



Intervention parlementaire

Réponse du Conseil-exécutif

N° de l'intervention : 252-2022
Type d'intervention : Motion
Motion ayant valeur de directive : ☐
N° d'affaire : 2022.RRGR.392

Déposée le : 28.11.2022

Motion de groupe : Non
Motion de commission : Non
Déposée par : Gschwend-Pieren (Kaltacker, UDC) (porte-parole)
Eigenmann (Bern, Le Centre)
Haudenschild (Niederbipp, PLR)
Kohler (Meiringen, Les Verts)
Baumann (Münsingen, UDF)
von Greyerz (Bern, PS)
Ryser (Seftigen, PVL)
Wenger (Spiez, PEV)

Cosignataires : 0

Urgence demandée : Non
Urgence accordée :

N° d'ACE : 644/2023 du 7 juin 2023
Direction : Direction des finances
Classification : Non classifié
Proposition du Conseil-exécutif : **Vote point par point**
Chiffre 1 : adoption sous forme de postulat
Chiffre 2 : adoption et classement
Chiffre 3 : rejet

Contenir la distorsion de la concurrence par les entreprises publiques

Sur la base des résultats scientifiques de l'étude de la Haute école zurichoise des sciences appliquées (ZHAW) publiée sous le titre « Der Staat als Teilnehmer am Wettbewerb » (L'État, acteur de la concurrence), le Conseil-exécutif est chargé :

1. d'ajouter ou de formuler de la manière la plus précise possible un article définissant le but relatif à la situation de monopole des entreprises dans lesquelles il détient des participations ;
2. de montrer comment assurer une plus grande transparence (flux financiers, participations, etc.) au sein des entreprises dans lesquelles il détient des participations ;
3. de montrer quelles mesures de conformité seraient appropriées pour assurer une plus grande transparence et mieux faire respecter l'article définissant le but.

Développement :

De nombreuses communes bernoises ainsi que le canton de Berne détiennent des participations dans des entreprises ou en sont même entièrement propriétaires. Pour le secteur privé, c'est une concurrence à armes inégales, car il n'est pas rare que la délimitation entre ce qui est du ressort du monopole et ce qui est du ressort de la concurrence ne soit pas clairement définie

en ce qui concerne les entreprises parapubliques. Une étude de la ZHAW a montré que des règles juridiques encadrant l'entrée de l'État sur le marché sont une condition nécessaire à la compétitivité et à la force d'innovation de l'économie bernoise. Afin d'assurer une séparation stricte des différentes parties d'une entreprise sur le plan organisationnel, il faut premièrement insister sur la nécessité de rédiger des articles définissant précisément ce qu'on entend par services de base. Deuxièmement, il faut obliger les entreprises publiques à publier leurs chiffres clés, leurs flux financiers et leurs financements indirects. Troisièmement, il convient de mettre en place des mesures de conformité appropriées dans les structures verticales ainsi qu'une surveillance ayant pour but de protéger les entreprises privées de la concurrence déloyale des entreprises publiques et parapubliques.

Réponse du Conseil-exécutif

Le Conseil-exécutif veille à l'équité des conditions de concurrence dans le canton de Berne, que les entreprises concernées soient publiques ou privées (éventuellement avec participation cantonale). Concernant les activités d'entreprises publiques ou dans lesquelles le canton détient des participations, et des distorsions de concurrence qu'elles peuvent entraîner, il importe tout d'abord de préciser ceci¹:

Conformément à la législation fédérale sur les cartels, toute distorsion de concurrence résultant d'un abus de situation de monopole est illicite. La pratique des subventions croisées est en particulier interdite : elle consiste, pour une entreprise en position dominante sur un marché du fait de la détention d'un monopole légal à obtenir des subventions pour des prestations fournies en concurrence avec d'autres prestataires privés et donc à bénéficier d'un avantage compétitif. Cela s'applique indépendamment du fait que le canton détienne ou non une participation dans l'entreprise en question. Les entreprises qui sont à la fois en situation monopolistique et en concurrence avec des entreprises privées doivent dissocier économiquement les deux secteurs (monopole et concurrence) pour éviter d'aboutir à des subventions croisées – faute de quoi elles peuvent s'attirer les foudres de la Commission de la concurrence, y compris lorsqu'elles sont en partie détenues par le canton. Ces principes sont fixés dans le droit fédéral et ne nécessitent donc pas de réglementation complémentaire dans le droit cantonal.

