



Demande d'accès à des documents relatifs à la prospection et à la planification de sites éoliens sur le territoire fribourgeois en mains d'Ennova SA

Recommandation du 5 juillet 2022

I. Le Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence constate:

1. Par courrier du 14 juin 2021 adressé aux Services industriels de Genève (SIG), l'Association X sollicitait l'accès aux documents relatifs à la participation des SIG à la planification de sites éoliens sur le territoire du canton de Fribourg.
2. Le 30 juin 2021, les SIG ont indiqué ne pas avoir participé et ne pas participer à la planification de sites éoliens sur le territoire du canton de Fribourg ; par conséquent, ils n'avaient pas de documents à transmettre à ce sujet.
3. Le 9 juillet 2021, l'Association X a demandé la mise sur pied d'une médiation auprès du Préposé cantonal.
4. Ce dernier a répondu par courriel du 28 juillet 2021 ce qui suit : « *Après avoir pris contact avec Mme F, responsable LIPAD des SIG, cette dernière nous a confirmé que les SIG n'avaient pas de documents relatifs à la planification de sites éoliens sur le territoire du canton de Fribourg, comme elle l'avait mentionné dans son courrier du 30 juin 2021. Il nous semble que mettre sur pied une médiation n'est dès lors pas opportun. Par contre, nous comprenons de votre demande que la société Ennova SA, qui de prime abord semble soumise à la LIPAD, pourrait disposer des documents requis. Une demande d'accès pourrait intervenir auprès de cette société* ».
5. La demande de médiation de l'Association X a été réitérée le 26 octobre 2021, par la voix de son avocat, Me Y. Ce dernier s'est référé à la réponse du Conseil d'Etat fribourgeois à une question parlementaire intitulée « le Conseil d'Etat vend-il le canton aux SIG pour l'implantation d'éoliennes ? » pour démontrer que les SIG sont impliqués dans des projets de sites éoliens sur le canton de Fribourg.
6. Le 1^{er} novembre 2021, le Préposé cantonal a indiqué que la responsable LIPAD des SIG lui avait confirmé que les SIG ne détenaient pas les documents sollicités et que, dans un tel contexte, la mise sur pied d'une médiation ne semblait avoir que peu de sens. Par contre, il a suggéré à Me Y de faire une demande d'accès aux documents auprès d'Ennova SA, société détenue à 100% par les SIG.
7. Le lendemain, Me Y a informé le Préposé cantonal maintenir sa demande, considérant que les SIG détenaient tout ou partie des documents requis.
8. Par courriel du 4 novembre 2021, le Préposé cantonal a indiqué avoir pris contact avec la responsable LIPAD des SIG, laquelle était disposée à transmettre la demande à Ennova SA pour détermination, solution qu'il préconisait également.
9. Le lendemain, Me Y a transmis l'accord de sa mandante pour procéder de la manière susmentionnée, demandant que la réponse d'Ennova SA intervienne sous 15 jours.

