



Rapport 2024-DEEF-34

10 septembre 2024

—
Demande d'une enquête administrative concernant le mandat octroyé par l'Etat à la société ennova SA

Nous avons l'honneur de vous soumettre le rapport sur le Postulat 2022-GC-157 Berset Christel / de Weck Antoinette.

Table des matières

—

1	Résumé du postulat	2
2	Préambule	2
3	Expertise et réponses aux questions formulées dans le postulat 2022-GC-157	3
4	Analyse et conclusions du Conseil d'Etat	4

1 Résumé du postulat

Par postulat déposé et développé le 9 septembre 2022, les députées Christel Berset et Antoinette de Weck, ainsi que 28 cosignataires, ont demandé au Conseil d'Etat qu'une enquête administrative soit confiée à un expert indépendant externe choisi par le Conseil d'Etat, sans l'aval de la Direction de l'économie, de l'emploi et de la formation professionnelle (DEEF). Cette enquête doit porter sur l'indépendance de la société ennova SA, mandatée pour l'élaboration du chapitre éolien du Plan Directeur Cantonal (PDCant) fribourgeois. Dans le cadre de leur demande, les députées s'appuient sur divers faits et arguments qui, à leur avis, démontrent que dite société a poursuivi ses activités de développeur de l'éolien pendant qu'elle remplissait le mandat confié par le canton et a continué à le faire par la suite. Ainsi, ennova SA semblait donc directement impliquée dans le développement de sites susceptibles d'être éligibles à l'installation de parcs éoliens et avait donc intérêt à profiter de son mandat d'expert pour influencer les critères et leur pondération, afin que les sites prospectés par elle se retrouvent dans le PDCant. Sur la base de ces constatations, les députées Berset et de Weck estiment que l'enquête administrative qu'elles sollicitent doit répondre à une série de questions portant sur la procédure d'examen de l'indépendance d'un expert externe par l'Etat et sur la procédure d'octroi du mandat à ennova SA en regard des marchés publics.

2 Préambule

Le Conseil d'Etat tient à rappeler que la planification éolienne est une contrainte fédérale. Le canton avait notamment l'obligation d'identifier des secteurs propices où des parcs éoliens pouvaient être étudiés, sur la base de critères fédéraux et cantonaux approuvés par la Confédération, et d'inscrire ces périmètres dans son Plan directeur cantonal.

Pour ce faire, l'Etat a constitué en 2015 un groupe de travail (GT) composé de représentants des services cantonaux suivants (selon appellation en 2015) : Service de l'aménagement et des constructions (SeCA), Service de l'environnement (SEn), Service des forêts et de la faune (SFF), Service de la Nature et du Paysage (SNP), Service de l'énergie (SdE). Le chef de service de ce dernier a présidé ce GT.

Ce Groupe de travail avait été chargé de soumettre au Comité de pilotage de la révision du Plan directeur cantonal (Copil), une proposition de modification du thème éolien du plan directeur cantonal jusqu'à la fin de l'année 2016 au plus tard.

Le Copil, présidé par le directeur de la Direction de l'aménagement, de l'environnement et des constructions (DAEC) (selon appellation en 2016) était composé de la directrice de la Direction des institutions, de l'agriculture et des forêts DIAF, du directeur de la DEE, des préfets de la Gruyère et de la Sarine, de deux représentants de l'Association des communes fribourgeoises et de la responsable de communication de la DAEC.

Il a été chargé de suivre l'évolution des travaux en lien avec les thématiques concernés et de valider les différentes fiches de projet, avant soumission de l'ensemble du Plan directeur cantonal révisé au Conseil d'Etat.

Le Copil a ainsi validé fin 2016, (soit avant l'entrée en fonction du nouveau gouvernement), la fiche relative au site éolien « Côte du Glaney », puis en janvier 2017 les fiches relatives aux sites « Collines de la Sonnaz », « Monts de Vuisternens » et « Massif du Gibloux », et en avril 2017 celles relatives aux sites « Schwyberg », « Autour de l'Esserta » et « Surpierre-Cheiry ».

