation du réseau. L'ordonnance fédérale sur l'approvisionnement en électricité² 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 d'entrée en vigueur de cette seconde ouverture n'est pour l'instant pas encore définie. Après la catastrophe de Fukushima en mars 2011, le Conseil fédéral et le Parlement ont pris la décision d'abandonner l'énergie nucléaire. Cela implique une transformation progressive du système énergétique suisse, et le Conseil fédéral a élaboré 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, et de favoriser les énergies renouvelables (eau, vent, soleil). Il est également prévu d'améliorer l'efficacité énergétique, à tous les niveaux.

Le canton de Berne dispose d'une stratégie énergétique depuis 2006. L'orientation stratégique du canton correspond en grande partie à celle de la Confédération. La législation bernoise sur l'énergie vise, en matière d'approvisionnement en énergie et d'utilisation de l'énergie, la rationalité, la sécurité, le respect de l'environnement et du climat, ainsi qu'un approvisionnement en énergie suffisant.

2.4 Situation économique

A l'échelle européenne, la BKW SA est une petite entreprise. En Suisse, elle est cependant, après Alpiq et Axpo, le troisième groupe d'électricité.

Le secteur de l'électricité doit faire face à des défis considérables. La libéralisation du marché de l'électricité, la transition énergétique et les progrès technologiques dans le domaine des énergies renouvelables contraignent les producteurs d'électricité à se réorienter. Le marché se caractérise par des surcapacités et des prix bas, et les recettes diminuent. En 2013, les trois principaux producteurs suisses d'électricité ont enregistré une baisse de leur chiffre d'affaires.

La BKW SA s'est rapidement adaptée à cette nouvelle situation. Contrairement à ses concurrents Alpiq et Axpo, l'entreprise a vu en 2014 son chiffre d'affaires s'accroître, grâce notamment à de bonnes transactions commerciales. En 2015, les prix bas de l'électricité et l'évolution sur les marchés financiers ont entraîné un recul du chiffre d'affaires, mais celui-ci a à nouveau augmenté en 2016. Le cours de l'action BKW se caractérise par une tendance à la hausse depuis l'entrée en bourse en 2003 jusqu'au niveau record de début 2008, puis par une tendance à la baisse. Il a cependant rebondi de son niveau le plus bas, et se trouve à nouveau aujourd'hui (mars 2017) à environ un tiers de son record historique.

3. Stratégie de propriétaire du canton et politique financière

Le rôle du canton en tant qu'actionnaire majoritaire de la 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 d'approvisionnement) ont réduit son influence. Le réseau de transport, essentiel sur le plan stratégique, est désormais réuni sous l'égide de Swissgrid, et la 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.

¹ Loi fédérale du 23 mars 2007 sur l'approvisionnement en électricité (LApEI ; RS 734.7)

² Ordonnance fédérale du 14 mars 2008 sur l'approvisionnement en électricité (OApEI ; RS 734.71)

Par sa participation à la 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 la BKW SA, il peut exercer son influence pour 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.

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 pour atteindre ses objectifs en matière de politiques énergétique, économique et financière. Le canton doit pouvoir tenir compte des évolutions dans le domaine de la politique énergétique, réagir aux évolutions du marché, et, tout en considérant les intérêts en jeu, réduire le risque auquel il est exposé en tant qu'actionnaire. Il doit donc pouvoir, après examen, adapter au besoin le taux de sa participation. Une telle adaptation doit 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 convient de viser en cela une solution durable, avec un actionnaire de référence stratégique et stable, qui partage les objectifs du canton. Par ailleurs, le canton de Berne doit conserver une minorité de blocage (c'est-à-dire plus d'un tiers des voix attribuées aux actions). Les décisions importantes (modification du but de la société, fusion, transfert de son siège, p. ex.) requièrent au moins le deux tiers des voix. C'est pourquoi le projet de loi prévoit une participation minimale du canton (minorité de blocage). Ceci permet d'assurer qu'à l'avenir également, les décisions importantes ne pourront être prises qu'avec le consentement du canton.

Jusqu'à maintenant, le canton gère sa participation à la BKW SA dans le cadre du patrimoine financier. Avec l'introduction du nouveau modèle de comptes harmonisé MCH2/IPSAS au 1^{er} janvier 2017, la participation à la BKW SA a été attribuée au patrimoine administratif. L'évaluation de la participation à la BKW SA n'en a en rien été modifiée. Cette nouvelle attribution n'entretient aucun rapport avec la LBKW ; elle découle de raisons financières. La participation à BKW relève aussi bien du patrimoine administratif (participation minimale, part de 34 % qui ne peut pas être vendue par le Conseil-exécutif) que du patrimoine financier (part supérieure à 34 %, qui peut être vendue par le Conseil-exécutif). Les participations ne sont cependant pas divisées dans MCH2/IPSAS. L'attribution de la participation s'effectue suivant la part prédominante du patrimoine, en l'occurrence le patrimoine administratif. Une éventuelle vente présuppose que la part d'actions correspondante soit transférée au préalable du patrimoine administratif au patrimoine financier. Ce transfert est de la compétence du Conseil-exécutif, et une vente, et donc un tel transfert, requiert également la prise en considération des objectifs des politiques énergétique, économique et financière du canton. L'achat de nouvelles actions BKW nécessiterait le cas échéant une autorisation de dépenses correspondante. L'article 8, alinéa 1 attribue cette compétence au Conseil-exécutif. Le transfert de la participation cantonale au patrimoine administratif ne change cependant rien à la situation juridique de la BKW SA. La BKW SA ne profite pas de ce fait d'avantages spéciaux, et continue en particulier à ne bénéficier d'aucune garantie d'Etat. En outre, elle n'est pas autorisée, dans son activité sur le marché libre, à faire usage d'avantages provenant du domaine soumis au monopole (voir également le ch. 4 ci-dessous).