10. Le 9 novembre 2021, la responsable LIPAD des SIG a confirmé avoir transmis la demande à Ennova SA.
11. Par courrier du 18 novembre 2021, Ennova SA a demandé à Me Y de clarifier l'objet de la requête d'accès et de transmettre une liste précise des documents requis, afin qu'elle puisse y répondre efficacement.
12. Me Y a clarifié sa demande le 26 novembre 2021, se référant à la requête initiale de sa mandante ; l'accès requis portait sur :
 - a) *« tout document relatif à l'activité des SIG et d'Ennova SA dans la prospection et la planification de sites éoliens sur le canton de Fribourg ;*
 - b) *toute la correspondance écrite (courriers et courriels, annexes comprises) échangée entre les SIG, resp. Ennova SA, et Groupe E ;*
 - c) *toute la correspondance écrite (courriers et courriels, annexes comprises) échangée entre les SIG, resp. Ennova SA, et l'administration cantonale fribourgeoise ;*
 - d) *tous mandats donnés à des tiers (personnes physiques ou morales) par les SIG et Ennova SA, en lien avec la prospection et la planification de sites éoliens sur le canton de Fribourg ;*
 - e) *tous les rapports et autres documents rédigés par les SIG ou sa filiale Ennova SA la prospection et la planification de sites éoliens sur le canton de Fribourg ;*
 - f) *tous les procès-verbaux approuvés de séances d'organes, services ou groupe de travail, des SIG et d'Ennova SA, en lien avec la prospection et la planification de sites éoliens sur le canton de Fribourg ».*
13. Dans sa réponse du 7 décembre 2021, Ennova SA a précisé que les SIG n'ont pas été impliqués à quelque titre que ce soit dans la prospection et la planification relatives au processus qui a donné lieu au rapport explicatif de mai 2017 (« Guide de planification des parcs éoliens »). Il est ajouté que le mandat octroyé par le Service de l'énergie (SdE) à Ennova SA concerne le processus de planification de sites éoliens sur le territoire du canton de Fribourg et non pas la prospection de nouveaux sites ; ce mandat est soumis à une clause de confidentialité, de sorte qu'aucun document n'a été transmis à SIG. Ennova SA a reformulé alors la requête en la limitant aux documents la concernant, soulignant son caractère vaste et de nature exhaustive. Elle a annoncé se coordonner avec le SdE pour répondre à la requête et a attiré l'attention sur l'art. 24 al. 1 let b RIPAD concernant les émoluments. Par ailleurs, il est indiqué que des tiers dont les intérêts pourraient être touchés seront consultés.
14. Par courrier du 10 décembre 2021 adressé à Ennova SA, Me Y a indiqué limiter en l'état la demande, dans l'attente de la coordination avec le SdE au partenariat entre Ennova SA et Groupe E Greenwatt du 15 octobre 2014. Il a relancé Ennova SA à cet égard le 17 janvier 2022.
15. Ennova SA, après avoir sollicité l'accord du Groupe E Greenwatt, a transmis le document requis dans les courriers des 10 décembre 2021 et 17 janvier 2022 de Me Y. Elle a apporté quelques compléments d'informations relatifs à ce document.

16. Le 28 janvier 2022, Ennova SA s'est déterminée sur les autres objets de la requête d'Association X. S'agissant de la correspondance écrite, Ennova SA relève qu'il s'agit de courriels de travail qui ont permis d'aboutir à des documents publics, dont le traitement donnerait lieu à un travail disproportionné au sens de l'art. 26 al. 5 LIPAD ; s'agissant de documents concernant des tiers, un processus de consultation est en cours ; quant aux rapports ou autres documents auxquels Ennova a contribué, ils sont la propriété du SdE du canton de Fribourg et sont disponibles depuis mai 2017 sur le site internet du canton, à l'exception du rapport sur les sites non retenus, lequel a déjà été transmis à la requérante ; finalement, il est précisé qu'il n'y a pas eu de séances d'organes, services ou groupes de travail d'Ennova SA. Une facture d'un montant de CHF 2746.40 était jointe.
17. Le 7 février 2022, Me Y a contesté la facture jointe, aucun document n'ayant été remis hormis la lettre d'intention et l'accord de confidentialité entre Ennova SA et le Groupe E. Greenwatt du 15 octobre 2014. Il a par ailleurs précisé limiter sa demande relative aux échanges de courriels aux courriels échangés entre M. E et M. G, respectivement M. I ; il a indiqué avoir pris note de la consultation de tiers, a contesté que l'ensemble des rapports figuraient sur le site internet du canton et a contesté qu'il n'y avait pas eu de séances de travail d'organes d'Ennova SA consacrées aux sites éoliens sur le canton de Fribourg, maintenant sa demande quant à ces documents, ainsi qu'aux extraits de séances du conseil d'administration d'Ennova SA sur cette question.
18. Le même jour, Me Y a sollicité auprès du Préposé cantonal la mise sur pied d'une séance de médiation, vu le refus partiel d'accès aux documents.
19. Une rencontre de médiation a été agendée pour le 9 mars 2022.
20. Par courriel du 15 février 2022 au Préposé cantonal, Ennova SA a indiqué que *« votre message laisse entendre qu'ennova s'oppose à la transmission de documents et n'en aurait transmis aucun, ce qui n'est pas le cas »*. Il est précisé qu'Ennova SA a déjà transmis un document, selon la demande faite par Me Y, à savoir le partenariat entre Ennova SA et Groupe E Greenwatt, du 15 octobre 2014 ; par ailleurs, Ennova SA a également mentionné à Me Y être disposée à transmettre des documents concernant les offres, commandes et factures en lien avec des missions confiées à des tiers (personnes physiques ou morales) moyennant consultation desdits tiers, consultation en cours ; en outre, la coordination avec le SdE était en cours et qu'à l'interne, *« afin de traiter au mieux la demande de Me Y, nous avons constitué un fichier Excel conséquent -ceci requiert aussi passablement de temps- avec un décompte de l'ensemble des messages et autres documents. Il faut savoir que dans ce type de mandat, il est nécessaire d'échanger de très nombreux messages de travail (plusieurs centaines) afin d'aboutir à l'élaboration des documents finaux qui sont consultables en ligne par quiconque depuis mai 2017 »*. Finalement, Ennova SA a indiqué avoir dû réécrire les demandes initiales de Me Y et a contesté le renvoi de la facture par Me Y. Finalement, Ennova SA a donné des explications sur le contexte dans lequel la demande d'accès intervenait. Dans sa réponse du 21 février 2022, le Préposé cantonal a assuré que les points évoqués pourraient être traités dans le cadre de la médiation.
21. Le 23 février 2022, Ennova SA a adressé à Me Y un courrier afin de lui communiquer les documents requis en lien avec des missions confiées à des tiers, suite à la consultation de ces derniers, lesquels ont donné leur accord à la transmission. Les documents dont il est question ont été joints au courrier.