Vu l'importance et la complexité du sujet, le GT s'est fait accompagner durant ses travaux par différents bureaux spécialisés pour la réalisation d'études spécifiques. Le choix des mandataires a été fait par ledit GT.

C'est dans ce cadre que la société ennova SA a été impliquée, dans le cadre d'un mandat conclu en janvier 2016. Sous la supervision du GT, la société a notamment rédigé des études en lien avec la planification éolienne et assuré la coordination d'autres prestataires.

3 Expertise et réponses aux questions formulées dans le postulat 2022-GC-157

Le Conseil d'Etat a mandaté l'Institut de hautes études en administration publique (IDHEAP) de l'Université de Lausanne (UNIL) pour réaliser une expertise sur les points soulevés dans le cadre du présent postulat. Cette expertise indépendante a été menée par la Professeure Sophie Weerts (Responsable UER-Droit public et régulation), secondée par la Professeure Odile Amman (Ecole de droit de l'UNIL, Centre de droit public), et a porté sur l'ensemble des questions formulées par les députées Berset et de Weck.

Le Conseil d'Etat met à disposition du Grand Conseil, en annexe du présent rapport, l'expertise finalisée par l'IDHEAP le 13 juin 2024. Le Conseil d'Etat a expressément demandé à cet institut de répondre aux questions posées par les députées Berset et de Weck. Les réponses des autrices de l'étude sont les suivantes, étant précisé que le Conseil d'Etat les résume pour certaines d'entre elles (cf. *Etude relative à la procédure d'attribution de mandat par l'Etat de fribourg au bureau d'études ennova SA dans le cadre de l'élaboration du volet éolien du plan directeur cantonal*, p. 101 et suivantes) :

1. Quelle est la procédure établie par la DEEF pour examiner l'indépendance d'un expert externe ? Quels sont les critères appliqués ?

L'étude des pièces du dossier ne permet pas d'identifier une procédure établie par la DEEF pour examiner l'indépendance d'un expert externe. En revanche, l'analyse juridique a mis en évidence qu'en vertu des principes de bonne administration, l'administration a le devoir d'adopter un comportement prudent, une prudence qui s'impose d'autant plus dans un environnement particulièrement dynamique auquel se mêlent des intérêts économiques et commerciaux. Une modification du cadre légal, et plus précisément de la LOCEA-FR ou, à tout le moins, l'adoption d'une directive concernant les mesures de due diligence à prendre dans le cadre de l'engagement de mandataires externes par des services ou des directions, permettraient une meilleure prévention des conflits d'intérêts. Il convient à ce titre de renvoyer aux bonnes pratiques fédérales et cantonales mentionnées dans ce rapport.

2. Comment cette procédure a-t-elle été appliquée dans le cas présent ?

La réponse à celle-ci découle de la réponse à la question 1.

3. Quelles démarches ont été accomplies auprès de tiers pour savoir si ennova était vraiment libre de tout mandat auprès de développeurs éoliens ?

Il convient à nouveau de renvoyer à la réponse apportée à la question 1. Certes, la note interne rédigée par le chef du SdE précise que ce dernier, après avoir approché le bureau New Energy Scout, sans succès, « a alors pris des renseignements auprès d'autres cantons, de la Confédération et de l'association Suisse Eole », avant de finalement se tourner vers ennova SA. Toutefois, les pièces du dossier ne permettent pas d'identifier des démarches spécifiques que le SdE et le GT auraient entreprises dans le cadre de ces demandes de renseignements dans le but de s'assurer de l'impartialité d'ennova SA.

4. Pourquoi la DEEF n'a-t-elle pas tenu compte du rapport effectué par la société Garrad Hassan qui juge très sévèrement la manière de travailler d'ennova ?

Ce document [ndlr : qui date du 4 octobre 2013] recommande certes que des correctifs soient apportés aux estimations effectuées par ennova SA. Cependant, il ne paraît pas identifier des manquements graves de la part d'ennova SA qui auraient dû alerter l'administration publique fribourgeoise (laquelle, d'après le chef du SdE, n'a jamais eu connaissance de ce document avant qu'il soit transmis à l'Etat de Fribourg sur demande des autrices du présent rapport [ndlr : transmise le 5 septembre 2023]). Il convient cependant de souligner que le document transmis aux autrices de ce rapport est avant tout de nature technique, comme le suggère d'ailleurs son titre (« Financial model technical input review »). Eu égard à leur champ d'expertise et au fait que la présente étude

se limite aux aspects de gouvernance et de droit public (supra, 1.), les autrices de ce rapport ne peuvent donc s'exprimer sur ce contenu technique.

