



ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

Autorité cantonale de la transparence, de la
protection des données et de la médiation ATPrDM
Kantonale Behörde für Öffentlichkeit, Datenschutz
und Mediation ÖDSMB

La préposée cantonale à la transparence
La préposée cantonale à la protection des données
a.i.

Rue des Chanoines 2, 1700 Fribourg

T +41 26 322 50 08
www.fr.ch/atprdm

—

Réf : MS 2022-Trans-224
T direct : +26 305 59 73
Courriel : martine.stoffel@fr.ch

Recommandation du 26 janvier 2023

selon l'article 33 de la loi sur l'information et l'accès aux documents
(LInf)

concernant la requête en médiation entre

l'Association _____

et

Groupe E SA

I. La préposée cantonale à la transparence constate :

1. Le 17 novembre 2022, l'Association _____ (la requérante), par l'intermédiaire de son mandataire, Maître Thierry Gachet, a demandé à Groupe E SA l'accès à « [l]a convention en vertu de laquelle Groupe E Greenwatt SA et SIG ont prévu que ces derniers pourraient prendre une possible participation maximale de 33% dans les projets du « Massif du Gibloux » et de « Côte du Glaney », inscrits au plan directeur cantonal, pour autant que ces projets voient le jour et soient développés par Groupe E Greenwatt »,

conformément à la loi cantonale du 9 septembre 2009 sur l'information et l'accès aux documents (LInf ; RSF 17.5).

2. Le 15 décembre 2022, Groupe E SA s'est déterminée en refusant l'accès au document sollicité au motif que « *Groupe E Greenwatt n'est pas soumise à la LInf puisqu'elle n'accomplit pas de tâche publique* » et que « *la LInf ne s'applique pas aux activités économiques exercées en situation de concurrence, telles que le développement de parcs éoliens* ».
3. Le 21 décembre 2022, la requérante a déposé auprès de la préposée cantonale à la transparence (la préposée) une requête en médiation au sens de l'article 33 alinéa 1 LInf, ainsi qu'une copie de sa demande d'accès du 17 novembre 2022 adressée à Groupe E SA et la détermination de cette dernière du 15 décembre 2022, contre le refus de Groupe E SA d'accéder à sa demande. La requérante a exposé que « *la demande d'accès a été déposée auprès de Groupe E SA [car] [...] elle détient le document requis* », qu'elle « *est assujetti à la LInf* », que « *le document requis est un document officiel au sens de la LInf, car il porte sur une tâche publique* », « *[q]ue la mise en œuvre de cette tâche publique ait lieu dans une situation de concurrence ne joue aucun rôle* », que « *[l]a production d'énergie renouvelable largement subventionnée, est destinée à la mise en œuvre du mandat légal d'approvisionnement en électricité attribué à Groupe E SA* », que « *[c]e mandat constitue une tâche publique* » et que « *[s]'ajoute à cela que le document requis a un lien avec l'inscription au plan directeur cantonal des sites éoliens concernés* ».
4. Le 23 décembre 2022, la préposée a invité les parties à une séance de médiation, octroyant un délai au 11 janvier 2023 à Groupe E SA pour se déterminer sur la requête ou donner accès aux documents. En vertu de l'article 41 alinéa 3 LInf, elle a également demandé à Groupe E SA de lui faire parvenir une copie des documents demandés.
5. Une séance de médiation s'est tenue le 17 janvier 2023 en présence de _____ et _____ et de _____ (représentants de Groupe E SA), et Maître Thierry Gachet, _____, _____, et _____ (pour la requérante).
6. Pendant la séance de médiation, la requérante a transmis deux extraits de powerpoint datés du 4 février 2016 et du 11 janvier 2017 de Groupe E Greenwatt SA (Développement éolien potentiel en « Glâne-Sud & Veveyse » et Développement éolien à Vuisternens-dt-Romont : potentiels et collaboration) à la préposée, que cette dernière a transmis à Groupe E SA par courriel le 23 janvier 2023. Dans ce document, obtenu à travers une demande d'accès, Groupe E Greenwatt SA indique entre autres qu'il « *n'y a dès lors plus de concurrence entre développeurs éoliens sur sol fribourgeois* ».
7. La médiation ayant échoué, la préposée formule dès lors la recommandation qui suit.

