



Rapport

Date séance CE : 8. mars 2023
Direction : Direction des travaux publics et des transports
Numéro d'affaire : 2021.BVD.8986
Classification : Non classifié

Loi sur la participation du canton à BLS SA et à BLS Netz AG (LBLS)

Table des matières

1.	Synthèse	2
2.	Situation initiale	2
2.1	BLS SA et BLS Netz AG	2
2.2	Création d'une base légale	3
2.2.1	Intervention politique et recommandation de la CGes	3
2.2.2	Mandat constitutionnel	4
2.3	Le rôle du canton au sein de BLS SA et de BLS Netz AG	5
2.3.1	Le canton en tant qu'actionnaire	5
2.3.2	Le canton en tant que commanditaire	6
2.3.3	Le double rôle du canton, à la fois actionnaire et commanditaire	6
2.4	Rôle de la Confédération au sein de BLS SA et de BLS Netz AG	7
2.5	Pouvoirs et droit de surveillance du canton	8
2.5.1	En tant qu'actionnaire	8
2.5.2	En tant que commanditaire	8
2.6	Intérêts du canton et intérêts de la société	10
3.	Principes généraux de la nouvelle réglementation	11
3.1	Nature et étendue de la participation	11
3.2	But de la participation	12
3.3	Exercice des droits	12
4.	Forme de l'acte législatif	12
5.	Comparaison juridique	13
6.	Mise en œuvre, prévision d'évaluation de l'exécution	13
7.	Commentaire des articles	14
8.	Lien avec le Programme gouvernemental de législature (programme législatif) et d'autres planifications importantes	19
9.	Répercussions financières	19
10.	Répercussions sur le personnel et l'organisation	20
11.	Répercussions sur les communes	20
12.	Répercussions sur l'économie	20
13.	Résultat de la procédure de consultation [Texte transmis à l'issue de la procédure de consultation]	20
14.	Proposition	20

1. Synthèse

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

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

2. Situation initiale

2.1 BLS SA et BLS Netz AG

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

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

BLS SA dirige le groupe BLS (voir fig. 1) dans la mesure où elle contrôle ses filiales au travers de participations majoritaires (52 % dans BLS Cargo SA, 100 % dans BLS Immobilien AG, 100 % dans BLS Schifffahrt AG, 90,1 % dans Busland AG, 100 % dans BLS trafic longues distances SA). BLS Netz AG fait également partie du groupe BLS, mais constitue un cas particulier dans la mesure où BLS SA n'en

détient qu'une part minoritaire (minorité de blocage) de 33,4 %. Le canton de Berne détient lui-même 16,5 % des parts de BLS Netz AG. La Confédération est l'actionnaire majoritaire de BLS Netz AG, avec une participation de 50,05 %. Le 0,05 % restant est détenu par les CFF. BLS Netz AG assure l'entretien de l'infrastructure ferroviaire, c'est-à-dire du réseau ferroviaire, gares comprises, et notamment de la ligne reliant Frutigen à Brigue via le tunnel de base du Lötschberg.



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

2.2 Création d'une base légale

À ce jour, la participation du canton de Berne à BLS SA et à BLS Netz AG n'est régie par aucune base légale spécifique. La loi sur les transports publics accorde au canton, en termes généraux, le droit de prendre des participations à des entreprises de transport ou de soumettre ses prestations à la condition qu'il obtienne le droit de siéger et de voter dans les organes directeurs de ces entreprises¹. Cette base légale ne concerne toutefois que la participation en tant que telle. L'étendue d'une participation, les buts visés et la manière dont le canton entend les atteindre peuvent varier d'une participation à l'autre et doivent donc être définis au cas par cas.

2.2.1 Intervention politique et recommandation de la CGes

En 2018, l'intervention Wüthrich (motion 101-2018) avait réclamé la création d'une loi sur la participation à BLS. À l'époque, le Conseil-exécutif avait recommandé de renoncer provisoirement à un projet de loi. Il souhaitait en effet réexaminer l'opportunité d'élaborer une loi sur la participation à BLS à une date ultérieure, en fonction de l'évolution du paysage ferroviaire. Lors de sa session de novembre 2018, le

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

Grand Conseil, suivant la proposition du Conseil-exécutif, a transformé l'intervention en postulat et l'a classé.