5. Est-ce que ce mandat n'était pas soumis aux règles de l'attribution de marchés publics vu les montants totaux payés à l'ensemble des mandataires chargés du volet éolien du PDCant ?

Il ressort de la présente étude que le mandat attribué à ennova SA aurait dû être soumis à un appel d'offres et non être attribué en procédure de gré à gré. En effet, l'étude des pièces montre un lien de connexité entre les prestations de la société ennova SA et celles des autres mandataires externes (Atelier 11a, L'Azuré, Urbaplan, Natura) dans le cadre de l'élaboration du volet éolien. L'ensemble de ces prestations s'élève à une valeur de 190'109,50 CHF HT, c'est-à-dire au-dessus du seuil de 150'000 CHF hors TVA permettant de recourir à la procédure de gré à gré.

6. Quelle est l'indépendance de la DEEF face à Groupe E étant donné que cette société a alimenté le Fonds de l'énergie, fonds qui a, semble-t-il, servi à payer les mandataires du volet éolien, dont ennova ? Quels sont les critères pour l'utilisation de ce fonds ?

L'étude (des) dispositions légales ne permet pas d'identifier des aspects qui contreviendraient aux principes juridiques applicables à l'activité de l'administration. En particulier, le cadre légal régissant le fonctionnement du fonds de l'énergie ne permet pas de conclure que Groupe E aurait pu, à travers l'alimentation de ce fonds, exercer une influence propre à remettre en cause l'impartialité de l'administration publique fribourgeoise et plus particulièrement de la DEEF.

4 Analyse et conclusions du Conseil d'Etat

Après analyse du rapport final, le Conseil d'Etat constate que l'IDHEAP parvient à deux conclusions principales au sujet de l'attribution par le SdE du mandat à la société ennova SA le 14 janvier 2016 dans le cadre de l'établissement du volet éolien du Plan directeur cantonal.

Premièrement, il constate au niveau de l'Etat des **carences dans les procédures relatives à l'attribution de mandats externes** et, deuxièmement, un **non-respect, du moins apparent, des règles relatives aux marchés publics**. Sur la base de ce constat, le rapport énumère un certain nombre de recommandations relatives à la prévention des conflits d'intérêts au sein de l'administration publique en général. Le CE va examiner de manière approfondie par quel moyen il peut mettre en œuvre les recommandations qui lui paraissent judicieuses.

Pour le cas qui a fait l'objet de cette étude, le Conseil d'Etat se positionne donc comme suit :

Concernant tout d'abord le **mandat externe attribué à ennova SA**, le Conseil d'Etat admet la conclusion selon laquelle le choix de l'entreprise ennova SA pouvait être considéré comme délicat du point de vue d'un **éventuel conflit d'intérêts**. Il s'agit d'un risque inhérent au contexte particulier relatif à une planification éolienne, qualifié « d'enchevêtrement d'intérêts publics et économiques » (cf. étude, p. 80 pt. 5.2.1).

Le Conseil d'Etat relève toutefois que le groupe de travail en charge de la planification éolienne a tenu compte de cette situation car le mandat n'a été attribué à la société qu'à la condition expresse que cette dernière n'ait pas ou plus d'activités en lien avec un projet éolien dans le canton. Au moment de l'attribution du mandat, seul le démontage d'un mât de mesure sur la commune du Châtelard impliquait encore ennova SA dans le canton de Fribourg. Cette activité avait été déclarée aux autorités cantonales de manière transparente (cf. étude p. 82, point 5.2.1.). En outre, le statut de planificateur, et non de développeur, d'ennova SA dans ce dossier a été confirmé dans le rapport de consultation sur le PDCant, datant du 28 juin 2018, en réponse à une observation de l'association Vents contraires (cf. Révision du plan directeur cantonal. Rapport de consultation publique, DAEC, 28 juin 2018, p. 180).