4. Liberté économique et concurrence

Le droit suisse des obligations³ distingue entre les sociétés de droit privé, les sociétés mixtes et les sociétés de droit public. Le droit des obligations n'est pas applicable aux sociétés de droit public (art. 763 CO), mais il s'applique sans restriction aux sociétés mixtes (art. 762 CO). La BKW SA est une société anonyme mixte au sens de l'article 762 CO. Tous les actionnaires, et donc également le canton de Berne, sont ainsi soumis aux dispositions du Code des obligations. Ces dispositions ne peuvent pas être modifiées par le droit cantonal. Il n'est pas

³ Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations, CO ; RS 220)

possible d'intervenir au moyen de lois cantonales dans les procédures internes d'une société de droit privé. Les actions de la BKW SA étant cotées en bourse, elles peuvent en principe être acquises par quiconque le souhaite. Parallèlement au canton de Berne, la BKW SA compte de nombreux actionnaires, dont d'autres entreprises actives dans le domaine de l'énergie ainsi qu'un grand nombre d'actionnaires privés. La BKW SA a à leur égard une responsabilité entrepreneuriale. Elle est légalement tenue de poursuivre un but lucratif. Le droit cantonal ne peut donc pas interdire à la BKW SA d'entrer en concurrence directe avec d'autres entreprises. Il n'est par ailleurs pas possible non plus de conférer au canton, dans le cadre d'une loi cantonale sur la participation, des droits particuliers tels qu'un droit de veto à l'égard des modifications des statuts. En vertu du Code des obligations, tous les actionnaires ont droit à l'égalité de traitement. Le droit des obligations prévoit ainsi que les statuts puissent conférer au canton le droit de déléguer des représentants au sein du conseil d'administration ou de l'organe de révision. Le canton a pour l'instant droit à deux représentants ou représentantes au sein du conseil d'administration de la BKW SA, et délègue une représentante. En tant qu'actionnaire d'une société anonyme mixte, le canton ne peut pas faire valoir d'autres droits particuliers. Il ne peut pas non plus empêcher par une décision politique ou un acte législatif que son droit de délégation et de révocation soit supprimé lors d'une révision des statuts : il ne peut intervenir à cet égard qu'en tant qu'actionnaire, par le biais du vote lors de l'assemblée générale.

Le canton se distingue des autres actionnaires, privés, en ceci qu'il ne poursuit pas avec sa participation des objectifs purement financiers. Par son vote lors de l'assemblée générale et son droit de délégation au conseil d'administration, le canton peut amener la société à prendre également en compte des intérêts publics.

A la lumière de la liberté économique garantie par le droit constitutionnel, une opération entrepreneuriale avec participation de l'Etat est licite lorsque la concurrence n'en est pas faussée. Ceci est également valable lorsque l'Etat est seul propriétaire d'une entreprise. Il doit cependant opérer en respectant les mêmes droits et devoirs qu'un entrepreneur privé.⁴ Tel est bien le cas en ce qui concerne la BKW SA. L'entreprise dispose d'un monopole réglé par l'Etat dans le domaine des réseaux de distribution, mais la législation fédérale lui interdit d'utiliser des avantages provenant de ce monopole pour améliorer sa position sur d'autres marchés (comme les installations techniques du bâtiment). Un subventionnement croisé de ce type ou l'usage d'un « effet de levier » du domaine soumis au monopole sur un autre marché est proscrit par la législation fédérale sur les cartels⁵. L'application de cette législation relevant de la compétence de la Confédération, il n'existe pas de conflits d'intérêts, et l'égalité de traitement est garantie également à l'égard des entreprises dans lesquelles le canton détient une participation. La BKW SA est donc tenue d'opérer sur les marchés libres, comme celui des services dans le domaine des installations techniques du bâtiment, en respectant les mêmes conditions que les prestataires privés. Il ne lui est pas permis de tirer avantage de la participation du canton.

Il n'est cependant pas interdit à la BKW SA de profiter de certains avantages d'échelle. Comme toute entreprise, la BKW SA peut légitimement chercher à s'imposer sur le marché. Seul l'abus de position dominante est illicite. Les entreprises concurrentes doivent accepter les avantages d'échelle dont bénéficient certains prestataires.

5. Droit comparé

5.1 Participations du canton de Berne

Le canton de Berne détient des participations majoritaires dans les entreprises suivantes : Banque cantonale bernoise SA, Bedag Informatique SA, BKW SA, BLS SA, Immobiliengesellschaft Wankdorfplatz AG ainsi que les centres hospitaliers régionaux. Il détient par ailleurs

⁴ ATF 138 I 378 (JdT 2014 I 3 et RDAF 2013 I 394)

⁵ Article 10 de la loi fédérale du 23 mars 2007 sur l'approvisionnement en électricité (loi sur l'approvisionnement en électricité, LApEI ; RS 734.7) ; article 7 de la loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi sur les cartels, LCart ; RS 251)

des participations minoritaires dans plusieurs autres entreprises, comme notamment des entreprises de transport concessionnaires, Flughafen Bern AG, Schulverlag plus AG, BE! Tourisme SA et Messepark Bern AG.

Le canton de Berne a déjà réglé sa participation dans différentes lois spéciales. Tel est le cas notamment pour BE! Tourisme SA, Messepark Bern AG, Bedag Informatique SA, Schulverlag plus AG ainsi que la Banque cantonale bernoise. La participation aux centres hospitaliers régionaux est réglée dans la loi sur les soins hospitaliers (LSH)⁶.

BE! Tourisme SA, dont le siège est à Berne, est surtout active dans la prospection du marché. La loi sur le développement du tourisme⁷ stipule à l'article 4a, alinéa 1 que la participation du canton à BE! Tourisme SA s'élève au plus à 49 pour cent du capital et des voix.

La participation du canton de Berne à Messepark Bern AG est quant à elle limitée par la loi⁸ à 16 pour cent. Messepark Bern AG exploite l'infrastructure du site d'expositions de Berne, et la participation du canton au capital-actions vise à la soutenir dans cette activité.⁹

La loi sur la Bedag stipule que le canton dispose en principe au minimum de la majorité absolue des voix et du capital de la Bedag Informatique SA, et que la cession de la majorité des voix ou du capital dont dispose le canton nécessite l'approbation du Grand Conseil.¹⁰

Schulverlag plus AG est le fruit d'une transformation de l'ancien établissement de droit public Editions scolaires du canton de Berne. La société élabore et diffuse des médias didactiques. Le Conseil-exécutif est habilité par la loi¹¹ à vendre partiellement ou entièrement la participation cantonale à Schulverlag plus AG.

La loi sur la société anonyme Banque cantonale bernoise¹² spécifie quant à elle que le canton doit disposer de la majorité absolue des capitaux et des voix. La garantie de l'Etat a été supprimée à la fin 2012.