Le Conseil-exécutif n'ignore cependant pas que des distorsions de la concurrence peuvent persister malgré toutes les mesures déjà adoptées aux plans de la gouvernance et du droit², car elles sont indissociables de l'exploitation d'une entreprise publique. Éliminer ces distorsions de façon radicale supposerait de privatiser entièrement les entreprises publiques et de céder des parts du canton à d'autres organisations chargées de tâches publiques ou à des participations cantonales relevant de l'intérêt public. Cette hypothèse, ou du moins la réduction de la participation cantonale, fait régulièrement l'objet de débats politiques dans le canton de Berne – par exemple récemment dans le contexte de la discussion du rapport « Perspectives concernant la

¹ Pour la définition des « entreprises publiques » et des « participations cantonales », voir l'article 95 de la constitution du canton de Berne (ConstC) et 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) : « Le canton peut participer à des institutions constituées en sociétés relevant du Code des obligations ou en établissements de droit public dotés de la personnalité juridique ou en créer si celles-ci constituent le moyen le plus rentable et le plus efficace pour accomplir la tâche publique considérée ou qu'il existe un intérêt public à cela. L'organisation chargée de tâches publiques ou la participation relevant de l'intérêt public doit être cédée dès que la tâche publique ou l'intérêt public disparaît.

La désignation « organisations chargées de tâches publiques » englobe des institutions constituées en sociétés relevant du Code des obligations ou en établissements de droit public dotés de la personnalité juridique, dans lesquelles le canton détient une participation en qualité de responsable, qui servent à accomplir des tâches publiques et pour lesquelles l'article 95, alinéa 2 ConstC exige une loi spéciale.

Le terme « participations relevant de l'intérêt public » englobe des institutions constituées en sociétés relevant du Code des obligations ou en établissements de droit public dotés de la personnalité juridique, dans lesquelles le canton détient une participation pour défendre l'intérêt public. Dans les Lignes directrices, la désignation « organisations chargées de tâches publiques » s'applique également aux fondations selon les articles 80 et suivants du Code civil suisse (CC, RS 210), dans le conseil de fondation desquelles le canton est représenté pour défendre l'intérêt public. »

² Voir à ce sujet « État et concurrence, impact des entreprises contrôlées par l'État sur les marchés concurrentiels », rapport du Conseil fédéral donnant suite aux postulats 12.4172 du Groupe libéral-radical du 13.12.2012 et 15.3880 Schilliger du 22.09.2015, Berne, 8 décembre 2017, p. 9

participation à BKW SA » durant la session d'été 2021, ou lors du débat sur la motion 278-2021 Brönnimann (Mittelhäusern, pvl) « Le canton de Berne crée les bases légales pour céder sa participation majoritaire dans la BCBE » durant la session d'automne 2021.

La présente motion formule des exigences très générales. Le Conseil-exécutif estime quant à lui que pour évaluer l'éventualité de distorsions de la concurrence, il faut examiner la situation au niveau de chaque entreprise ou institution. Des différences relativement importantes caractérisent en effet les « autres organisations chargées de tâches publiques et participations relevant de l'intérêt public » du canton de Berne, selon leur forme juridique, le taux de participation du canton, leur situation concurrentielle, etc.