Le Conseil d'Etat renvoie à cet égard à un récent **arrêt du Tribunal cantonal neuchâtelois** : Alors que l'indépendance de la société ennova SA était également remise en cause dans le cadre de l'établissement d'un rapport d'impact sur le projet éolien des Quatre Bornes, les juges ont relevé que « *Force est de constater tout d'abord que selon l'extrait du registre du commerce d'ennova SA, celle-ci a notamment pour but de rédiger des expertises dans le but de promouvoir l'efficacité énergétique et non seulement la gestion de projets et l'exploitation d'installations de production d'énergie renouvelable. Par ailleurs, la jurisprudence a précisé que le spécialiste chargé de rédiger un chapitre du RIE n'est pas dans la même position qu'un mandataire ordinaire du maître de l'ouvrage, car le cadre de son travail est aussi défini préalablement par l'administration dans le cahier des charges prévues à l'article 8 OEIE. L'objet du mandat implique une objectivité et un devoir de diligence particulier. Le rapport d'impact, en tant qu'il contient des informations scientifiques ou techniques, a en quelque sorte valeur d'expertise, étant donné qu'après son évaluation par le service spécialisé de la protection de l'environnement...* » (cf. Tribunal cantonal neuchâtelois, arrêt du 11 août 2023 dans la cause Cuche et consorts contre Département du développement territorial et de l'environnement (DDTE), Conseil d'Etat et Groupe E Greenwatt SA, CDP.2022.149). Cet arrêt, même s'il fait encore l'objet d'un recours au Tribunal fédéral, fournit un éclairage utile dans le cas d'espèce.

Les griefs tirés d'un éventuel conflit d'intérêts de la société concernée, en sa qualité d'expert dans la planification d'un projet éolien, ont été écartés, à l'aune des principes d'ailleurs rappelés par le Tribunal fédéral dans un arrêt du 27 octobre 2022, référence 1C_407/2020. Dans cette jurisprudence, qui portait sur un mandat d'étude d'impact, le Tribunal fédéral a rappelé que ce n'était pas tant la personne de l'auteur du rapport qui est centrale pour résoudre la problématique, mais le caractère complet et la conformité au droit fédéral de ce document. Le Tribunal a également relevé que le fait que « *...l'auteur du rapport intervienne sur mandat des promoteurs et qu'il ait œuvré à l'établissement des EIE dans d'autres projets éoliens du canton ne suffit pas à démontrer qu'il manquerait d'objectivité.* ». Il ajoute que « *...l'auteur d'un RIE n'est pas dans la même position qu'un mandataire ordinaire du maître de l'ouvrage car le cadre de son travail est aussi défini préalablement par l'administration et doit répondre aux exigences de l'art. 8 OEIE ; ses résultats font en outre l'objet d'une évaluation officielle* » (considérant 3). Il est utile de noter qu'à la différence de la situation dans le canton de Fribourg, où le mandat d'ennova SA portait sur le volet éolien du plan directeur cantonal, c'est-à-dire sur l'instrument de planification spatiale vérifié par les services concernés de l'Etat, les arrêts du Tribunal cantonal neuchâtelois et du tribunal fédéral cités ci-dessus concernent une étude d'impact liée à la planification d'un projet concret. Dans un tel cas, le risque qu'un potentiel conflit d'intérêt se réalise peut donc être considéré comme beaucoup plus élevé.

Dans une perspective plus générale, et indépendamment du cas présent, le Conseil d'Etat admet que des procédures internes à l'Etat prévalant aux contrôles nécessaires de la probité et de l'indépendance des mandataires externes et du contenu des contrats passés doivent être mises en place. Aucune disposition légale ne fixe en effet les modalités d'examen préalable de l'absence de conflits d'intérêts dans le cadre du recours à des mandataires externes. Ces carences procédurales, n'ont toutefois pas empêché le SdE, ni le groupe de travail en charge de la planification éolienne d'analyser la problématique du conflit d'intérêts en amont des travaux (cf. étude, p. 83 et suivante, en particulier le point 5.2.2. lettre a).

