

**Jean-Baptiste Zufferey**

*Professeur à l'Université de Fribourg*  
Rue des Grives 5  
CH - 1762 Givisiez

---

Université :  
tél. 026 300 81 02  
fax 026 300 96 82  
E-mail : jean-baptiste.zufferey@unifr.ch

**Avis de droit**

**LA NOTION DE  
« BÂTIMENT PUBLIC »  
DANS LA  
LEGISLATION FRIBOURGEOISE SUR L'ENERGIE**

**Complément relatif aux entités en main indirecte de l'Etat**

<b>PLAN</b>	<b>Page</b>
I. Introduction	2
II. Les conclusions de l'avis du 4 août 2016	2
III. La position dominante indirecte de l'Etat	3
1. La situation	3
2. L'application des conclusions de l'avis de droit	3
3. Trois autres éléments pertinents	4
IV. Les conclusions	5

## I. INTRODUCTION

En date du 4 août 2016, j'ai rendu un avis de droit portant sur la question de savoir comment comprendre le vocable « bâtiment public » qui figure aux art. 5 al. 3 LEn et 23 al. 1 REn.

Par courrier du 13 octobre 2017, le Service cantonal de l'énergie (M. Serge Boschung, Chef de service) m'a demandé si les conclusions de mon avis étaient aussi applicables aux bâtiments en main des filiales d'entreprises de l'Etat, par exemple pour les sociétés appartenant à Groupe E SA que sont Groupe E Connect SA, Entretec SA ou encore Celsius SA. C'est sur cette seule question que portent les paragraphes du présent complément.

A nouveau, je me concentre sur les aspects juridiques de la question et je ne me prononce pas sur d'autres éléments, qu'ils soient techniques (faisabilité) ou économiques (surcoûts à court terme).

## II. LES CONCLUSIONS DE L'AVIS DU 4 AOÛT 2016

En se limitant à celles qui sont pertinentes pour le présent complément, mes conclusions du 4 août 2016 étaient les suivantes :

1. Le vocable « bâtiment public » des art. 5 al. 3 LEn et 23 al. 1 REn n'est pas défini dans la législation. Il doit être interprété. C'est là une question de droit.
2. Cette question requiert une analyse de droit public, actuel et cantonal.
3. Elle porte sur le caractère « public » du bâtiment.
4. Les quatre méthodes d'interprétation usuelles en droit public (interprétation littérale, historique, systématique et téléologique) plaident toutes en faveur d'une interprétation large de ce qualificatif « public ».
5. Doit dès lors être qualifié de « public » tout bâtiment dont une partie prépondérante au moins est en main de :
  - l'Etat, parce qu'il en est propriétaire (patrimoine administratif ou financier) ou qu'il l'a subventionné.
  - les établissements ou corporations, de droit public ou de droit privé, dans lesquels l'Etat détient une position dominante.
  - les communes (patrimoine administratif ou financier), associations de communes et autres corporations de droit public.

### III. LA POSITION DOMINANTE INDIRECTE DE L'ETAT

#### 1. La situation

Groupe E est en main prépondérante de l'Etat (78% du capital-actions et représentation majoritaire au conseil d'administration) ; les trois entreprises précitées sont en main totale ou prépondérante de Groupe E SA (capital et représentation au sein des conseils d'administration).

L'Etat a ainsi une position dominante au sein de Groupe E SA : en tant que propriétaire, il fixe la stratégie de l'entreprise, que ce soit au travers de ses délégués à l'assemblée générale ou des lettres de mission de ses représentants au conseil d'administration<sup>1</sup> ; comme actionnaire majoritaire, il peut en outre révoquer les administrateurs qui ne seraient plus en adéquation avec sa stratégie.

La position dominante de l'Etat au sein des entreprises-filles de Groupe E SA n'est qu'indirecte : (1) Groupe E SA a une position dominante en leur sein ; (2) c'est au travers de Groupe E SA que l'Etat peut exercer un certain contrôle sur leur activité.