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

2.2.2 Mandat constitutionnel

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

Dans ses Lignes directrices sur la gouvernance des entreprises publiques (Lignes directrices)³, le Conseil-exécutif a réparti en trois cercles les organisations chargées de tâches publiques et les entreprises dont le canton est actionnaire. Cette répartition se base sur la taille (total du bilan, chiffre d'affaires, postes à temps plein), le taux de participation du canton, les revenus financiers, les contributions du canton, l'importance et le risque pour le canton. L'intensité de la conduite, du pilotage et de la surveillance est adaptée à chaque cercle. Les participations les plus importantes sont classées dans le premier cercle. Elles sont généralement régies par une législation spéciale. C'est le cas par exemple de la Banque cantonale bernoise BCBE SA, de Bedag Informatique SA, de BKW SA et de l'Université de Berne.

L'entreprise BLS SA est également incluse dans le premier cercle, avec BLS Netz AG. Pour le canton, ces participations sont aussi importantes que les autres entreprises du premier cercle. Bien que le canton ne détienne qu'une part minoritaire de BLS Netz AG, il peut toutefois exercer une influence significative au niveau de BLS Netz AG en tant qu'actionnaire majoritaire de BLS SA, qui dirige le groupe BLS. L'infrastructure ferroviaire, dont l'entretien est assuré par BLS Netz AG, joue par ailleurs un rôle de premier plan dans la réalisation des objectifs visés par le canton à travers sa participation à BLS SA. En conséquence, et conformément au mandat constitutionnel, la nature et l'étendue de chacune de ces participations cantonales à BLS SA et à BLS Netz AG doivent être définies dans une loi.

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

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

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

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

2.3.1 Le canton en tant qu'actionnaire

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

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

Les dispositions du code des obligations relatives à la société anonyme permettent d'accorder au canton un avantage particulier vis-à-vis de la société anonyme, dans la mesure où, lorsqu'il a un intérêt public dans la société, les statuts de celle-ci peuvent lui conférer le droit de déléguer des représentantes et représentants au sein du conseil d'administration⁵. Les statuts de BLS SA et de BLS Netz AG confèrent un tel droit de délégation au canton de Berne. Sur cette base, le canton peut donc déléguer une représentante ou un représentant du canton au conseil d'administration de chacune des deux sociétés. En pratique, il délègue la même personne aux deux conseils d'administration. Le canton statue sur la délégation et la révocation de ce membre du conseil d'administration hors de toute influence des autres actionnaires. À cet égard, le canton jouit d'un droit spécial dont ne disposent pas les actionnaires ordinaires. La manière dont ce droit s'exerce peut être réglée par le droit cantonal. Le canton a établi les règles générales relatives à la durée et à l'exercice du mandat dans l'ordonnance du 24 août 1994 sur les représentants et les représentantes du canton⁶. En vertu de celles-ci, les représentantes et représentants du canton défendent les intérêts du canton au conseil d'administration et, pour les affaires particulièrement importantes, requièrent au préalable les instructions de la Direction concernée (dans le cas de BLS SA et de BLS Netz AG, la Direction des travaux publics et des transports – DTT). Ils doivent en outre signaler les carences constatées et les faits importants à la Direction compétente ; pour les questions relevant de la surveillance des finances, ils s'adressent directement au Contrôle des finances. Le Conseil-exécutif peut édicter d'autres directives relatives à l'exercice du droit de délégation et à l'exercice de la fonction par les membres du conseil d'administration nommés par le canton (représentantes et représentants du canton). Il a fixé des règles plus précises à ce sujet dans les Lignes directrices sur la gouvernance des entreprises publiques. Selon ces dernières, le canton s'impose une certaine retenue en ce qui concerne la représentation de ses intérêts par des membres délégués aux conseils d'administration. En principe, il n'incombe pas (ou plus) à des membres du Conseil-exécutif de représenter ces intérêts. Le Conseil-exécutif a défini un profil d'exigences décrivant les compétences techniques et les compétences personnelles requises pour exercer la fonction de représentante ou de représentant du canton délégué-e au conseil d'administration de BLS SA. La personne désignée sur la

⁴ RS 220.

⁵ Article 762, alinéa 1 CO.