Enfin, le Conseil d'Etat constate que, si, en l'espèce, l'IDHEAP parvient à la conclusion de l'existence d'un risque théorique, les expertes n'indiquent nullement que celui-ci s'est réalisé et que ennova SA aurait exercé son mandat dans l'idée de favoriser la position d'un développeur de projet éolien en particulier. La planification éolienne du canton a par ailleurs fait l'objet d'un contrôle minutieux de la part des services de la Confédération, à la suite de quoi elle a été validée par le Conseil fédéral, confirmant ainsi que les exigences de planification définies par le droit fédéral en vigueur (art.10 LENE) ont été respectées.

S'agissant d'une possible **violation des règles relatives aux marchés publics**, le Conseil d'Etat relève que les expertes de l'IDHEAP reconnaissent la difficulté d'estimer la valeur d'un marché à l'avance (cf. étude, p. 100, 2ème §). Dans le domaine particulier de la planification éolienne, il souligne que cette estimation était particulièrement difficile – voire impossible –, puisque le canton de Fribourg était le premier canton à planifier selon la nouvelle conception fédérale.

Le Gouvernement prend note du fait que, de l'avis des expertes, le SdE aurait contrevenu aux dispositions légales d'attribution des marchés, par le biais d'une « connexité matérielle » des prestations effectuées par différents mandataires, dont la valeur totale a dépassé le seuil de la procédure d'attribution de marché dite de « gré à gré ».

Le Conseil d'Etat ne partage pas cette conclusion, car même si l'ensemble des prestations exécutées par les différents mandataires tendaient à un but unique (réalisation d'une planification éolienne), leurs contenus étaient distincts, les méthodes de réalisation différaient, les expertises n'étaient pas matériellement comparables et les prestations n'avaient pas non plus à être fournies par la même société.

En conclusion, le Conseil d'Etat constate que l'étude réalisée par l'IDHEAP **n'a pas révélé l'existence d'un conflit d'intérêts avéré et clairement déterminé lors de l'attribution du mandat à l'entreprise ennova SA** dans le cadre de l'établissement de la planification éolienne cantonale.

A un niveau plus général, le Conseil d'Etat est conscient du fait que les procédures lors de l'attribution de mandats peuvent être lacunaires, s'agissant du contrôle de la probité des partenaires contractuels concernés. Partant, il examinera cette question et prendra les mesures nécessaires, en évaluant notamment la possibilité de renforcer sa cellule transversale « marchés publics ».

Quant à la question d'une éventuelle violation des règles relatives aux marchés publics dans ce dossier, le Conseil d'Etat note qu'à ce jour, aucune procédure n'a été intentée par un éventuel concurrent. Partant, il la considère comme réglée.

A la suite de l'adoption partielle d'un mandat demandant la révision du volet éolien du Plan directeur cantonal (2022-GC-63), **le Conseil d'Etat a mis en place un comité de pilotage (COPIL éolien)**. Les membres du comité, 15 au total, sont issus d'associations défendant des intérêts variés, des représentants des communes concernées, des experts neutres ainsi que des représentants du Grand Conseil.

Le comité est co-présidé par le directeur du développement territorial, des infrastructures, de la mobilité et de l'environnement et le directeur de l'économie, de l'emploi et de la formation professionnelle.

Ce COPIL éolien a pour mission de réexaminer la planification éolienne, de l'actualiser si nécessaire et de vérifier si d'autres critères que ceux retenus peuvent déterminer le choix des sites se prêtant le mieux à l'exploitation de l'éolien, dans le respect des procédures légales. Cette démarche va confirmer ou infirmer l'état des sites actuellement inscrits, et potentiellement faire ressortir d'autres sites à inscrire.

En conclusion, estimant que le présent rapport et l'étude annexée permettent de mettre en lumière les éléments demandés par le postulat, le Conseil d'Etat invite le Grand Conseil à en prendre acte.

Annexe :

—
Etude relative à la procédure d'attribution de mandat par l'Etat de Fribourg au bureau d'études ennova SA dans le cadre de l'élaboration du volet éolien du plan directeur cantonal