II. La préposée considère ce qui suit :

A. Considérants formels

8. En vertu de l'article 33 alinéa 1 LInf, toute personne qui a demandé l'accès ou qui a fait opposition en tant que tiers peut, dans les trente jours qui suivent la détermination de l'organe public, déposer par écrit et contre celle-ci une requête en médiation auprès de la

préposée. En l'absence de requête, la détermination est considérée comme acceptée (art. 14 al. 1 de l'ordonnance cantonale du 14 décembre 2010 sur l'accès aux documents, OAD ; RSF 17.54). La personne qui a demandé l'accès peut, si l'organe public ne répond pas dans les délais prévus, déposer une requête en médiation comme si l'accès avait été refusé (art. 13 al. 3 OAD). La requête en médiation a été faite dans les délais et est dès lors recevable.

9. La préposée conduit librement la procédure de médiation et s'efforce d'amener les parties à un accord (art. 14 al. 2 OAD).
10. Si la médiation aboutit, l'accord est consigné par écrit et devient immédiatement exécutoire (art. 14 al. 3 OAD).
11. Lorsque la médiation échoue ou n'aboutit pas dans les vingt jours qui suivent le dépôt de la requête, la préposée établit à l'intention des parties une recommandation écrite qu'elle leur adresse dans les dix jours qui suivent (art. 33 al. 2 LInf et 14 al. 4 OAD).
12. Lorsqu'une recommandation a été émise, l'organe public rend d'office une décision ; s'il se rallie à la recommandation, le renvoi à cette dernière peut faire office de motivation (art. 33 al. 3 LInf).

B. Considérants matériels

a) Documents officiels

13. Les documents sollicités concernent une convention conclue entre Groupe E Greenwatt SA et les Services Industriels de Genève (SIG) dans le domaine de l'énergie renouvelable. Groupe E SA a transmis à la préposée sous l'angle de l'article 41 alinéa 3 LInf deux documents, à savoir le contrat de droit d'options et le protocole d'accord y relatif. Ces deux documents sont en possession de Groupe E SA et d'une de ses filiales, Groupe E Greenwatt SA. Ses actionnaires sont Groupe E SA à 90% et le Canton de Neuchâtel à 10%. Groupe E Greenwatt SA est donc dominée par Groupe E SA, qui en détermine la politique commerciale¹.
14. Il s'agit de documents officiels, ils contiennent des informations enregistrées sur un support quelconque et qui concernent l'accomplissement d'une tâche publique (art. 22 al. 1 LInf et art. 2 OAD), qui ont atteint leur stade définitif d'élaboration car ils ont été signés et approuvés (art. 2 al. 2 let. a OAD).
15. Ils concernent l'exploitation de l'énergie éolienne et contiennent dès lors des informations sur l'état de l'environnement tels que l'air, le paysage et les sites naturels entre autres (art. 22 al. 4 LInf). Ils entrent dans la catégorie d'informations sur l'environnement au sens de l'article 2 chiffre 3 de la Convention du 25 juin 1998 sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (Convention d'Aarhus ; RS 0.814.07).
16. L'accès aux documents doit par conséquent être accordé en principe (art. 20 al. 1 LInf).

¹ www.greenwatt.ch/fr/116 (consulté le 23.01.2023).