⁶ RSB 153.15.

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

2.3.2 Le canton en tant que commanditaire

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.5 Pouvoirs et droit de surveillance du canton

2.5.1 En tant qu'actionnaire

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

Le statut d'actionnaire et le pourcentage de voix qu'il détient confèrent au canton les pouvoirs prévus par le droit des sociétés anonymes, c'est-à-dire les droits dévolus à un actionnaire envers une société anonyme. BLS SA et BLS Netz AG ont été fondées en tant que sociétés anonymes au sens de l'article 620 ss. CO. D'un point de vue organisationnel, cela distingue BLS SA et BLS Netz AG des sociétés anonymes de droit spécial, comme la Poste Suisse, les CFF ou certaines banques cantonales suisses (mais pas la BCBE), qui sont régies par le droit public fédéral ou cantonal. Contrairement à ces structures, BLS SA et BLS Netz AG ne reposent pas sur un acte de fondation de droit public. Les pouvoirs du législateur cantonal sont fortement limités par le droit privé fédéral. Le statut d'actionnaire de BLS SA et de BLS Netz AG qui est celui du canton est régi par les dispositions du droit fédéral de la société anonyme. Dans la mesure où la Confédération dispose d'une compétence législative exclusive en matière de droit privé (art. 122, al. 1 Cst.), il est impossible d'adopter une quelconque réglementation cantonale complémentaire ou divergente en la matière.

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

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

2.5.2 En tant que commanditaire

Conformément au droit constitutionnel cantonal, les organisations chargées de tâches publiques sont soumises à la surveillance du Conseil-exécutif (art. 78 et art. 95, al. 3 ConstC). La loi règle la nature et

l'étendue de l'attribution de tâches publiques, si celles-ci impliquent des prestations importantes, la restriction de droits fondamentaux ou la perception de contributions publiques (art. 95, al. 2, lit. d ConstC).

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

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

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

Pour toutes ces raisons, il n'est pas prévu que la LBLS régisse la portée de la compétence de surveillance du Conseil-exécutif vis-à-vis de BLS SA. Le domaine de surveillance du Contrôle des finances est réglé dans la révision totale de la loi cantonale sur le Contrôle des finances⁸, qui établit une distinction en fonction du domaine de surveillance motivant un contrôle. Dans un jugement du 25 janvier 2023⁹, le Tribunal administratif s'est penché sur la question des compétences du Contrôle des finances lors du contrôle de l'utilisation des subventions cantonales et des obligations qui en découlent pour BLS SA. Un contrôle de l'utilisation des subventions cantonales porte sur les rapports entre le canton et BLS SA en qualité de bénéficiaire des subventions. Le niveau d'approfondissement avec lequel le Contrôle des finances doit exercer sa surveillance est quant à lui défini autrement que lorsqu'il s'agit de la qualité du canton en tant qu'actionnaire de BLS SA, qui est réglée dans la présente loi. Dans le cas des organisations chargées de tâches publiques et des organisations dont le canton est actionnaire, la surveillance financière consiste seulement à vérifier si les services cantonaux compétents assument leurs tâches de surveillance et de controlling.

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

⁹ VGE 2020/196 du 25 janvier 2023

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

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

2.6 Intérêts du canton et intérêts de la société

Dans la plupart des cas, les intérêts du canton concordent avec ceux de BLS SA et de BLS Netz AG. Des conflits d'intérêts peuvent cependant survenir, par exemple lorsque l'intérêt public que le canton entend défendre à travers sa participation se heurte à l'objectif de rentabilité de la société. Dans le cas des sociétés chargées d'une tâche publique par le canton et subventionnées par ce dernier, les intérêts du canton en tant que partenaire contractuel de la société, mais aussi en tant qu'autorité de surveillance de l'entreprise, entrent également en jeu. La personne déléguée par le canton au conseil d'administration est alors confrontée à un dilemme, puisqu'elle doit tenir compte à la fois des intérêts de la société et de ceux du canton. Dans de tels cas de figure, le droit fédéral autorise le canton à imposer à la personne qui le représente au conseil d'administration de privilégier les intérêts cantonaux. En contrepartie cependant, le canton est tenu responsable des éventuels dommages que pourraient subir la société, ses actionnaires ou ses créanciers.