22. La rencontre de médiation a eu lieu le 9 mars 2022 en présence de M. A (Président de l'Association X), Mme B (membre du comité de l'Association X), Me Y (avocat de la requérante), M. C (Directeur Ennova SA), M. D (administrateur d'Ennova SA), M. E (chef de projet auprès d'Ennova SA), Mme F (responsable LIPAD des SIG) et du Préposé cantonal.
23. Suite à la médiation, Me Y a adressé le 24 mars 2022 un courrier à Ennova SA précisant que les documents auxquels l'accès est requis portent « *sur l'activité d'Ennova SA respectivement des Services industriels de Genève (SIG), relative à la prospection et / ou à la planification de sites éoliens sur le territoire fribourgeois, ainsi qu'en collaboration avec Groupe E respectivement Groupe E Greenwatt SA. La requête d'accès dépasse donc le cadre du mandat assumé par Ennova SA au service de l'Etat de Fribourg pour la préparation du volet éolien de plan directeur cantonal* ». Il a ensuite listé les documents requis, à savoir :
- a) Le contrat de vente de la société Ennova SA aux SIG par les actionnaires d'Ennova SA, avec ses annexes.
 - b) Les contrats de partenariat entre les SIG et Groupe E Greenwatt SA pour les projets suivants : Montagne de Buttes, Monts de Boveresse, Massif du Gibloux et Côtes du Glaney.
 - c) Pièces suivantes mentionnées dans le document de synthèse – Préfecture de la Glâne – 14 juin 2012 d'Ennova SA : Rapport I (sites potentiels), Rapports II et III (réajustement des sites), Plan A2 (plan des sites identifiés comme potentiels).
 - d) Tous les rapports d'identification de sites potentiels sur territoire fribourgeois.
 - e) Tous les contrats de lobbying passés entre Ennova SA ou les SIG et des personnes fribourgeoises ou autres pour influencer l'opinion publique, les autorités communales et cantonales ou des propriétaires fonciers, en vue de contribuer directement ou indirectement au développement de l'énergie éolienne dans le canton de Fribourg (notamment offre d'un tel contrat à M. U, à l'époque conseiller national).
 - f) Extraits des procès-verbaux du conseil d'administration d'Ennova SA et du conseil d'administration des SIG, portant sur les délibérations relatives à la prospection et / ou la planification de sites éoliens sur le territoire fribourgeois, seuls ou en collaboration avec Groupe E respectivement Groupe E Greenwatt SA.
 - g) Les courriels échangés ainsi que les pièces annexées entre d'une part M. E ou G, et d'autre part, M. H, respectivement M. I.
 - h) Toutes correspondances écrites échangées entre Ennova SA respectivement les SIG, d'une part et Groupe E respectivement Groupe E Greenwatt SA d'autre part, à propos de la prospection et le développement de sites éoliens sur le territoire du canton de Fribourg ou ailleurs.
 - i) Toutes conventions ou lettres d'intention conclues entre Ennova SA respectivement les SIG, d'une part et Groupe E respectivement Groupe E Greenwatt SA d'autre part, au sujet du développement de sites éoliens sur le territoire du canton de Fribourg ou ailleurs.