b) Soumission de Groupe E à la LInf

17. Les personnes privées et les organes d'institutions privés qui accomplissent des tâches de droit public, dans la mesure où ils peuvent édicter des règles de droit ou rendre des décisions au sens du code de procédure et de juridiction administrative du 23 mai 1991 (CPJA ; RSF 150.1) sont soumis à la LInf (art. 2 al. 1 let. b LInf). Il s'agit là de deux conditions cumulatives.
18. L'article 54 alinéa 1 de la Constitution du canton de Fribourg du 16 mai 2004 (Cst. ; RSF 10.1) prévoit que l'Etat et les communes peuvent déléguer des tâches à des tiers, à condition que la délégation soit prévue dans une loi ou un règlement communal, qu'elle soit justifiée par un intérêt public prépondérant et que la protection juridique soit assurée.
19. L'attribution d'une tâche de droit public à une personne de droit privé repose sur trois conditions :
 - > « elle doit être justifiée et guidée par le souci de servir l'intérêt public »
 - > « la collectivité publique doit exercer une surveillance sur l'accomplissement des tâches confiées » ;
 - > « une base légale formelle qui [circonscri]t de manière claire et précise le domaine d'activité visé »².
20. Groupe E SA est une société de droit privé, à savoir une société anonyme de droit privé régie par les articles 620 CO (Code des obligations ; RS 220). L'article 1 des statuts de la société mentionne que « [l]a société résulte de la transformation, sans liquidation, en société anonyme des Entreprises Electriques Fribourgeoises, établissement de droit public distinct de l'Etat » et que « [c]ette transformation a été décidée par la Loi du Grand Conseil du Canton de Fribourg du 19 octobre 2000, adoptée en votation cantonale du 10 juin 2001 »³. Selon le rapport de gestion 2021 de Groupe E SA, l'Etat de Fribourg détient 80,291% des actions de la société. Les autres actionnaires sont d'autres investisseurs institutionnels (8%), Groupe E propres actions (5,398%), l'Etat de Neuchâtel (2,5%), Viteos (1,848%), les communes neuchâteloises (0.836%), la Banque Cantonale Neuchâteloise (0,364%) et la Société Electrique du Val-de-Travers (0,096%)⁴.
21. Selon l'article 2 alinéas 1-3 de la loi cantonale du 19 octobre 2000 sur le statut des Entreprises électriques fribourgeoises et de leur Caisse de pensions (RSF 772.1.1), l'Etat exerce ses droits d'actionnaire par l'intermédiaire du Conseil d'Etat, il reste l'actionnaire majoritaire et une cession des actions de l'Etat impliquant la perte de la majorité du capital-actions ou des voix attachées aux actions que l'Etat conserve est soumise à l'approbation du Grand Conseil.

² DUBEY JACQUES / ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, Droit administratif général, Bâle 2014, p. 36, N 109, HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich 2020, N 1817, p. 410. A ce sujet voir aussi TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, Berne 2014, 1/pp. 88-94 NN 1-17.

³ [Statuts de Groupe E SA](#).

⁴ [La gouvernance de Groupe E - Rapport de gestion Groupe E 2021 \(groupe-e.ch\)](#) (accédé le 23.01.2023).

22. Selon ses statuts, le but social de Groupe E SA est « *la production et l'acquisition, le transport et la distribution, la fourniture et le commerce d'énergie, des produits et prestations de services en rapport avec l'énergie, les travaux d'ingénieur et les autres domaines qui y sont directement ou indirectement liés, y compris celui de la télécommunication et de l'exploitation d'usines d'incinération des déchets* »⁵. Ses buts s'inscrivent dans une vision globale d'approvisionnement en énergie.
23. Selon l'article 6 alinéa 1 de la loi cantonale du 9 juin 2000 sur l'énergie (LEn ; RSF 770.1), le Conseil d'Etat définit la politique énergétique cantonale ; il en fixe les priorités et les exigences en tenant compte de la politique fédérale en la matière.
24. En ce qui concerne l'approvisionnement en énergie électrique, le Conseil d'Etat a instauré un monopole légal, en attribuant des aires de desserte à Groupe E SA (art. 3 al. 1 du Règlement du 25 novembre 2014 sur l'approvisionnement électrique (RAEE ; RSF 772.0.21). Le Conseil d'Etat exerce une surveillance, qui figure notamment à l'article 5 alinéa 3 RAEE. Dans son aire de desserte, l'entreprise d'approvisionnement est tenue de raccorder au réseau électrique tous les consommateurs finaux se trouvant en zone à bâtir, les biens-fonds et les groupes d'habitations occupés à l'année situés en dehors de cette zone ainsi que les producteurs d'électricité (art. 4 al. 1 let. b RAEE).
25. Dès lors, la préposée est d'avis que Groupe E SA est une personne de droit privé, détenue très majoritairement par l'Etat, qui accomplit une tâche de droit public dans le domaine de l'approvisionnement en électricité en situation de monopole légal (art. 3 al. 1 RAEE).
26. Cela étant, il sied encore de déterminer si Groupe E SA peut rendre des décisions au sens du CPJA ou édicter des règles de droit, qui constitue la deuxième condition cumulative de l'article 2 alinéa 1 lettre b LInf pour être soumis à la LInf.
27. La compétence de rendre des décisions administratives doit reposer sur une loi au sens formel, adoptée par l'organe législatif cantonal ou communal compétent⁶. Cela ne semble pas être le cas en l'occurrence. Mais cette exigence de la base légale formelle n'est pas toujours nécessaire. Une jurisprudence du Tribunal fédéral précise que « *[t]outefois, la délégation de tâches publiques à un organisme extérieur à l'administration peut implicitement comprendre le pouvoir décisionnel nécessaire à leur accomplissement, pour autant qu'une loi spéciale ne l'exclue pas et que l'exercice d'un tel pouvoir de décision soit indispensable à l'organisme concerné pour réaliser lesdites tâches. Le plus souvent, la question de savoir si la délégation d'une tâche publique englobe celle d'un pouvoir décisionnel ne trouve pas de réponse évidente dans le texte légal et il faut déterminer par voie d'interprétation l'existence et, le cas échéant, l'étendue et le champ d'application précis d'un tel pouvoir* »⁷.
28. Cette situation correspond à celle de Groupe E SA. Les tâches publiques qui lui sont octroyées par la législation peuvent l'amener à rendre des décisions au sens du CPJA. C'est ce qui se passe effectivement. Groupe E SA a agi en tant que pouvoir adjudicateur