Le canton est également tenu, en règle générale, de détenir la majorité absolue des capitaux et des voix dans les centres hospitaliers régionaux.¹³

5.2 Participations d'autres cantons à des entreprises d'énergie

5.2.1 Canton de Bâle-Campagne

Le canton de Bâle-Campagne a fondé en 1950 avec le canton de Bâle-Ville la Kraftwerk Birsfelden AG, avec siège à Birsfelden (canton de Bâle-Campagne). Le canton de Bâle-Campagne a édicté pour cela une loi spéciale autorisant le Landrat (pouvoir législatif) à approuver la convention de fondation entre les deux cantons. Par cette convention, Bâle-Campagne et Bâle-Ville s'engageaient à fonder une société anonyme dans le but de construire une centrale hydraulique à Birsfelden, avec une participation égale au capital-actions, à hauteur de 50 pour cent pour chaque canton. La loi autorise le canton de Bâle-Campagne à acquérir la part de capital qui lui revient. Elle autorise également le gouvernement à accorder

⁶ Loi du 13 juin 2013 sur les soins hospitaliers (LSH ; RSB 812.11)

⁷ Loi du 20 juin 2005 sur le développement du tourisme (LDT ; RSB 935.211)

⁸ Loi du 26 avril 2005 sur la participation à la société Messepark Bern AG (LPMB ; RSB 901.41), article 2, alinéa 1

⁹ Article 1, alinéa 2 LPMB

¹⁰ Loi du 5 juin 2002 sur la société anonyme Bedag Informatique (Loi sur la Bedag, LBI ; RSB 152.031.2), article 5

¹¹ Loi du 6 juin 2002 sur la société anonyme Editions scolaires bernoises (LESB ; RSB 430.121), article 3

¹² Loi du 23 novembre 1997 sur la société anonyme Banque cantonale bernoise (LSABCBE ; RSB 951.10)

¹³ Article 21, alinéa 2 LSH ; exceptions possibles selon l'article 21, alinéa 3 LSH

la garantie de l'Etat pour un crédit de construction. Les deux cantons se sont également assurés respectivement par contrat une représentation égale au conseil d'administration.¹⁴

5.2.2 Canton du Valais

Le canton du Valais a réglé sa participation aux Forces Motrices Valaisannes (aujourd'hui FMV SA) dans une loi spéciale. FMV SA est une société anonyme mixte au sens de l'article 762 CO, à laquelle le canton du Valais peut participer en tant qu'actionnaire. Le canton du Valais doit détenir en permanence une participation d'au minimum 34 pour cent du capital-actions. Dans le cadre de l'octroi de concessions hydrauliques, le Conseil d'Etat peut se réserver la faculté de désigner des membres du conseil d'administration. Les représentants de l'Etat du Valais au conseil d'administration de la société sont désignés par le Conseil d'Etat. En compensation des charges imposées à FMV SA pour des buts d'intérêt public, le canton peut lui accorder des garanties, sous forme de cautionnements solidaires.¹⁵

5.2.3 Canton des Grisons

Le canton des Grisons détient des parts importantes de la société d'électricité Grischelectra AG (taux de participation du canton de 53,8 %) ainsi que d'autres sociétés de force hydraulique (taux de participation du canton de 10 à 15 % environ).

La participation à Grischelectra se fonde sur une norme d'habilitation dans la loi cantonale sur l'approvisionnement en électricité, qui autorise le canton à fonder le cas échéant une société d'électricité avec des tiers.¹⁶ La participation aux sociétés de force hydraulique se base sur l'article 22 de la loi sur l'utilisation de la force hydraulique, selon lequel le canton est autorisé à participer à des entreprises existantes actives dans ce domaine. Le Conseil d'Etat désigne les représentants et représentantes du canton au sein de l'administration des sociétés de force hydraulique.¹⁷

5.3 Conclusion

Les lois plus anciennes comme la loi du canton de Bâle-Campagne sur la fondation de la Kraftwerk Birsfelden AG combinent une forme d'organisation de droit privé (société anonyme) avec des caractéristiques d'entreprises publiques classiques, comme notamment une garantie d'Etat. Conformément à l'article 763 CO, de telles entreprises sont soumises au droit public. Elles se distinguent ainsi de manière déterminante des sociétés anonymes mixtes comme la BKW SA.

Les lois plus modernes prévoient que le canton participe à une entreprise soumise au droit privé. Les possibilités politiques d'influence sur la société sont alors très limitées. En principe, le canton peut uniquement exercer son influence en votant lors de l'assemblée générale, comme tout actionnaire. Si les statuts le prévoient, le canton peut se voir conférer le droit de déléguer des représentants au sein du conseil d'administration, mais il ne peut pas prétendre à d'autres droits particuliers. L'entreprise est active sur le marché en tant qu'acteur privé poursuivant un but lucratif. En l'absence de garantie d'Etat, le canton ne peut pas s'assurer d'avantages spéciaux sur le marché du fait de sa participation. La loi sur les Forces Motrices Valaisannes ne réalise pas complètement ce modèle, car elle prévoit la possibilité d'une ga-

¹⁴ Gesetz vom 25. Mai 1950 betreffend die Beteiligung des Kantons Basel-Landschaft an der Errichtung und am Betrieb des Kraftwerkes Birsfelden (SGS 493.2) ; Vertrag vom 29. August 1950 zwischen dem Kanton Basel-Landschaft und dem Kanton Basel-Stadt betreffend Gründung einer Aktiengesellschaft zum Bau und Betrieb einer Wasserkraftanlage bei Birsfelden (SGS 493.21)

¹⁵ Loi du 15 décembre 2004 sur les Forces Motrices Valaisannes (RS/VS 731.1) ; loi du 28 mars 1990 sur l'utilisation des forces hydrauliques (RS/VS 721.8)

¹⁶ Stromversorgungsgesetz des Kantons Graubünden vom 23. April 2009 (BR 812.100), article 14, alinéa 1

¹⁷ Wasserrechtsgesetz des Kantons Graubünden vom 12. März 1995 (BWRG ; BR 810.100) ; Verordnung vom 1. Dezember 1994 zum Wasserrechtsgesetz des Kantons Graubünden (BWRV ; BR 810.110)

rantie d'Etat. Elle ne constitue donc pas une base de comparaison appropriée pour la loi sur la participation à la BKW SA.

Pour fonder Grischelectra AG, le canton des Grisons n'a pas édicté une loi spéciale, mais s'en est tenu à une norme d'habilitation dans l'acte législatif correspondant. Le cercle d'actionnaires de Grischelectra AG est limité et les principaux actionnaires sont liés par un contrat de partenariat à long terme. En cela, Grischelectra AG se distingue de la BKW SA, société cotée en bourse, et qui, parallèlement au grand actionnaire qu'est le canton de Berne, dispose également de nombreux actionnaires privés.

Pour la participation du canton de Berne à la BKW SA, il est recommandé d'édicter une loi spéciale, sur le modèle d'autres lois spéciales relatives aux participations du canton. Celle-ci autorise la participation du canton, et règle également le but poursuivi par le canton, la compétence pour modifier le taux de participation ainsi que le cadre imposé pour cela (participation minimale et maximale), de même que la compétence pour déléguer des représentants au conseil d'administration, et d'autres questions liées. Le législateur cantonal ne peut régler ni les procédures internes ni l'organisation de la société anonyme ; la BKW SA est soumise à cet égard au Code des obligations.