Dans son rapport d'audit sur BLS SA, la CGes a émis des critiques sur la proximité organisationnelle des offices assumant le rôle de propriétaire et celui de commanditaire. Elle recommande au Conseil-exécutif d'adapter l'organisation de manière à éviter au maximum les conflits d'intérêts. Elle conseille en particulier d'envisager la création d'un centre de compétences pour les participations qui serait propre au canton et qui exercerait la surveillance attendue du propriétaire sur toutes les participations importantes du canton. La Direction des finances a abordé la question du modèle d'encadrement adapté à l'ensemble des participations cantonales importantes et examine la nécessité de mettre en place des mesures. Considérant que les éventuelles mesures organisationnelles ne concerneraient pas uniquement les participations à BLS SA et BLS Netz AG, mais aussi les autres participations cantonales importantes, cette réglementation ne peut être fixée dans le cadre de la LBLS. C'est pourquoi le projet de loi ne comporte aucune disposition à ce sujet.

Le projet de loi inclut cependant un axe important imposant une séparation claire des fonctions de propriétaire et de commanditaire. Pour ce faire, il recourt à un instrument déjà en usage à ce jour, la stratégie dite de propriétaire. Celle-ci permet au Conseil-exécutif de préciser les objectifs qu'il vise avec ses participations à BLS SA et à BLS Netz AG. Il doit y mentionner les éventuels conflits de rôles en

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

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

3. Principes généraux de la nouvelle réglementation

3.1 Nature et étendue de la participation

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

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

BLS Netz AG dispose d'une marge de manœuvre plus limitée pour fixer le cadre de participation. Outre le canton et BLS SA, seuls la Confédération et les CFF comptent parmi ses actionnaires. Tous ces actionnaires, à l'exception des CFF, sont liés par une convention d'actionnaires, ce qui confère à l'actionnariat de BLS Netz AG une stabilité extrêmement forte. La convention d'actionnaires donne à la Confédération la possibilité d'augmenter sa part, faisant du même coup baisser celle du canton de 16,5 % actuellement à 11 %. Afin de tenir compte de cette éventualité, le cadre de la participation à BLS

Netz AG doit être fixé entre 16,5 % (part actuelle) et 11 %. C'est dans ce cadre que le Conseil-exécutif décide ensuite du moment et de l'ampleur d'une modification du niveau de participation. La décision de faire passer la participation au-dessus ou en dessous de ces seuils revient au législateur.

3.2 But de la participation

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

3.3 Exercice des droits

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

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

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

4. Forme de l'acte législatif

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

5. Comparaison juridique

Le statut d'organisation de droit privé de BLS SA et BLS Netz AG influence la relation de ces entreprises avec le canton en tant qu'actionnaire (majoritaire). Cette relation se fonde en premier lieu sur le droit des sociétés anonymes, autrement dit sur le droit fédéral. Les sociétés anonymes de droit privé, même lorsqu'elles sont en partie détenues par les pouvoirs publics, sont fondées par un acte de droit privé et organisées selon des statuts de droit privé eux aussi. Cette particularité les distingue fondamentalement des entreprises de transport relevant d'un régime juridique de droit public, à l'instar de certains établissements de droit public (p. ex. Verkehrsverbund Luzern, Basler Verkehrs-Betriebe) ou de droit spécial, c'est-à-dire des sociétés anonymes de droit public (p. ex. les CFF). Le droit fédéral privé ne s'applique pas à ces dernières ; leur fondation et leur organisation sont régies par un acte législatif de droit public. Le législateur bénéficie ainsi d'une toute autre marge de manœuvre que lorsqu'il prend des participations à une société anonyme de droit privé. Du fait de cette différence fondamentale, il est difficile d'opérer une comparaison juridique entre les réglementations applicables aux entreprises de transport organisées selon le droit public et la loi sur la participation du canton de Berne à BLS SA et à BLS Netz AG.

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

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

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

6. Mise en œuvre, prévision d'évaluation de l'exécution

La LBLS vise à créer la base légale exigée par la Constitution pour maintenir la situation actuelle. Les participations du canton à BLS SA et à BLS Netz AG n'en sont nullement modifiées. Si l'adoption de la

loi permet de fixer de façon contraignante les objectifs visés avec lesdites participations, celles-ci restent cependant fondamentalement les mêmes.