Point 1

Ce point de la motion exige « un article définissant le but relatif à la situation de monopole » incluant une « définition précise de ce qu'on entend par services de base ». Selon le Conseil-exécutif, il faut distinguer cela du « but de la participation », autrement dit des raisons pour lesquelles le canton possède une entreprise ou une institution, l'a fondée ou en détient une participation.

Le Conseil-exécutif ne peut en outre pas établir clairement et de manière définitive si cet « article définissant le but relatif à la situation de monopole » désigne exclusivement un article à inscrire dans une loi cantonale ou des dispositions à préciser dans les statuts des « autres organisations chargées d'une tâche publique et participations relevant de l'intérêt public » concernées. Il souligne à cet égard que les sociétés anonymes de droit privé ne sont en principe liées qu'au but défini dans leurs statuts et non à d'éventuelles dispositions en la matière contenues dans des lois cantonales (édictees par l'actionnaire majoritaire ou minoritaire). Toute modification du but social d'une société anonyme privée relève de la compétence exclusive de l'assemblée générale ; cette décision nécessite une majorité qualifiée d'au moins les deux tiers des voix attribuées aux actions représentées et la majorité des valeurs nominales représentées (voir art. 704, al. 1, ch. 1 du Code des obligations [CO ; RS 220]). Ainsi, eu égard aux dispositions fédérales, les lois cantonales récentes sur les participations – par exemple la loi du 21 mars 2018 sur la participation du canton à la BKW SA (loi BKW, LBKW ; RSB 741.3) – ne régissent-elles que la position du canton en sa qualité d'actionnaire.

Si la création d'un article définissant le but relatif à la situation de monopole tel que le demandent les motionnaires ne se réfère pas aux statuts (voir le paragraphe ci-dessus), elle exige en premier lieu une base légale. Dans le canton de Berne, il existe une telle base dans le contexte des participations de l'État pour les « autres organisations chargées de tâches publiques » : cette désignation englobe des institutions constituées en sociétés relevant du Code des obligations ou en établissements de droit public dotés de la personnalité juridique, dans lesquelles le canton détient une participation en qualité de responsable, qui servent à accomplir des tâches publiques et pour lesquelles l'article 95, alinéa 2 de la Constitution du canton de Berne (ConstC) exige une loi spéciale.

Cela concerne actuellement une trentaine d'entreprises et institutions dans le canton de Berne. Il faut à cet égard souligner qu'elles ne sont pas toutes en situation de monopole. Ainsi, par exemple, la Banque cantonale bernoise (BCBE) se trouve-t-elle en concurrence directe avec d'autres banques d'affaires. L'accès au marché est régulé de façon uniforme par l'autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA). La BCBE ne profite par ailleurs ni d'une exonération fiscale, ni de la garantie de l'État, contrairement à d'autres banques cantonales.

L'article définissant le but relatif à la situation de monopole exigé par les motionnaires existe déjà pour certaines « autres organisations chargées de tâches publiques ». Ainsi l'article 4 de la loi sur l'assurance immobilière (LAI ; RSB 873.11) règle-t-il le monopole de l'Assurance immobilière Berne, et l'article 7 ses activités accessoires.

Ces deux exemples montrent qu'il existe des situations très diverses quant à la création de l'article exigée par le point 1 de la motion, et qu'il faut les examiner avec soin à l'échelon de chacune des « autres organisations chargées de tâches publiques ».

Le Conseil-exécutif est prêt à effectuer cet examen dans le cadre des révisions en cours des législations spéciales sur lesquelles se fondent les « autres organisations chargées de tâches publiques ». Il est d'accord avec les motionnaires sur le principe qu'il convient de délimiter le plus clairement possible ce qui est du ressort du monopole et ce qui relève de la concurrence dans les entreprises et institutions dont le canton détient des parts.

Il n'est toutefois pas indispensable de créer un article définissant le but relatif à la situation de monopole pour toutes les « autres organisations chargées de tâches publiques », comme l'illustre l'exemple de la BCBE. Cette nécessité doit plutôt être évaluée au cas par cas. Aussi le Conseil-exécutif propose-t-il d'adopter le point 1 sous forme de postulat.