⁵ [Statuts de Groupe E SA](#).

⁶ ATF 144 II 376, c. 7.1 ; DUBÉY JACQUES / ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, Droit administratif général, Bâle 2014, pp. 313-314 N 856.

⁷ ATF 144 II 376, c. 7.1.

dans des procédures de droit des marchés publics. Des actes accomplis par un pouvoir adjudicateur, dont l'appel d'offre ou l'adjudication, constituent des décisions sujettes à recours (art. 15 al. 1bis let. a et e de l'Accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics, AIMP ; RSF 122.91.2). Le CPJA est applicable aux décisions rendues dans le cadre des marchés publics, sous réserve des dispositions qui y dérogent (art. 7 al. 1 CPJA), c'est aussi ce qui ressort de la jurisprudence⁸. Dès lors, Groupe E SA peut rendre des décisions au sens du CPJA, malgré son statut de personne de droit privé.

29. Groupe E Greenwatt SA est également une société privée, à savoir une société anonyme de droit privé régie par les articles 620 ss du Code des obligations. L'article 2 paragraphe 1 de ses statuts du 19 juin 2015 de Greenwatt SA mentionne que « [l]a société a pour but l'étude, la construction et l'exploitation d'installations de production d'énergies issues de sources renouvelables, la mise en place de mesures d'économie et d'efficacité énergétique »⁹. Le site Internet indique que les actionnaires de Groupe E Greenwatt SA sont Groupe E à 90% et le Canton de Neuchâtel à 10%¹⁰. L'activité de Groupe E SA exercée par sa filiale Groupe E Greenwatt SA, et dont la politique commerciale est déterminée par Groupe E SA, est en l'occurrence la mise à disposition d'installations d'énergies renouvelables. Cette activité implique la mise au concours de travaux importants, de planification et d'exécution d'installations, soumis aux marchés publics dès lors que les seuils sont atteints. La soumission aux marchés publics implique nécessairement la prise de décisions. Une recherche sur simap.ch démontre que Groupe E SA met régulièrement des travaux au concours, conformément à la législation applicable aux marchés publics (voir par exemple, l'adjudication du 23 janvier 2015 qui concerne la fourniture de transformateurs 60/17-20.5 kV, 16MVA; No de la publication 830139, No de l'annonce 851155)¹¹.

30. En conclusion, la préposée est d'avis que Groupe E SA est soumis à la LInf (art. 2 al. 1 let. b LInf). Les demandes d'accès qui lui sont adressées sont à traiter conformément à la LInf.

c) Traitement de la demande d'accès par Groupe E SA

31. La demande d'accès a été adressée à Groupe E SA (consid. 1). Groupe E SA s'est déterminé sur la demande et a participé à la séance de médiation (consid. 2, 5).