L'article 7 oblige le Conseil-exécutif à préciser et à pondérer dans une stratégie de propriétaire les objectifs fixés par la loi. Il doit prendre des mesures organisationnelles et conceptuelles pour éviter les conflits de rôles et assurer la surveillance attendue du propriétaire. Ces instruments de gouvernance ne sont eux-mêmes pas nouveaux ; le canton dispose déjà d'une stratégie de propriétaire et d'une stratégie de surveillance pour ses participations à BLS SA et à BLS Netz AG, stratégies elles-mêmes complétées par d'autres instruments de contrôle de la participation, comme les Lignes directrices sur la gouvernance des entreprises. Ces instruments doivent être utilisés de façon adaptée à la situation et actualisés ou affinés si nécessaire. L'exécution est évaluée dans le cadre de la haute surveillance exercée par le Grand Conseil sur l'administration (art. 78 ConstC).

7. Commentaire des articles

Article 1 – Objet

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

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

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

Article 2

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

Conformément au projet de loi, les participations du canton à BLS SA et à BLS Netz AG contribuent à la réalisation des objectifs cantonaux en matière de politique de mobilité, de politique environnementale et d'aménagement du territoire.

En juillet 2022, le Conseil-exécutif a adopté une nouvelle stratégie de mobilité globale. Celle-ci a pour objectif de mettre en place un système de mobilité durable qui contribue au développement économique et à l'épanouissement de la société tout en préservant les ressources naturelles. La Stratégie de mobilité globale comporte différents champs d'action dans le domaine de l'aménagement du territoire et de la planification des transports, organisés autour des axes directeurs suivants : « éviter », « transférer », « gérer harmonieusement » et « mettre en réseau » le trafic. Elle accorde notamment une importance

significative à l'attractivité et à la pertinence de l'offre de transports publics. Dans la mesure où elles fournissent des prestations d'infrastructure et de transport dans le domaine des transports publics, mais aussi du trafic de loisirs, du trafic touristique et du transport de marchandises, les sociétés du groupe BLS sont en premier lieu concernées par les axes directeurs « transférer » (de la route au rail, en l'occurrence) et « mettre en réseau » (p. ex. à l'aide d'offres intermodales) de la stratégie de mobilité globale, pour lesquels elles présentent un potentiel de mise en œuvre considérable. La délimitation du but permet d'insérer dans la politique de mobilité les participations du canton au capital de BLS SA et de BLS Netz AG. L'objectif de politique environnementale dépasse la seule stratégie de mobilité et englobe notamment la protection de la nature ainsi que l'économie et la préservation des ressources. Les objectifs relatifs à l'aménagement du territoire ont tout particulièrement trait à la fonction de desserte assurée par BLS SA dans les transports publics régionaux, fonction qui contribue à une urbanisation ordonnée et donc à une utilisation mesurée des sols.

Il va de soi que la réalisation des objectifs susmentionnés présuppose une infrastructure adéquate. BLS Netz AG est intégrée au sein du groupe BLS. Elle se trouve sous la direction unique de BLS SA tant que la Confédération, actionnaire majoritaire de BLS Netz AG, accepte que BLS SA assure cette direction unique. L'autonomie juridique de BLS Netz AG distingue le groupe BLS des autres entreprises ferroviaires, où l'infrastructure représente la plupart du temps un secteur d'activité de l'entreprise principale (sans externalisation juridique). Au sein du groupe BLS, du fait de l'externalisation juridique du domaine de l'infrastructure au profit de BLS Netz AG, le canton de Berne peut défendre ses intérêts en matière d'infrastructure non seulement en tant qu'actionnaire de la maison-mère, mais aussi en tant qu'actionnaire direct de BLS Netz AG.