Point 2

Le Conseil-exécutif s'accorde avec les motionnaires sur le principe qu'il faut garantir la transparence au sujet des participations cantonales à d'« autres organisations chargées de tâches publiques et participations relevant de l'intérêt public ».

C'est la raison pour laquelle il a encore une fois nettement renforcé cette transparence avec l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2021, des 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 [Lignes directrices]). Celles-ci prévoient par exemple la publication d'un rapport annuel sur les « autres organisations chargées de tâches publiques et les participations relevant de l'intérêt public » des premier et deuxième cercles du modèle à trois cercles, rapport contenant également de nombreux indicateurs sur le développement de chaque entreprise et institution.

L'an dernier, le Conseil-exécutif a également décidé de publier sur le site Internet de la Direction des finances les stratégies de propriétaire et de surveillance des « autres organisations chargées de tâches publiques et les participations relevant de l'intérêt public » des premier et deuxième cercles.

Toutefois, il est également apparu que l'influence cantonale connaissait certaines limites – indépendamment du montant de la participation ou de la forme juridique de l'« autre organisation chargée de tâches publiques »—. Pour bon nombre d'« autres organisations chargées de tâches publiques » dont le canton n'est pas le seul propriétaire, il faut aussi tenir compte des droits des participants minoritaires. Et lorsque le canton ne détient lui-même qu'une participation minoritaire, il faut impérativement l'accord des autres participants pour instaurer la transparence exigée (quoi que cette « transparence » puisse signifier concrètement). Soulignons aussi, en particulier, que pour les sociétés anonymes, les dispositions de l'article 697 CO règlent le droit des actionnaires aux renseignements et à la consultation. Il faut également respecter les dispositions du droit boursier (notamment au sujet de la publicité ad hoc).

Ajoutons enfin que, vu l'hétérogénéité des participations cantonales, il ne serait guère judicieux de régler « au niveau supérieur » la « plus grande transparence » exigée au point 2 de l'intervention au sein de certaines entreprises et institutions.

Compte tenu des progrès accomplis ces dernières années en matière de transparence dans le management des participations, le Conseil-exécutif considère qu'il n'est actuellement pas nécessaire de prévoir de (nouvelles) mesures, et que par ailleurs il ne dispose d'aucune possibilité concrète pour ce faire. Il propose par conséquent au Grand Conseil d'adopter et de classer simultanément le point 2 de la motion.

Point 3

Le point 3 de la motion charge le Conseil-exécutif de montrer quelles mesures de conformité seraient appropriées pour assurer une plus grande transparence et mieux faire respecter l'article définissant le but. Le développement précise en outre qu'il convient de mettre en place *« une surveillance ayant pour but de protéger les entreprises privées de la concurrence déloyale des entreprises publiques et parapubliques »*.

Le Conseil-exécutif estime que, pour « faire respecter l'article définissant le but » comme le demande la motion, il faudrait déjà qu'il existe un tel article. Dans sa réponse au point 1, il s'est dit prêt à en envisager la création dans le cadre des révisions en cours des législations spéciales sur lesquelles se fondent les « autres organisations chargées de tâches publiques ».

Il considère par conséquent que dans ces conditions – à savoir sans connaître le contenu concret de chaque article définissant le but – il ne serait à l'heure actuelle pas judicieux d'envisager des mesures de conformité appropriées pour mieux faire respecter un tel article.

Quant à la mise en place d'une surveillance, le Conseil-exécutif considère cette exigence d'un œil critique. Eu égard à l'extrême hétérogénéité des participations cantonales, il ne voit aucune nécessité d'instaurer des structures étatiques supplémentaires qui exigeraient aussi des ressources correspondantes. Il rejette par conséquent le point 3 de la motion.

Destinataire
– Grand Conseil