A priori, il est possible d'extrapoler cette situation au sein du groupe Groupe E pour tous les autres cas où l'Etat exerce une position dominante au sein d'entreprises ; ainsi pour les filiales de TPF Holding SA (entreprise à 75% en main de l'Etat) : TPF Immobilier SA et TPF Trafic SA appartiennent à 100% à TPF Holding SA ; par contre, TPF Infrastructure SA ne lui appartient qu'à 33.3% (66.6% en main de la Confédération).

#### 2. L'application des conclusions de l'avis de droit

La législation fribourgeoise ne répond pas expressément à la question posée. Il s'agit dès lors de l'interpréter :

1. Comme exposé dans l'avis de droit, les interprétations littérales et historiques des art. 5 al. 3 LEn et 23 al. 1 REn fondent une application large du qualificatif « public », qui englobe tous les bâtiments dont une partie prépondérante est en main d'entités proches de l'Etat. Dans cette perspective, les bâtiments des sociétés-filles majoritairement en main de Groupe E SA ou de TPF Holding SA sont publics.
2. L'interprétation systématique des dispositions précitées va également dans le sens d'une interprétation large : sont publics tous les bâtiments des entités que l'Etat maîtrise. En l'absence d'une disposition légale spécifique, il ne serait pas logique de limiter cette maîtrise à la maîtrise directe ; en effet : (1) les entreprises concernées auraient là un moyen de contourner aisément les exigences que la loi impose à l'Etat. (2) Il serait même possible de dire que l'art. 5 al. 3 LEn ne s'applique pas aux entités de droit public appartenant à l'Etat puisque seul ce dernier est nommé expressément ;

---

<sup>1</sup> Contrairement à d'autres cantons (VD, VS, GE), Fribourg n'a pas de loi sur la gestion des participations de l'Etat au sein des entreprises, mais il a adopté une directive en la matière en date du 21 juin 2016.

à l'évidence, ce n'est pas ce que le législateur cantonal a pu souhaiter. (3) De manière générale dans les réglementations économiques, le souci est toujours d'éviter une fraude à la loi par le truchement d'entités juridiques intermédiaires. Exemples : art. 5 et 6 LFAIE (acquisition d'immeubles) pour les personnes morales dans lesquelles des personnes à l'étranger ont une position dominante ; art. 8 AIMP (marchés publics) pour les entreprises publiques dans lesquelles l'Etat exerce directement ou indirectement une position dominante.

3. La LEn a pour but de mettre en œuvre le principe d'exemplarité. Dans cette interprétation téléologique, il serait étonnant que l'entreprise appartenant à l'Etat et qui est la plus importante du canton en matière énergétique (Groupe E) puisse échapper à ce principe en ayant recours – certes pas pour cette raison – à des subdivisions juridiques internes. Il serait tout aussi étonnant que TPF Holding SA puisse se soustraire à ce principe pour deux des trois sociétés au travers desquelles elle déploie ses activités. Dans cette perspective aussi, une base légale expresse serait nécessaire pour fonder une exemption et battre en brèche le principe d'exemplarité.

### 3. Trois autres éléments pertinents

Ils viennent confirmer l'interprétation large retenue au paragraphe qui précède :

1. L'art. 22 al. 1 REn utilise la formulation : « les bâtiments appartenant à l'Etat et aux communes ». S'il avait voulu limiter les entités étatiques qui sont soumises à la politique d'exemplarité, le législateur fribourgeois aurait pu utiliser une formulation plus précise, à l'instar de ce qu'ont fait les législateurs vaudois ou valaisan, et qui eux non plus ne semblent pourtant pas vouloir exclure les bâtiments appartenant aux filiales des entreprises cantonales. L'art. 24 du Règlement d'application de la loi vaudoise sur l'énergie statue : « bâtiments... dont l'Etat de Vaud est propriétaire ou dans lesquels il a une participation financière majoritaire »<sup>2</sup> ; l'art. 28 al. 1 de l'OURE-VS dit : « les constructions et installations appartenant au canton, aux communes et à toute autre collectivité publique »<sup>3</sup>.
2. Les cantons se doivent d'adopter une politique énergétique ambitieuse : agir dans leur champ d'activité au sens large (administration, infrastructure)<sup>4</sup>. La politique d'exemplarité actuelle est issue de la Conférence des directeurs cantonaux de l'énergie (EnDK) qui a édicté les MoPEC et les principes directeurs qui s'appliquent aux « bâtiments des pouvoirs publics ». Dans le MoPEC 2014, on trouve l'idée que : « Lorsque les exigences de qualité sont déjà clairement exprimées dans les documents d'appel d'offres, le travail supplémentaire nécessaire pour atteindre cette qualité est relativement modeste. La mise en œuvre de cette politique passe par des prescriptions imposées aux collectivités publiques »<sup>5</sup>. Chaque année, l'OFEN établit un benchmarking des politiques énergétiques cantonales et des organismes qui sont impliqués ; en 2017, le Conseil d'Etat assure en ce sens que Groupe E SA ainsi que sa