La garantie de la desserte de base par les transports publics régionaux occupe une place centrale dans les objectifs visés avec la participation. C'est la raison pour laquelle elle est particulièrement mise en avant à l'alinéa 2. La desserte de base par les transports publics est une mission de service public assurée par la Confédération et le canton (art. 81a Cst., art. 28, al. 1 LTV¹⁰). Le canton l'assume principalement en qualité de commanditaire de prestations de transport. Par ailleurs, en tant qu'associé (actionnaire) de BLS SA et de BLS Netz AG, il contribue également à la disponibilité d'une offre de prestations à la fois abordable et de bonne qualité dans le domaine du trafic régional. Ce double rôle entraîne des conflits d'intérêts qui sont, dans une certaine mesure, inhérents au système et que la législation ne pourra donc jamais éliminer complètement. Il s'agit plutôt de proposer une réglementation adaptée pour gérer ces probables conflits d'intérêts. Alors que le droit fédéral règle en détail l'exercice de la fonction de commanditaire, laissant peu de marge de manœuvre pour des prescriptions cantonales dans ce domaine, il n'en va pas de même pour la fonction de propriétaire. Avec l'article 2, alinéa 2 du projet de loi, le canton s'engage à faire usage des droits que lui confère sa participation à BLS SA et BLS Netz AG pour contribuer à la garantie de la desserte de base par les transports publics régionaux.

Article 3

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

Le fait de fixer le seuil minimal de participation à « plus de 50 % » assure au canton la majorité des voix à l'assemblée générale, qui se prononce entre autres sur l'approbation des comptes du groupe et élit les membres du conseil d'administration et de l'organe de révision. Cela correspond à l'influence qu'exerce

¹⁰ Loi sur le transport des voyageurs du 20 mars 2009 (LTV, RS 745.1)

le canton avec sa participation actuelle. Il n'est pas prévu d'augmenter la participation à brève échéance. Le projet de loi prévoit toutefois une relative flexibilité à la hausse. En fixant le plafond maximal à 70 %, le législateur indique clairement la nécessité de respecter le quota de parts actuellement détenues par la Confédération, d'autres cantons et certaines communes (29,06 % au total). Avec une participation de 70 %, le canton pourrait par ailleurs, lors de l'assemblée générale, remporter les votes concernant des décisions qui requièrent une majorité qualifiée. Une participation plus importante ne présenterait pas d'avantages supplémentaires et ne serait donc pas judicieuse d'un point de vue économique.

Article 4

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

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

Article 5

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

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

Article 6

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

La position du canton se distingue de celle des autres actionnaires en ce que les statuts de BLS SA et de BLS Netz AG lui accordent le droit de déléguer une représentante ou un représentant au conseil d'administration de chacune des deux sociétés. Le droit fédéral privé autorise cette spécificité, qui implique cependant pour le canton la possibilité d'être tenu responsable des agissements du membre délégué par ses soins au conseil d'administration. Le canton a tout intérêt à conserver le droit de

délégation, qui va dans le sens des buts définis à l'article 2. En sa qualité d'actionnaire, il doit donc agir dans cette optique. Le canton est en mesure d'assurer le maintien de son droit de délégation au sein de BLS SA grâce à son statut d'actionnaire majoritaire de cette société. Il est en revanche actionnaire minoritaire dans BLS Netz AG. Mais dans cette position, il peut et doit recourir à d'autres moyens que l'exercice du droit de vote pour faire en sorte de conserver son droit de délégation au sein de BLS Netz AG également.

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

Il n'est ainsi pas interdit au canton d'obtenir un droit à certaines informations lorsqu'il communique avec BLS SA en sa qualité de commanditaire et non d'actionnaire. Mais il ne doit pas s'immiscer dans les décisions de stratégie ou de gestion, car il s'exposerait alors à un risque de responsabilité en tant qu'« organe de fait ». Un tel risque existe également lorsque le canton influe activement sur la stratégie de l'entreprise ou sur la direction par l'intermédiaire du membre qu'il a délégué au conseil d'administration. S'il lui donne une directive à l'opposé des intérêts de la société, il peut être poursuivi en justice pour les dommages qu'il aura ainsi occasionnés à la société, à ses actionnaires ou à ses créanciers. Le droit cantonal ne peut modifier ces conditions générales relevant du droit fédéral.