32. Selon l'article 37 al. 1 LInf, est compétent pour traiter une demande d'accès l'organe public qui a produit le document ou qui l'a reçu à titre principal (consid. 13, 29).

33. C'est le cas ici (consid. 2, 5). Groupe E SA a traité la demande, conformément à la LInf. D'ailleurs, les parties ne le contestent pas.

d) Secrets d'affaires

34. Selon la LInf, l'accès à un document peut être différé, restreint ou refusé si et dans la mesure où un intérêt public ou privé prépondérant l'exige (art. 25 al. 1 LInf). Les intérêts

⁸ Voir par exemple, arrêt du Tribunal cantonal fribourgeois 602 2020 52 du 15 juin 2020.

⁹ [Statut de Groupe E Greenwatt SA.](#)

¹⁰ www.greenwatt.ch/fr/116 (consulté le 24 janvier 2023).

¹¹ La décision est accessible sur le site www.simap.ch (consulté le 22 janvier 2023).

publics prépondérants figurent à l'article 26 LInf, les intérêts privés prépondérants aux articles 27-28 LInf.

35. Selon l'article 28 alinéa 1 lettre a LInf, un intérêt privé prépondérant existe lorsque l'accès, s'il était accordé révélerait des secrets professionnels, d'affaires ou de fabrication.
36. Cette limitation se retrouve dans la plupart des lois sur la transparence en Suisse. « *Elle a globalement pour but d'éviter que la révélation de certaines données transmises par des entreprises et des particuliers à l'administration [...] n'entraîne des distorsions de concurrence ou, au sens large, des dommages économiques* »¹². Elle concerne principalement les entreprises.
37. Dans le cadre d'une demande d'accès, le Tribunal fédéral a rappelé que la notion de secret d'affaires, « *doit être comprise dans un sens large puisqu'il s'agit de toute information qu'une entreprise est légitimée à vouloir conserver secrète, soit plus concrètement les données susceptibles d'influer sur la marche de ses affaires ou d'entraîner une distorsion de concurrence au cas où des entreprises concurrentes en prendraient connaissance* »¹³.
38. Afin qu'un secret d'affaires puisse être invoqué, la jurisprudence a fixé quatre conditions cumulatives : « *il doit y avoir un lien entre l'information et l'entreprise ; l'information doit être relativement inconnue, c'est-à-dire ni notoire ni facilement accessible ; il doit exister un intérêt subjectif au maintien du secret (volonté du détenteur de ne pas révéler l'information) et cet intérêt doit être objectivement fondé (intérêt objectif)* »¹⁴. Si un document contient des secrets d'affaires, le principe de proportionnalité voudrait que seuls les passages en question soient gardés secrets, et non pas la totalité du document¹⁵.
39. Groupe E SA n'a pas indiqué en quoi le document contient des secrets d'affaires. Et on ne voit guère quels secrets d'affaires dignes de protection pourraient être touchés. Les arguments d'ordre tout à fait général ne suffisent pas, selon la préposée, pour établir que des secrets d'affaires protégés au sens des dispositions légales applicables seraient mis en péril, dans le cas concret. Les documents concernent le domaine de l'énergie renouvelable dans le cadre d'une tâche publique. Il ne semble pas à première vue que l'article 28 alinéa 1 lettre a LInf soit applicable à Groupe E SA dans le cas précis.
40. En l'état et sur la base des informations reçues, la préposée est d'avis que le secret d'affaires ne peut pas être invoqué pour ne pas octroyer l'accès au document ou à certaines parties du document. Si Groupe E SA est d'avis que le document contient éventuellement des secrets d'affaires, il s'agira alors de déterminer très précisément desquels il s'agit, et pour quelles raisons ils constituent des secrets d'affaire (ou d'autres intérêts publics ou privés prépondérants).

¹² VOLLERY LUC, La loi fribourgeoise sur l'information et l'accès aux documents, RFJ 2009 p. 405 (cité VOLLERY). Voir aussi : arrêt du Tribunal cantonal fribourgeois 601 2020 219 du 7 décembre 2021, c. 5.3.2.2 ; recommandation de la préposée cantonale à la transparence du canton de Fribourg du 24 septembre 2020 – Accès à une convention concernant le prélèvement d'une taxe de séjour recommandé, c. 22-30.