- j) Toutes conventions ou lettres d'intention conclues entre Ennova SA, respectivement les SIG, avec les communes de Belfaux, Misery-Courtion ou Courtepin, ou avec toute autre commune fribourgeoise.
- k) Toutes conventions, lettres d'intentions, contrats-cadre, promesses de constitution de servitude, ou tout autre acte analogue en vue de la mise à disposition de parcelles, conclues avec des propriétaires fonciers sur le territoire fribourgeois, en vue de la réalisation de parcs éoliens.
24. Le 19 avril 2022, Ennova SA a informé Me Y que sa demande de traitement était en cours et a annoncé faire réponse dans la semaine du 2 mai.
25. A cette dernière date, Me Z a annoncé être constitué par Ennova SA pour la défense de ses intérêts. Il a indiqué que sa mandante avait décidé de ne pas donner accès aux documents requis, listés dans le courrier du 24 mars 2022. Il a relevé que les demandes étaient pour la majeure partie disproportionnées et manifestement imprécises, considérant par ailleurs que l'Association X n'avait pas tenu ses engagements pris lors de la séance de médiation. Sur le fond, il a argué qu'Ennova SA n'accomplissait pas de tâche publique dans le cadre de son activité et de ce fait n'avait aucune obligation de donner suite à la requête ; que la LIPAD était détournée de son but, l'accès étant sollicité dans le seul objectif de perturber et bloquer différents projets de développement éolien dans le canton de Fribourg ; que finalement les documents sont soustraits au droit d'accès puisqu'ils sont propres, entre autres, à révéler des informations couvertes par des secrets d'affaires, mettre en péril les intérêts patrimoniaux légitimes d'Ennova SA ou encore susceptibles de contenir des données personnelles de personnes privées qui ne doivent pas être divulguées.
26. Le 9 mai 2022, le Préposé cantonal a interpellé Me Y afin de savoir si sa mandante souhaitait qu'une recommandation soit rendue.
27. Par courriel du 12 mai 2022, Me Y a confirmé que sa mandante, X, souhaitait qu'une recommandation formelle soit rendue. Il a ajouté que tant Ennova SA que les SIG étaient les destinataires de la demande d'accès et a contesté que sa mandante n'aurait pas respecté les points convenus lors de la séance de médiation. S'agissant de l'argument selon lequel Ennova SA ne réaliserait pas une tâche publique, Me Y a indiqué ce qui suit : *« Ennova considère à tort que son mandat au service de l'Etat de Fribourg ne relève pas de l'accomplissement d'une tâche publique, puisqu'il s'agit de la réalisation du plan directeur cantonal. Par ailleurs, la réalisation d'infrastructures d'énergies renouvelables relèvent d'une tâche publique par essence (lutte contre le réchauffement climatique), et aussi en raison des mesures de soutien public prévues notamment par l'ordonnance fédérale sur l'encouragement de la production d'électricité issue d'énergies renouvelables (OEneR, RS 730.03), sans lesquelles elles ne seraient pas imaginées. En d'autres termes, il s'agit d'argent public dont l'allocation doit faire l'objet de la plus grande transparence. La planification et la réalisation des parcs éoliens qui font l'objet de la requête d'accès aux documents officiels dans la présente procédure s'insèrent très particulièrement dans le contexte précité. A noter également la connexité directe entre la prospection des sites éoliens et la réalisation du plan directeur, celui-ci ayant recyclé ceux-là. Enfin, PLF conteste toute violation du principe de la bonne foi ».*
28. En vue de la rédaction d'une recommandation, la Préposée adjointe a adressé un courriel à Me Z, ainsi qu'à la responsable LIPAD des SIG le 18 mai 2022. Un délai au 30 mai 2022 était imparti pour que ces derniers se déterminent quant aux 11 points listés dans le courrier de Me Y du 24 mars 2022 adressé à Ennova SA, en indiquant,

pour chacun des points, si Ennova SA et / ou les SIG détiennent le document requis, alternativement les documents identifiés comme répondant à la demande d'accès, ainsi que les motivations pour lesquelles l'accès est refusé pour chaque document identifié. La Préposée adjointe sollicitait dans le même délai la consultation des documents requis.