6. Commentaire des articles

Article 1 Objet

En vertu de la Constitution cantonale, la participation du canton à la BKW SA doit être réglée dans une loi formelle. En édictant la LBKW, le législateur s'acquitte de cette obligation. L'objet de la loi n'est pas la BKW SA en elle-même, mais la participation du canton à celle-ci.

Article 2 Position de la BKW SA

L'article 2 précise la limite entre le droit cantonal et le droit fédéral. Dans le domaine du droit privé, la législation relève entièrement de la compétence globale de la Confédération.¹⁸ Si le droit cantonal lui est contraire, il y a dérogation, c'est-à-dire que le droit cantonal ne déploie alors pas ses effets. Il n'est par conséquent pas possible de prendre, via la LBKW, des dispositions allant à l'encontre du droit privé fédéral, par exemple en attribuant des droits spéciaux au canton. Il n'existe une marge de manœuvre que dans le cadre des possibilités prévues dans le droit des obligations lui-même, en particulier en ce qui concerne le droit à la délégation de représentants ou représentantes du canton au conseil d'administration. Pour le reste, il convient de tenir compte du droit des actionnaires à l'égalité de traitement ainsi que de la priorité à donner aux intérêts de la société.

En tant qu'entreprise cotée en bourse, la BKW SA est soumise à la réglementation boursière, et en particulier à la loi sur les bourses¹⁹, à l'ordonnance sur les bourses²⁰, ainsi qu'aux règlements de cotation de la SIX Swiss Exchange et de BX Berne eXchange fondés sur ces textes législatifs. La référence faite à cette réglementation indique clairement que les dispositions correspondantes, telles que l'obligation de traiter sur un pied d'égalité les acteurs du marché, doivent être respectées par la LBKW.

L'alinéa 2 vise à lever toute crainte que la BKW SA puisse tirer avantage de la participation du canton et fausse la concurrence avec d'autres entreprises, par exemple dans le domaine des installations techniques du bâtiment. Pour éviter les répercussions économiques ou sociales néfastes des cartels et autres restrictions à la concurrence, la Confédération a édicté la loi suisse sur les cartels. Celle-ci régit notamment les pratiques que doivent respecter les entreprises puissantes sur le marché. Les pratiques d'entreprises ayant une position dominante

¹⁸ Article 122, alinéa 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst ; RS 101)

¹⁹ Loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (loi sur les bourses, LBVM ; RS 954.1)

²⁰ Ordonnance fédérale du 2 décembre 1996 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (Ordonnance sur les bourses, OBVM ; RS 954.11)

sont réputées illicites lorsque ces dernières abusent de leur position et entravent ainsi l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou son exercice, ou désavantagent les partenaires commerciaux.²¹ Une entreprise dans laquelle le canton possède une participation et qui détient une position monopolistique sur le marché n'est pas autorisée à utiliser cette participation en vue de distordre la concurrence sur un marché voisin, en amont ou en aval.²² Pour les entreprises d'approvisionnement en électricité, le principe de séparation des activités est par ailleurs expressément prescrit dans la loi sur l'approvisionnement en électricité.²³ Les abus et distorsions concurrentielles sont par conséquent traités par le droit fédéral ; les dispositions correspondantes sont applicables à la BKW SA en tant qu'entreprise d'économie mixte. C'est pourquoi l'article 2, alinéa 2 renvoie aux normes du droit fédéral relatives au droit de la concurrence.

Article 3 Position du canton

En tant qu'entreprise d'économie mixte, la BKW SA est soumise aux règles du droit privé, en particulier aux normes relatives à la société anonyme conformément aux articles 660 ss CO. Ces normes de droit fédéral ne peuvent pas être modifiées par le droit cantonal. La position du canton en tant qu'actionnaire de la BKW SA est régie elle aussi par les normes du droit de la société anonyme. En conséquence, il a les mêmes droits et obligations que les autres actionnaires.

La BKW SA se doit fondamentalement de respecter l'égalité de traitement entre tous ses actionnaires. Cependant, l'article 762 CO prévoit explicitement que la société peut, dans ses statuts, octroyer au canton le droit de déléguer des représentants ou représentantes au conseil d'administration. Ni le droit d'envoyer des représentants ou représentantes, ni d'autres droits spéciaux ne peuvent être introduits par le droit cantonal. Seule la société peut statuer à ce sujet, et ce par décision de l'assemblée générale. En sa qualité d'actionnaire, le canton peut, lors de l'assemblée générale, voter dans le sens de ses intérêts. L'alinéa 3 prévoit ainsi que le canton s'engage dans le cadre de l'assemblée générale, avec la part des voix qui lui revient, pour conserver son droit de délégation.

Article 4 Exercice des droits

L'article 4, alinéa 1 précise clairement que le Conseil-exécutif, dans le cadre de sa fonction d'organe exécutif, exerce les droits qui reviennent au canton en sa qualité d'actionnaire. Conformément à l'article 2, il est en outre compétent pour la délégation ou la révocation des représentants ou représentantes du canton au sein du conseil d'administration de la BKW SA.

Vu l'article 762 CO, les statuts de la BKW SA confèrent au canton de Berne le droit de déléguer deux représentants au conseil d'administration de la BKW SA, qui compte sept à dix membres au total. Les membres du conseil d'administration délégués par le canton ont les mêmes droits et obligations que ceux qui sont élus par l'assemblée générale (art. 762, al. 3 CO). Seules la désignation (délégation par le canton et non élection par l'assemblée générale) et la révocation (par le canton, et non par l'assemblée générale) font l'objet de règles spécifiques. Une règle particulière s'applique également en ce qui concerne la responsabilité : contrairement aux autres membres du conseil d'administration, les délégués et déléguées du canton ne répondent pas personnellement pour leur activité. C'est le canton qui est responsable à l'égard de la BKW SA, des actionnaires et des créanciers. Ceci s'explique par la position particulière des délégués, qui exercent au sein du conseil d'administration la fonction de représentants des intérêts du canton. Relativement à certaines décisions, les intérêts du canton peuvent entrer en conflit avec ceux de la BKW SA, et les délégués du canton se trouvent ainsi dans une position délicate, en particulier lorsqu'ils ont reçu du canton des instructions explicites. C'est donc le canton qui répond de l'activité de ses délégués vis-à-vis des tiers. Il

²¹ Article 7, alinéa 1 LCart

²² Cf. examen préalable de la Commission de la concurrence pour les affaires relatives à la stratégie de propriétaire de la société Energie Wasser Bern (ewb) ; Droit et politique de la concurrence en pratique (DPC) 2014/1, pp. 79 ss

²³ Article 10 LApEI

dispose cependant, conformément au droit cantonal de la responsabilité de l'Etat²⁴, d'une prétention récursoire contre ceux-ci.