¹³ Arrêt du TF 1C_533/2018 du 26 juin 2019, c. 2.2 ; ATAF A-1751/2017 du 1^{er} mai 2020, c. 8.2.

¹⁴ Arrêt du TF 1C_533/2018 du 26 juin 2019, c. 2.6 ; ATAF A-1751/2017 du 1^{er} mai 2020, c. 8.2.

¹⁵ VOLLERY, p. 391.

e) Clause de confidentialité

41. Le contrat contient à l'article 11 une clause de confidentialité. Cette clause contient une réserve selon laquelle le contrat pourra notamment être divulgué si la loi le prévoit.
42. Lorsqu'une convention est conclue entre un organe public et une personne privée, la disposition légale prime et il n'est pas possible d'y déroger par une convention de confidentialité¹⁶. La clause précitée est d'ailleurs assortie d'une réserve.
43. Selon l'article 28 alinéa 1 lettre c LInf, l'accès à un document peut être restreint, différé ou refusé, entre autres, s'il divulguerait des informations fournies librement par un tiers à un organe public qui en a garanti le secret.
44. Le Tribunal fédéral a précisé la portée de cette exception par trois conditions cumulatives. Effectivement, *« il faut que les informations aient été fournies par une personne privée (et non pas par une autre autorité), ce qui se justifie dans la mesure où les autorités sont, contrairement aux privés, soumises au principe de la transparence. Ensuite, les informations doivent avoir été fournies librement, c'est-à-dire avoir été produites sans contrainte, soit en l'absence d'une obligation légale ou contractuelle. Cela signifie que la personne qui les a transmises n'était pas juridiquement tenue de le faire [...] [(par exemple un dénonciateur)]. Enfin, il faut qu'il y ait eu de la part de l'organe public une garantie du secret. La garantie de confidentialité doit avoir été donnée expressément par l'administration à la demande explicite de l'informateur »*¹⁷.
45. En l'occurrence, la première des trois conditions n'est pas remplie, puisque la clause de confidentialité a été convenue avec une autre autorité, à savoir les Services Industriels de Genève (SIG), établissement de droit public genevois soumis à la transparence¹⁸. Ainsi, le respect des autres conditions ne doit pas être examiné.
46. La préposée est d'avis que ni la clause de confidentialité, ni la garantie de confidentialité prévue à l'article 28 alinéa 1 lettre c LInf ne peuvent être invoquées pour ne pas octroyer l'accès aux documents.

¹⁶ Arrêt du TF 1C_500/2020 du 11 mars 2021, c. 3.2 ; arrêt du Tribunal cantonal fribourgeois 601 2020 219 du 7 décembre 2021 c..3.3.2.

¹⁷ Arrêt du Tribunal cantonal fribourgeois 601 2020 219 du 7 décembre 2021 c. 3.3.2 ; arrêt du TF 1C_500/2020 du 11 mars 2021, c. 3.2.

¹⁸ Recommandation du préposé genevois à la protection des données et à la transparence du 4 juillet 2022, c. 63.

III. Se fondant sur les considérants susmentionnés, la préposée recommande :

47. Groupe E SA octroie l'accès aux documents, conformément à la LInf, le cas échéant après avoir consulté les intéressés ou les personnes au sujet de leurs éventuels intérêts publics ou privés prépondérants.
48. Groupe E SA est dès lors invité à rendre une décision selon l'article 33 alinéa 3 LInf et d'en informer la préposée. Cette décision peut faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal cantonal (art. 34 al. 2 LInf et art. 114 al. 2 let. a CPJA).
49. La présente recommandation peut être publiée sous forme anonymisée (art. 41 al. 2 let. e LInf).
50. La recommandation est envoyée sous pli recommandé à :
 - > Me Thierry Gachet, _____ (à l'attention de la requérante, Association _____)
 - > Groupe E SA, Rte de Morat 135, 1763 Granges-Paccot

Martine Stoffel
Préposée cantonale à la transparence
Préposée cantonale à la protection des données *a.i.*