29. Tant Ennova SA que les SIG ont sollicité une prolongation du délai, d'abord au 3 juin 2022, puis au 9 juin 2022, prolongations qui ont été accordées.

30. Le 9 juin 2022, Ennova SA, par la voix de son conseil, a fait parvenir ses déterminations à la Préposée adjointe. Elle a relevé à titre liminaire être une entité indépendante tant opérationnellement que juridiquement des SIG, ce qui explique des déterminations séparées ; elle a en outre souligné avoir consacré un temps considérable à la recherche et à l'envoi de documents et a ainsi facturé un émolument de CHF 4'038.80 à la requérante. S'agissant des faits pertinents, Ennova SA a indiqué ne plus être active sur un quelconque projet éolien en cours de développement dans le canton de Fribourg, mais être intervenue dans le passé en qualité de mandataire externe et indépendant spécialisé dans le domaine éolien, sur mandat du service de l'énergie du canton de Fribourg, pour procéder à une pré-évaluation de certains sites et s'assurer de leur conformité avec le cadre réglementaire. Concernant la requérante, il est indiqué qu'elle est une association de droit suisse active à Fribourg et qu'elle a ouvert des procédures similaires de demande d'accès à des documents auprès de communes fribourgeoises notamment, « *dans le but de d'obtenir des informations pour ses dossiers visant à s'opposer, de manière systématique, au développement de l'éolien dans le canton de Fribourg* ». Sur le fond, Ennova SA considère ne pas avoir accompli une tâche publique dans le cadre de son mandat auprès du service de l'énergie du canton de Fribourg, mais être intervenue comme n'importe quel autre acteur économique privé, de manière indépendante et contre rémunération. Ainsi, pour ce seul motif, la requête devrait être rejetée. En outre, Ennova allègue que la requérante utilise la LIPAD de manière contraire au principe de la bonne foi, « *dans le seul but de perturber et bloquer systématiquement le développement éolien dans le canton de Fribourg, respectivement d'obtenir des informations pour son dossier visant à s'y opposer* », comportement qui pourrait être qualifié de « *chicanier* ». Finalement, des exceptions au principe de la transparence sont invoquées (art. 26 al. 5, 25 al. 4, 26 al. 2 let i et j LIPAD) ; plus spécifiquement s'agissant des documents requis dans le courrier du 24 mars 2022 de Me Y, Ennova SA a indiqué ce qui suit :

- a) Ennova SA n'est pas en possession du contrat de vente de la société Ennova SA aux SIG par les actionnaires d'Ennova SA ;
- b) Ennova SA n'est pas visée par la requête portant sur les contrats de partenariat entre les SIG et Groupe E Greenwatt SA pour les projets suivants : Montagne de Buttes, Monts de Boveresse, Massif du Gibloux et Côtes du Glaney ;
- c) Ennova SA considère avoir un intérêt prépondérant à la non-divulgence des documents mentionnés dans le document de synthèse – Préfecture de la Glâne – 14 juin 2012 d'Ennova SA : Rapport I (sites potentiels), Rapports II et III (réajustement des sites), Plan A2 (plan des sites identifiés comme potentiels), car ces derniers ont pour vocation un usage strictement interne, sont soumis au secret d'affaires et pourraient mettre en péril des intérêts patrimoniaux légitimes d'Ennova SA ;