<sup>2</sup> RLVLEnc ; RS-VD 730.01.

<sup>3</sup> Ordonnance valaisanne du 9 février 2011 sur l'utilisation rationnelle de l'énergie dans les constructions et installations ; RS-VS 730.100. Les directives techniques et énergétiques s'appliquant aux bâtiments de l'Etat ou subventionnés mettent en œuvre les obligations du canton qui découlent de l'art. 28 OURE-VS.

<sup>4</sup> Conférence des directeurs cantonaux de l'énergie, Principes directeurs de la politique énergétique, Berne, mai 2012, p. 17 et 37 ; Politique des bâtiments 2050, in : OFEN (édit.), Etat de la politique énergétique dans les cantons 2017, juillet 2017, p. 11,12.

<sup>5</sup> Conférence des directeurs cantonaux de l'énergie, MoPEC 2014, Etat le 9.01.2015.

filiale Groupe E Celsius SA participeront à la prochaine édition<sup>6</sup>. La filiale Celsius est ainsi vue par l'OFEN comme un partenaire important, un « pouvoir public » dont le comportement devrait être exemplaire.

3. Il est possible que le principe d'exemplarité occasionne pour les filiales des entreprises de l'Etat des coûts supplémentaires – en tout cas à court terme – et des complications techniques. Dans ce contexte de concurrence, on citera cependant un arrêt récent du Tribunal cantonal fribourgeois en matière de marchés publics qui protège la conception de la DAEC lorsqu'elle met en œuvre le devoir d'exemplarité dans un bâtiment d'une entité étatique tierce (l'Université de Fribourg) : « L'autorité pouvait considérer le marché (CVSE) comme étant très complexe et valoriser les aspects qualitatifs. Elle a estimé que les enjeux énergétiques majeurs du projet lui commandaient, en vertu de son devoir d'exemplarité, de jouer un rôle de précurseur tant dans le domaine de l'économie d'énergie, de l'augmentation de l'efficacité énergétique que de l'utilisation et de l'encouragement des énergies renouvelables. En l'occurrence, ce devoir d'exemplarité s'applique à la production de chaleur, ainsi qu'à l'installation de chauffage et de production d'eau chaude. C'est dans l'application de ce devoir d'exemplarité et dans l'application de la loi sur l'énergie que réside la notion de complexité de cet édifice, qui impose une tâche difficile aux mandataire. »<sup>7</sup>

#### IV. LES CONCLUSIONS

Au terme de cette analyse complémentaire, je parviens aux conclusions suivantes :

1. Sont « publics » les bâtiments en main prépondérante de toutes les entités dans lesquelles l'Etat a une position dominante, même indirecte.
2. Tel est le cas pour les sociétés qui sont des filiales en main majoritaire de sociétés dans lesquelles l'Etat est actionnaire majoritaire. Il en va de même pour les filiales de filiales.

Fribourg, le 24 novembre 2017

J.-B. Zufferey

<sup>6</sup> Conseil d'Etat, Réponse du 29 août 2017 à un instrument parlementaire – Question Marmier : Participation de Groupe E et Groupe E Celsius à l'étude comparative des entreprises d'approvisionnement en énergie, 2017-CE-120.

<sup>7</sup> Arrêt du TC FR 602 2016 35 et 26 (5.4.2017), partie En fait lit. E.