Article 7

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

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

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

Le Conseil-exécutif doit donc définir une stratégie de propriétaire pour mettre en œuvre lesdits buts et prendre des mesures organisationnelles et conceptuelles afin d'éviter les conflits de rôles et d'assurer la surveillance attendue du propriétaire. Il s'agit là d'instruments de gouvernance éprouvés, par ailleurs

prévus à l'article 16f de la loi du 15 juin 2022 sur les finances de la Confédération (LFC)¹¹ et déjà utilisés par le canton. La stratégie de propriétaire doit permettre de préciser et de pondérer les objectifs définis dans la loi. Elle sert de ligne directrice au Conseil-exécutif lorsque celui-ci doit prendre des décisions concrètes. En raison du lien étroit qui les unit, les stratégies de propriétaire de BLS SA et de BLS Netz AG sont actuellement synthétisées dans un seul document. La nouvelle réglementation ne l'exclut pas.

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

La surveillance attendue du propriétaire est souvent confondue ou mélangée avec la surveillance de droit public exercée sur les organisations chargées de tâches publiques. Le canton peut faire usage des droits que lui garantit le droit des sociétés anonymes pour exercer ses compétences de surveillance de droit public (voir article 6 ci-dessus) qui, dans cette mesure, peuvent elles aussi être incluses dans la stratégie de surveillance. Néanmoins, la surveillance attendue du propriétaire et celle exercée sur les organisations chargées de tâches publiques ont des visées divergentes, voire contradictoires (voir chiffre 2.6 ci-dessus). Le Conseil-exécutif doit inclure dans ses instruments de gouvernance la gestion de situations où différents intérêts du canton, liés à ses différents rôles, se télescopent. En amont, il convient de prendre des mesures organisationnelles empêchant qu'une seule et même personne puisse assumer les rôles distincts de propriétaire et de commanditaire. Dans le domaine du transport régional indemnisé, la législation fédérale impose que la fonction de commanditaire et le siège au conseil d'administration soient occupés par deux personnes distinctes. Au niveau du canton, les Lignes directrices sur la gouvernance des entreprises publiques exigent non seulement deux personnes distinctes à ces rôles, mais aussi deux organisations différentes. Cette exigence est transposée dans le droit d'organisation relevant du canton : la fonction de propriétaire est assurée par le Secrétariat général de la DTT, tandis que l'OTP se charge de la procédure de commande (voir chiffre 2.3.3 ci-dessus).

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

Article 8

La relation entre le canton et le membre du conseil d'administration délégué par ses soins est régie par l'ordonnance du 24 août 1994 sur les représentants et les représentantes du canton (RSB 153.15). Dans le cas de délégués externes (autrement dit, qui ne sont pas des employés du canton), un contrat de mandat écrit est conclu, dans lequel le canton consigne ses attentes vis-à-vis de sa déléguée ou de son

¹¹ Délai du référendum fixé au 6 octobre 2022 ; voir 2020.FINGS.110

délégué. Si la représentante ou le représentant du canton est employé-e par le canton, ces attentes peuvent être formulées dans le descriptif de poste.

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

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

Récemment, la question du niveau d'approfondissement avec lequel le Contrôle des finances doit exercer sa surveillance de la participation du canton à BLS SA et par conséquent, celle des informations à communiquer à cet organe, ont suscité plusieurs discussions. Elles ont déjà été traitées par le législateur dans le cadre de la révision totale de la loi cantonale sur le Contrôle des finances (LCCF ; RSB 622.1), en vigueur à partir du 1^{er} janvier 2023. Ainsi, dans le cas des entreprises dont le canton est actionnaire et des organisations chargées de tâches publiques, le Contrôle des finances, dans le cadre de sa mission de surveillance, se borne à vérifier si les services cantonaux compétents assument leurs tâches de surveillance et de controlling.

8. Lien avec le Programme gouvernemental de législature (programme législatif) et d'autres planifications importantes

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

9. Répercussions financières

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

10. Répercussions sur le personnel et l'organisation

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

11. Répercussions sur les communes

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

12. Répercussions sur l'économie

L'évaluation effectuée sur la base de la liste de contrôle pour l'analyse d'impact de la réglementation a montré que le projet n'a dans l'ensemble pas de répercussions notables sur la charge administrative ou financière des entreprises ou sur l'économie.

13. Résultat de la procédure de consultation

[Texte transmis à l'issue de la procédure de consultation]

14. Proposition

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

Berne, le [date]

Au nom du Conseil-exécutif

La présidente : Christine Häsler

Le chancelier d'État : Christoph Auer