- d) Ennova SA ne dispose pas de documents supplémentaires à ceux mentionnés sous c ;
- e) la demande est manifestement imprécise dans la mesure où elle requiert l'ensemble des contrats de lobbying passés par Ennova SA depuis sa création sans préciser la période de temps, ni l'objet desdits contrats ; de plus, ces accords concernent des tiers qui devraient être consultés ;
- f) Ennova SA indique qu'il n'y pas eu de discussions au sein de son Conseil d'administration portant sur des délibérations relatives à la prospection et/ou la planification de sites éoliens sur le territoire fribourgeois, seuls ou en collaboration avec Groupe E respectivement Groupe E Greenwatt SA ;
- g) S'agissant des courriels échangés ainsi que les pièces annexées entre d'une part M. E ou G, et d'autre part M. H respectivement M. I, Ennova SA a indiqué qu'il s'agissait de supports personnels pour le travail entre un cercle de personnes très restreint et destinés à l'élaboration de rapports ; de plus, la demande est imprécise et disproportionnée, car aucune période de temps n'est précisée, ni l'objet des échanges requis.
- h) Ennova SA n'a pas échangé avec Groupe E, respectivement Groupe E Greenwatt SA, au sujet de la prospection de sites éoliens sur le territoire du canton de Fribourg, ou ailleurs ; la demande est par ailleurs manifestement imprécise et disproportionnée ;
- i) Il n'y a aucune autre convention ou lettre d'intention que celle du 15 octobre 2014 d'ores et déjà transmise à la requérante conclue entre Ennova SA et Groupe E, respectivement Groupe E Greenwatt SA ;
- j) Il n'existe qu'une seule convention conclue par Ennova SA avec une commune fribourgeoise qui est soumise au secret d'affaires (le document contient le détail des obligations et prestations à charge des parties ainsi que des informations d'ordre financier et liées au mode opérationnel d'Ennova SA dans son fonctionnement auprès de ses clients. La divulgation de telles informations serait ainsi de nature à donner à un tiers ou des concurrents un avantage indu, auquel ces derniers n'auraient d'ailleurs pas pu avoir accès librement) ;
- k) S'agissant des conventions, lettres d'intentions, contrats-cadre, promesses de constitution de servitude, ou tout autre acte analogue en vue de la mise à disposition de parcelles, conclues avec des propriétaires fonciers sur le territoire fribourgeois, en vue de la réalisation de parcs éoliens, Ennova SA indique que ces documents contiennent des données personnelles et que les transmettre contreviendrait à l'art. 39 LIPAD.

31. Les SIG se sont déterminés dans le même délai imparti. Ils ont indiqué adhérer sans réserve à la position d'Ennova SA, considérant que la requête ne satisfait pas aux conditions de la LIPAD, d'une part car Ennova SA n'a pas pour vocation de remplir une tâche publique et d'autre part car le comportement de la requérante est contraire au principe de la bonne foi. Plus spécifiquement concernant les documents requis, les SIG ont indiqué ne pas avoir de documents listés au point 23 ci-dessus sous b), c), d), g), h),j) et k). S'agissant du contrat de vente de la société Ennova SA aux SIG par les actionnaires d'Ennova SA (a), ce contrat est soumis au secret d'affaires et contient des informations concernant des tiers, de sorte qu'il ne peut être transmis. S'agissant des contrats de lobbying conclus par les SIG (e), la demande est

imprécise ; SIG a toutefois précisé ne pas avoir passé de contrats de lobbying avec des « *personnes fribourgeoises* ». S'agissant des extraits de procès-verbaux du conseil d'administration des SIG ayant été requis (f), ils nécessitent une recherche importante, actuellement en cours. Quant à la demande portant sur une convention ou lettre d'intention entre les SIG d'une part et Groupe E ou Groupe E Greenwatt SA d'autre part (i), il n'y en a qu'une qui vise un projet hors du canton de Fribourg et qui est soumise au secret d'affaires.