Le droit de délégation du canton ne se base pas sur la loi, mais sur une décision de l'assemblée générale relevant du droit des sociétés. Il peut être modifié ou supprimé par l'assemblée générale, dans le cadre d'une procédure de modification des statuts qui relève du droit privé. En tant qu'actionnaire, le canton peut prendre part lors de l'assemblée générale aux décisions portant sur une modification des statuts, et exercer l'influence que ses voix lui confèrent. Les statuts de la BKW SA ne prévoient pas de majorité qualifiée pour les décisions portant sur le droit de délégation du canton. Conformément à l'article 703 CO, les décisions à cet égard sont donc prises par l'assemblée générale à la majorité absolue des voix attribuées aux actions représentées. Il n'est pas possible de garantir ce droit de délégation du canton au moyen d'une disposition légale, ni de conférer au canton d'autres droits particuliers (comme un droit de veto à l'égard des modifications des statuts). Si le canton souhaitait vendre des actions et ne plus être actionnaire majoritaire, des possibilités de droit privé existent pour lui assurer ce droit de délégation : l'introduction d'une majorité qualifiée statutaire, ou la conclusion d'une convention d'actionnaires, par exemple.

Article 5 Information et maintien du secret

Le droit de délégation confié par les statuts au canton lui permet de faire valoir ses intérêts au sein du conseil d'administration de la BKW SA. Il doit donc pouvoir donner des instructions à ses délégués et déléguées. Or, à cette fin, il doit être informé de manière appropriée sur les affaires de la société. C'est ce que précise l'article 5, alinéa 1. Comme les informations à communiquer au Conseil-exécutif peuvent varier selon les thèmes, la loi ne donne pas d'indications plus précises concernant leur type, leur fréquence et leur ampleur.

L'article 717, alinéa 1 CO stipule que les membres du conseil d'administration – et donc également les membres délégués par le canton – doivent veiller fidèlement aux intérêts de la société. Ce devoir de fidélité implique notamment de ne pas divulguer d'informations confidentielles à des tiers. L'article 5, alinéa 1 signifie clairement que pour les délégués du canton, ce devoir de confidentialité ne s'applique pas à l'égard du Conseil-exécutif. Partant, le Conseil-exécutif a accès à des informations confidentielles concernant la BKW SA et ses affaires. L'article 5, alinéa 2 précise donc que le Conseil-exécutif ne doit pas divulguer à des tiers ces informations confidentielles. Le droit à l'information et l'obligation d'informer selon la législation sur le Grand Conseil sont réservés. Les informations dont le Grand Conseil ou ses commissions de surveillance ont besoin pour pouvoir exercer la haute surveillance parlementaire doivent leur être présentées de manière transparente. De leur côté, les membres des commissions parlementaires de surveillance, à l'instar de tous les membres du Grand Conseil, sont soumis au secret de fonction, et tenus de garder secrètes les informations confidentielles.

Article 6 But de la participation

Par sa participation à la BKW SA, le canton poursuit surtout des objectifs politico-énergétiques. Sa participation lui permet indirectement, en tant qu'actionnaire et par le biais de ses représentants et représentantes au sein du conseil d'administration, d'exercer son influence pour que la stratégie de l'entreprise s'accorde avec les objectifs politico-énergétiques du canton (promotion de l'efficacité énergétique, exploitation durable de l'énergie, etc.).

La participation à la BKW SA sert également d'autres intérêts, relatifs à la politique économique et financière. Le canton tient compte de ces intérêts et les pondère dans le cadre de sa stratégie de propriétaire.

Article 7 Cadre de la participation

La participation du canton de Berne à la BKW SA s'élève actuellement à 52,54 pour cent du capital et des voix. L'édiction de la LBKW ne modifie pas ce taux.

²⁴ Article 71 ConstC et articles 100 ss de la loi du 16 septembre 2004 sur le personnel (LPers ; RSB 153.01)

Pour atteindre les objectifs qu'il poursuit par sa participation à la BKW SA, le canton ne doit pas à l'avenir détenir impérativement une part majoritaire. Une participation minoritaire lui permet également d'exercer ses droits d'actionnaire dans le sens de sa politique énergétique. Le taux idéal de participation et le meilleur moment pour procéder à une modification à cet égard sont fonction de nombreux critères : de l'évolution politico-énergétique et économique, de la situation du marché, des interventions parlementaires, de l'évolution de la législation, des besoins financiers du canton, etc. En la matière, seules des prévisions à court terme sont possibles, et il ne convient donc pas que le taux de la participation soit fixé de manière exacte dans la loi. Celle-ci prévoit au contraire un cadre de participation, qui ne doit être dépassé ni dans un sens ni dans l'autre. Le plancher doit être fixé au minimum à 34 pour cent du capital et des voix. Avec une participation de plus d'un tiers des voix, le canton conserve une minorité de blocage. Ceci signifie qu'il peut, en tant qu'actionnaire, influencer de manière décisive certaines décisions particulièrement importantes. Une modification du but de la société, sa dissolution ou une fusion, le transfert de son siège ou l'introduction d'actions à droit de vote privilégié requièrent en effet une décision de l'assemblée générale recueillant au moins les deux tiers des voix attribuées aux actions représentées ainsi que la majorité absolue des valeurs nominales représentées. Avec une participation supérieure à un tiers, le canton peut empêcher que de telles décisions soient prises sans son consentement. Une augmentation de la participation du canton à la BKW SA ne semble actuellement pas judicieuse. Cependant, il importe de garantir également une certaine flexibilité en ce qui concerne la limite supérieure de la participation cantonale, de manière à ce que le Conseil-exécutif puisse réagir à des développements imprévisibles (comme p. ex. si la BKW SA considère qu'une augmentation de capital est nécessaire). Il convient de noter à cet égard que lorsque l'actionnariat est très divisé, un grand actionnaire exerce de fait une influence supérieure à celle que lui confère mathématiquement sa participation. La BKW SA doit cependant rester une entreprise mixte. Une augmentation éventuelle de la participation du canton ne doit donc être possible que jusqu'à un maximum de 60 pour cent.