32. Le 20 juin 2022, la Préposée adjointe a pu consulter les documents querellés, en vue de la rédaction de la présente recommandation.
33. Le lendemain, Ennova SA a indiqué un erratum au point 37 de la détermination de son conseil, Me Z, précisant que « *Monsieur G a été administrateur délégué d'ennova SA de mai 2011 à octobre 2013* ». De plus, il est indiqué que « *pour ce qui concerne les courriers électroniques et afin de respecter la sphère privée des collaborateurs, notre gestionnaire informatique, T, nous a confirmé qu'une fois qu'un collaborateur quitte l'entreprise, sa boîte mail est gardé 30 jours en réserve, ensuite elle est intégralement détruite de tout support informatique* ».
34. A toutes fins utiles, il sied de préciser que diverses recommandations ont été rendues par la Préposée à la transparence du canton de Fribourg les 21 janvier, 8 et 21 avril et 17 juin 2022, ainsi que les 24 mars, 29 avril, 28 mai et 12 juillet 2021 (<https://www.fr.ch/etat-et-droit/transparence-et-protection-des-donnees/recommandations-de-la-preposee>) suite à des demandes d'accès émises dans le contexte des projets éoliens du canton du Fribourg.
35. Les recommandations susmentionnées des 21 janvier, 8 et 21 avril 2022 relatives à des demandes d'accès à des documents en mains de diverses communes fribourgeoises, ainsi que la recommandation du 17 juin 2022 relative à des documents auprès du SdE avaient notamment trait à des documents émis ou également en mains d'Ennova SA. La Préposée à la transparence du canton de Fribourg a recommandé aux communes concernées qui indiquaient ne pas avoir certains documents en leur possession de les récupérer « *auprès de Groupe E, Greenwatt et éventuellement d'Ennova SA, puis d'informer la requérante et la préposée du résultat, respectivement de transmettre les documents récupérés à la requérante, conformément à la procédure prévue par la LInf* ».
36. L'Association des communes fribourgeoises (ACF-FGV) a recensé sur son site internet l'inventaire des documents déjà transmis suite à des demandes d'accès, en application de la loi sur l'information et l'accès aux documents, du 9 septembre 2009 (LInf ; RS-FG 17.05) ; il y est précisé que la liste sera « *complétée au gré des informations transmises par les communes à Mme Stoffel, Préposée à la transparence* » (<https://www.acf-fgv.ch/fr/conseils-et-services>).

II. Le Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence observe en droit:

37. Selon l'art. 9 al. 3 Cst-GE, l'activité publique s'exerce de manière transparente, conformément aux règles de la bonne foi, dans le respect du droit fédéral et du droit international. Conformément à l'art. 28 al. 2 Cst-GE, toute personne a le droit de prendre connaissance des informations et d'accéder aux documents officiels, à moins qu'un intérêt prépondérant ne s'y oppose
38. En édictant la LIPAD, entrée en vigueur le 1^{er} mars 2002, le législateur a érigé la transparence au rang de principe aux fins de renforcer tant la démocratie que le

contrôle de l'administration, valoriser l'activité étatique et favoriser la mise en œuvre des politiques publiques (MGC 2000 45/VIII 7671 ss).