Article 8 Modification de la participation

Au sein de ce cadre, le taux de la participation doit pouvoir être modifié. Le canton ne devant pas forcément détenir une participation majoritaire dans la BKW SA pour atteindre ses objectifs, sa participation peut également être abaissée en-dessous du seuil de 50 pour cent. Sur le plan de la politique énergétique et économique, les intérêts du canton sont cependant en rapport direct avec les activités de la BKW SA. Il importe d'en tenir compte lors d'une éventuelle vente d'actions, et des transactions spéculatives sont ainsi exclues. Pour qu'une vente d'actions soit envisagée, elle doit non seulement être rentable, mais également convaincante, notamment quant à la structure d'actionnariat qui en résulte, du point de vue des intérêts politico-énergétiques du canton.

L'occasion d'une vente d'actions avantageuse dépend pour beaucoup de l'évolution du marché et des prévisions en la matière, ainsi que de l'évaluation des actions BKW. Le marché de l'énergie étant actuellement en profonde mutation, ces valeurs sont soumises à des fluctuations rapides. Les actions BKW sont en outre cotées en bourse, ce qui se traduit par une volatilité supplémentaire. A cette dynamique sur le marché doit correspondre une dynamique similaire dans le processus de décision ; c'est-à-dire que la décision de vendre des actions doit pouvoir être prise de manière flexible et rapide. Les négociations avec des investisseurs potentiels demandent elles aussi, pour être bien menées, une capacité rapide de réaction. Des procédures de décision lourdes pourraient faire manquer de bonnes opportunités de vente, et impliqueraient même le risque que les conditions de vente à la base de la décision soient dépassées au moment de sa mise en œuvre. Il ne serait donc pas opportun que le Grand Conseil statue sur la vente des actions BKW. Les procédures nécessaires pour cela demandent au moins six mois, ce qui, pour de telles transactions, est beaucoup trop long. La décision d'augmenter la participation doit elle aussi pouvoir être prise rapidement. Une telle décision pourrait notamment s'avérer nécessaire si la BKW SA menace de se retrouver économiquement au pied du mur. Dans de tels cas également, il est essentiel de pouvoir agir suffisamment vite. Le projet prévoit donc que la décision revienne au Conseil-exécutif, dans les limites d'un cadre défini par la loi. Cette solution permet d'assurer la rapidité et la flexibilité néces-

saïres. Le Conseil-exécutif doit par ailleurs respecter un cadre fixe ; il ne peut pas dépasser les limites supérieure ou inférieure prévues par la loi. Il ne peut en particulier pas renoncer à la minorité de blocage ; pour cela, une modification de la loi serait nécessaire. Et à l'intérieur même de ce cadre fixé pour la participation, le Conseil-exécutif doit observer les dispositions prévues à l'alinéa 2 : il est tenu, pour tout achat ou vente d'actions, de prendre en considération les objectifs des politiques énergétique, économique et financière du canton. Du point de vue de la politique financière, il importe en outre de tenir compte du fait que si une vente d'actions est synonyme de recettes, elle ne l'est qu'une seule fois, et implique une diminution de ces apports périodiques de fonds que constituent les dividendes.

Pour des raisons financières, la participation du canton à la BKW SA sera gérée à partir du 1^{er} janvier 2017 dans le cadre du patrimoine administratif. Une vente d'actions présuppose donc que celles-ci soient transférées au préalable au patrimoine financier. Ce transfert est de la compétence du Conseil-exécutif.²⁵

La formulation de l'article autorise, dans le respect du cadre fixé, aussi bien la vente que l'acquisition de parts. Comme la participation à la BKW SA sera dorénavant attribuée au patrimoine administratif, de tels achats représenteront des dépenses. Avec la délégation de compétence, le Conseil-exécutif est habilité à autoriser ces dépenses.²⁶

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

Selon le programme gouvernemental de législature 2015-2018, il importe de poursuivre la politique énergétique progressiste conformément à la stratégie énergétique cantonale (objectif 6). Par sa participation à la BKW SA, le canton contribue à réaliser cet objectif. La LBKW n'apporte aucune modification à cet égard. Elle constitue bien plus la base légale prescrite par la Constitution cantonale pour cette participation déjà existante. L'édiction de la LBKW s'inscrit dans la ligne du programme gouvernemental de législature 2015 à 2018, bien qu'elle n'ait pas été explicitement prévue dans le programme législatif.

8. Répercussions financières

A la fin 2016, la valeur fiscale des actions BKW du canton de Berne s'élevait à 1,366 milliard de francs. Au bilan du canton de Berne, la participation à BKW a été chiffrée à la fin 2016 à 69,357 millions. Le projet de loi se base sur la situation actuelle, et ne modifie ni la participation du canton à la BKW SA, ni son évaluation. Il n'a pas de répercussions directes sur le plan financier, organisationnel ou économique.

Le projet de loi permet au Conseil-exécutif d'acheter et de vendre des actions BKW en respectant un cadre bien défini. Les répercussions financières de telles opérations dépendent de la situation du marché au moment de leur réalisation. Les éventuels achats (p. ex. dans le cadre d'une augmentation de capital de la BKW SA) devraient plutôt être motivés par des motifs d'ordre politique. Les ventes devraient au contraire être réalisées essentiellement pour des raisons financières. Si le marché est en situation avantageuse et la BKW SA bien positionnée, on peut tabler sur un produit de vente plus important. Les produits d'une vente doivent cependant être placés en regard des baisses de dividendes. La BKW SA a jusqu'ici toujours pu distribuer des dividendes, contrairement à des entreprises concurrentes qui ont dû y renoncer ces dernières années. Dans le contexte actuel, il est très difficile de faire des prévisions en ce qui concerne les dividendes.

Les éventuelles ventes d'actions doivent également être considérées du point de vue de la réduction des risques. La situation sur le marché étant de plus en plus difficile (ouverture du marché, chute des prix, etc.), la valeur des actions BKW pourrait baisser. En cas d'augmentation du capital propre de la BKW SA, le canton pourrait par ailleurs perdre sa par-

²⁵ Loi du 26 mars 2002 sur le pilotage des finances et des prestations (LFP ; RSB 620.0), article 76, alinéa 1, lettre h

²⁶ Walter Kälin/Urs Bolz (éd.), Manuel de droit constitutionnel bernois, Berne, 1995, p. 411

ticipation majoritaire sans bénéficier d'un produit de vente en contrepartie. Une vente d'actions pourrait ainsi également servir à éviter des pertes ou des désavantages.

9. Répercussions sur le personnel et l'organisation

Le présent projet n'a pas de conséquences pour le personnel et l'organisation.

10. Répercussions sur les communes

Le présent projet n'a aucune répercussion sur les communes.

11. Répercussions sur l'économie

Le projet n'a pas de conséquences économiques directes. Il fait cependant clairement connaître les intérêts de l'actionnaire majoritaire. Le cadre de participation défini dans le projet fait du canton de Berne un actionnaire de référence, qui continuera à amener de la stabilité ; il manifeste également une ouverture à l'égard de partenariats ou de participations appropriés. Cette plus grande transparence constitue un apport au niveau de la sécurité et indique les possibilités de développement.

12. Résultat de la procédure de consultation

La procédure de consultation portant sur la LBKW a été menée du 1^{er} novembre 2016 au 31 janvier 2017. Un total de 41 commentaires ont été déposés ; 21 participants à la procédure de consultation ont renoncé à communiquer une prise de position ou ont salué le projet sans réserves. Le résumé ci-dessous présente un aperçu des thèmes les plus importants abordés dans la procédure de consultation et il explique s'il a été possible de répondre aux demandes dans le présent projet, et dans quelle mesure.

12.1 Autres participations

L'Union syndicale du canton de Berne considère que la procédure législative devrait être étendue à la participation du canton à d'autres entreprises exploitantes d'infrastructures, BLS SA notamment. La participation du canton de Berne à BLS SA n'est actuellement pas réglée sur le plan légal. Une réglementation commune avec la participation à la BKW SA ne s'impose cependant pas. Les deux entreprises sont actives dans des domaines distincts et les réglementations doivent être différenciées en conséquence.

12.2 Morcellement de la BKW SA

Certaines prises de position (Verts du canton de Berne, Verts libéraux du canton de Berne, commune de Münsingen, Union Suisse des Sociétés d'Ingénieurs-Conseils) demandent que les réseaux et les centrales importantes soient séparés de la BKW SA. Cette demande vise à ce que le canton contrôle l'exploitation des réseaux et des principales centrales, et que le négoce d'énergie ainsi que les prestations de service dans le domaine de la technique du bâtiment en particulier s'effectuent sur le marché libre, sans que la BKW SA ne puisse tirer avantage de la participation du canton ou de son activité en tant qu'exploitant de réseaux.

Entreprise de droit privé, la BKW SA est soumise au droit fédéral privé, et bénéficie de la garantie de la propriété et de la liberté économique. Ceci s'applique également à l'égard des restructurations. Il n'est donc pas possible d'édicter une séparation de la BKW SA en différents domaines d'activité au moyen du droit cantonal. Pour pouvoir réaliser cette séparation en tant qu'actionnaire, le canton devrait accroître massivement ses parts à la BKW SA. Une telle procédure comporte de grands risques économiques, qu'aucun avantage ne compense. Le droit en vigueur interdit déjà à la 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. La 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 la 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.

12.3 Cadre de la participation

De nombreux participants à la procédure de consultation se sont prononcés sur l'article 7. Celui-ci prévoit une limite supérieure (60 % du capital et des voix) et inférieure (34 % du capital et des voix) pour l'achat et la vente d'actions BKW par le canton. Les opinions sur ce sujet divergent grandement. Le PS, Les Verts, l'Union syndicale, la Conférence des maires du Jura bernois ainsi que les communes de Bienne, Steffisburg et Münsingen sont d'avis que le canton doit conserver une participation majoritaire à la BKW SA. Le PBD approuve la possibilité d'une réduction jusqu'à un tiers, mais souhaiterait également autoriser un accroissement de la participation jusqu'à deux tiers. Le PLR et l'Union du commerce et de l'industrie du canton de Berne (UCI) souhaitent quant à eux que le Conseil-exécutif ou le Grand Conseil soient habilités à procéder à une vente de la participation cantonale dans son intégralité.

La sécurité d'approvisionnement ne requiert pas que les réseaux de distribution soient aux mains de l'Etat. L'approvisionnement en énergie nécessaire à l'industrie et aux ménages est aujourd'hui assuré par la législation correspondante de la Confédération. Il ne revient pas au canton de garantir l'approvisionnement en électricité sur son territoire par le biais d'une participation majoritaire à la BKW SA, et ses objectifs en matière de politique énergétique, économique et financière ne lui imposent pas non plus de conserver une telle participation. Il est essentiel, par contre, que les éventuelles ventes d'actions soient effectuées avec toute la prudence requise et au moment opportun. Le projet prévoit en ce sens une réglementation équilibrée : aussi longtemps que le canton conserve une minorité de blocage, le Conseil-exécutif est responsable des décisions de vente. Il ne peut prendre celles-ci librement, mais doit tenir compte des objectifs cantonaux en matière de politiques énergétique, économique et financière (art. 8, al. 2). Ceux-ci impliquent notamment que la BKW SA soit toujours prête à investir dans des projets présentant de longs cycles d'investissement. Le Conseil-exécutif doit également tenir compte de la perte de dividendes résultant d'une réduction de la participation. En conservant une minorité de blocage, le canton s'assure un droit de veto à l'égard de certaines décisions particulièrement importantes de l'assemblée générale. Pour les décisions de l'assemblée générale, seules comptent en effet les voix représentées à l'AG, et non pas l'ensemble des voix attribuées aux actions. Le canton peut ainsi exercer une influence notable même sans être actionnaire majoritaire.

Une majorité des deux tiers, par laquelle le canton pourrait imposer sa décision à l'assemblée générale sur des sujets particulièrement importants même contre l'ensemble des actionnaires minoritaires, n'est pas nécessaire. Elle irait également à l'encontre de la libéralisation voulue par la législation fédérale sur l'approvisionnement en électricité. Ni la sécurité d'approvisionnement, ni les objectifs cantonaux en matière de politiques énergétique, économique et financière ne requièrent un tel contrôle du canton sur la BKW SA.

Compte tenu de la controverse politique, il ne serait pas indiqué d'habiliter le Conseil-exécutif ou le Grand Conseil à procéder à une vente d'actions au-delà de la minorité de blocage. Exclure une possibilité de référendum contre une telle décision serait contraire aux principes démocratiques. Le projet prévoit donc que cette responsabilité revienne au législateur. Une vente complète de la participation du canton à BKW présuppose de la sorte que la participation minimale de 34 pour cent prévue dans la LBKW soit supprimée par une révision de loi soumise à référendum. Le cadre de participation fixant un plafond et un plancher limite ainsi la marge de manœuvre du Conseil-exécutif de manière raisonnable, mais non excessive.

12.4 But de la participation et utilisation du produit de vente

Selon l'article 6 du projet, la participation du canton à la BKW SA contribue à la réalisation des objectifs cantonaux en matière de politiques énergétique, économique et financière. Le Conseil-exécutif doit également tenir compte de ces objectifs en cas de modification de la participation (art. 8, al. 2). L'association PME bernoises est d'avis que l'intégration des objectifs de politique énergétique est problématique, et qu'il faudrait mettre en avant les objectifs de poli-

tique financière, c'est-à-dire le caractère d'investissement de la participation. Le produit de la vente de parts devrait quant à lui être utilisé pour réduire la dette. Le PLR, l'UDF et l'Union du commerce et de l'industrie du canton de Berne se prononcent également contre l'intégration des objectifs de politique énergétique. Les Verts en revanche demandent que ces objectifs soient prioritaires. L'Union bernoise des paysans souhaite que le canton, en tant qu'actionnaire de la BKW SA, promeuve les énergies renouvelables, et soutienne la rétribution de l'électricité provenant de petites installations photovoltaïques.

Le projet mentionne uniquement les thèmes qui sont en rapport avec la participation du canton à la BKW SA. Le détail des objectifs de politique énergétique ne relève pas de ce contexte, mais des réflexions de politique énergétique. Le canton a défini ses objectifs en la matière dans sa stratégie énergétique. Ceux-ci sont réalisés notamment par la définition de stratégies de propriétaire, c'est-à-dire via l'exercice de droits d'actionnaire à l'égard des producteurs et des distributeurs d'énergie. Il est donc conséquent de mentionner les objectifs de politique énergétique parmi les buts de la participation du canton à la BKW SA. Les différentes demandes en matière de politique énergétique doivent pouvoir être évaluées concrètement et mises en balance avec les intérêts économiques et financiers du canton. Une priorisation rigide des différents objectifs n'est pas judicieuse.

En cas de vente d'actions BKW, les gains comptables seraient intégrés comme revenus au compte de fonctionnement et amélioreraient d'autant le résultat de l'exercice. Il n'est pas possible, au niveau de la présentation des comptes, d'utiliser directement les recettes provenant de la vente d'actions BKW pour réduire la dette. L'article 101a, alinéa 5 ConstC stipule que les gains comptables réalisés sur les placements du patrimoine financier ne peuvent pas être pris en compte dans l'application du frein à l'endettement au compte de fonctionnement. Cette disposition constitutionnelle doit empêcher que le patrimoine financier soit vendu pour des raisons de pure politique financière – en particulier pour éviter un déficit au compte de fonctionnement. En cas de vente de parts, le projet impose cependant au Conseil-exécutif de tenir compte notamment des objectifs cantonaux en matière de politique financière. Il lui faut donc prendre en considération le fait qu'une diminution de la participation à BKW entraînant une baisse correspondante des dividendes, il conviendrait le cas échéant de compenser celle-ci par d'autres mesures.

Berne, le 28 juin 2017

Au nom du Conseil-exécutif,
le président : *Pulver*
le chancelier : *Auer*

Propositions du Conseil-exécutif et de la commission

ACE n° 1051

2015_12_TTE_Loi sur la participation du canton à BKW SA_LBKW_200/2015/4_FR

Proposition du Conseil-exécutif I	Proposition de la commission I	Proposition du Conseil-exécutif II
Loi sur la participation du canton à BKW SA (Loi sur BKW, LBKW)		
<i>Le Grand Conseil du canton de Berne,</i> vu l'article 95, alinéa 2, lettre c de la Constitution cantonale ¹⁾ , sur proposition du Conseil-exécutif, <i>arrête:</i>		
I.		
Art. 1 Objet ¹ La présente loi règle la participation du canton à la BKW SA.		
Art. 2 Position de la BKW SA ¹ La BKW SA est soumise au Code suisse des obligations (CO) ²⁾ et à la réglementation boursière. ² Dans le cadre de ses activités, la BKW SA est assujettie aux dispositions de la législation suisse sur les cartels. Elle ne doit donc pas, en particulier, tirer injustement avantage de la participation du canton et de son monopole sur le réseau.		
Art. 3 Position du canton		

¹⁾ RSB 101.1

²⁾ RS 220

Proposition du Conseil-exécutif I	Proposition de la commission I	Proposition du Conseil-exécutif II
¹ Les droits et les obligations prévus aux articles 660 ss CO s'appliquent au canton en sa qualité d'actionnaire de la BKW SA. ² Dans ses statuts, la BKW SA peut, en vertu de l'article 762 CO, conférer au canton le droit de déléguer des représentants ou représentantes au conseil d'administration. ³ Le canton s'engage en tant qu'actionnaire pour conserver son droit de délégation.		
Art. 4 Exercice des droits ¹ Le Conseil-exécutif exerce les droits appartenant au canton en sa qualité d'actionnaire. ² Il statue sur la désignation et la révocation des représentants et représentantes du canton au conseil d'administration de la BKW SA.		
Art. 5 Information et maintien du secret ¹ Les délégués et déléguées au conseil d'administration informent le Conseil-exécutif de manière appropriée sur les affaires de la société. ² Le Conseil-exécutif doit tenir secrètes les informations confidentielles qui lui sont communiquées par ses délégués et déléguées au conseil d'administration. Le droit à l'information et l'obligation d'informer selon la législation sur le Grand Conseil sont réservés.		
Art. 6 But de la participation		

Proposition du Conseil-exécutif I	Proposition de la commission I	Proposition du Conseil-exécutif II
¹ La participation du canton à la BKW SA contribue à la réalisation des objectifs cantonaux en matière de politiques énergétique, économique et financière.		
Art. 7 Cadre de la participation ¹ La participation du canton à la BKW SA s'élève au minimum à 34 pour cent, et au maximum à 60 pour cent du capital et des voix.	¹ La participation du canton à la BKW SA s'élève au minimum à 34 <u>51</u> pour cent, et au maximum à 60 pour cent du capital et des voix.	
Art. 8 Modification de la participation ¹ Le Conseil-exécutif décide dans le cadre défini à l'article 7 du moment et de l'ampleur d'une modification de la participation. ² Il tient compte ce faisant des objectifs cantonaux en matière de politiques énergétique, économique et financière.		
Art. 9 Entrée en vigueur ¹ Le Conseil-exécutif fixe la date d'entrée en vigueur de la présente loi.		
II.		
<i>Aucune modification d'autres actes.</i>		
III.		
<i>Aucune abrogation d'autres actes.</i>		
IV.		
Le Conseil-exécutif fixe la date d'entrée en vigueur		

Proposition du Conseil-exécutif I	Proposition de la commission I	Proposition du Conseil-exécutif II
de la présente loi.		
Berne, le 28 juin 2017 Au nom du Conseil-exécutif, le président: Pulver le chancelier: Auer	Berne, le 15 septembre 2017 Au nom de la commission, le président: Bichsel	Berne, le 18 octobre 2017 Au nom du Conseil-exécutif, le président: Pulver le chancelier: Auer