39. S'agissant de son volet relatif à l'accès aux documents en mains des institutions publiques, la LIPAD a ainsi pour « *but de favoriser la libre information de l'opinion et la participation à la vie publique* » (art. 1 al. 2 litt. a LIPAD).
40. A ce propos, l'exposé des motifs à l'appui du PL 8356 relève: « *La transparence des activités étatiques et para-étatiques visée par la LIPAD a pour finalité de favoriser la libre formation de l'opinion publique et la participation des citoyens à la vie publique. En raison de l'importance que les collectivités publiques ont prise dans la vie moderne, une transparence accrue dans leur fonctionnement est de nature à permettre une meilleure formation de l'opinion publique. Elle est propre également à renforcer l'intérêt des citoyens pour le fonctionnement des institutions et à les inciter à mieux s'investir dans la prise des décisions démocratiques. Dans une démocratie semi-directe, qui appelle fréquemment les citoyens aux urnes sur les sujets les plus variés, la recherche d'une participation accrue grâce à une opinion publique librement formée présente un intérêt majeur* » (MGC 2000 45/VIII 7676).
41. Le champ d'application de la loi est défini à son art. 3. L'art. 3 al. 2 let a) prévoit qu'elle s'applique, sous réserve des alinéas 4 et 5, aux personnes morales et autres organismes de droit privé sur lesquels une ou plusieurs des institutions visées à l'alinéa 1 exercent une maîtrise effective par le biais, alternativement : 1° d'une participation majoritaire à leur capital social ; 2° d'un subventionnement à hauteur d'un montant égal ou supérieur à 50% de leur budget de fonctionnement, mais au minimum de 50 000 francs ; 3° de la délégation en leur sein de représentants en position d'exercer un rôle décisif sur la formation de leur volonté ou la marche de leurs affaires.
42. Toute personne, physique ou morale, a accès aux documents en possession des institutions, sauf exception prévue ou réservée par la loi (art. 24 al. 1 LIPAD). L'accès aux documents comprend la consultation sur place et l'obtention de copies des documents (art. 24 al. 2 LIPAD).
43. Il n'est pas nécessaire de motiver la demande (art. 28 al. 1 LIPAD). Le droit d'accès aux documents est ainsi un droit reconnu à chacun, sans restriction liée notamment à la démonstration d'un intérêt digne de protection.
44. Les documents sont tous les supports d'informations détenus par une institution publique contenant des renseignements relatifs à l'accomplissement d'une tâche publique (art. 25 al. 1 LIPAD).
45. La notion de « tâche publique » a trait à une activité étatique ou para-étatique (MGC 2000 45/VIII 7695). A cet égard, le Tribunal fédéral a distingué le patrimoine financier du patrimoine administratif de l'Etat ainsi : « *la gestion du patrimoine financier et des ressources de l'Etat ne sert qu'indirectement à l'exécution des tâches publiques ; l'Etat ne détient les biens du patrimoine financier qu'à raison de leur valeur d'échange (Dubey/Zufferey, Droit administratif général, 2014, n° 1488 et 1485) ; c'est une prestation de moyen qui permet à l'administration d'effectuer les tâches publiques. Les biens du patrimoine administratif ont au contraire pour l'Etat une valeur d'usage dans la mesure où il s'en sert effectivement à des fins d'intérêt public (Dubey/Zufferey, op. cit.)* » et a conclu que les documents liés à la gestion d'un immeuble soumis au régime de loyers libres ne sauraient être relatifs à une tâche publique (1C_379/ 2014 du 29 janvier 2015). Il en va de même de l'activité de la Fondation de valorisation des actifs de la BCGE pour laquelle la Cour a retenu ce qui

suit : « *Les banques cantonales poursuivaient à l'origine des buts d'intérêt public ou d'utilité publique, en contribuant au développement de l'agriculture, de l'industrie et de l'économie du canton. Avec le temps, elles ont toutefois évolué vers l'activité d'une banque universelle et se sont concentrées de manière prioritaire sur la recherche de profits, leurs tâches étant devenues comparables à celles des banques commerciales privées. Indépendamment de leur forme juridique, de leur capital et de leur revenu, elles font ainsi partie du patrimoine financier de l'État, raison pour laquelle elles ne sont d'ailleurs pas exonérées du paiement de l'impôt fédéral direct (ATF 127 II 113 consid. 8 ; Piermarco ZEN-RUFFINEN, Droit administratif, partie générale et éléments de procédure, 2ème édition, 2013, p. 209, n° 853)* ». (ATA/1404/2017 du 17 octobre 2017). Par contre, constituent des tâches publiques la gestion du personnel, directement liée à la gestion du patrimoine administratif (ATA/758/2015 du 28 juillet 2015), « *la façon dont la ville a défini sa politique d'admission du contenu des affiches qu'elle accepte de voir apposées sur ses espaces d'affichage, la façon dont elle s'est organisée pour la mettre en œuvre, et la façon dont elle l'a jusque-là mise en pratique* » (ATA/576/2017 du 23 mai 2017) ou encore la gestion financière d'une commune, l'utilisation des ressources mises à sa disposition par le contribuable et la gestion de son patrimoine administratif (ATA/1003/2016 du 29 novembre 2016).

46. Sont notamment des documents les messages, rapports, études, procès-verbaux approuvés, statistiques, registres, correspondances, directives, prises de position, préavis ou décisions (art. 25 al. 2 LIPAD).
47. Pour les informations n'existant que sous forme électronique, seule l'impression qui peut en être obtenue sur un support papier par un traitement informatique simple est un document (art. 25 al. 3 LIPAD).
48. Les notes à usage personnel, les brouillons ou autres textes inachevés ainsi que les procès-verbaux non encore approuvés ne constituent pas des documents au sens de la loi (art. 25 al. 4 LIPAD).
49. Le principe de transparence n'est pas absolu. L'accès aux documents est restreint par différentes exceptions s'il existe un intérêt prépondérant au maintien du secret prévu à l'art. 26 LIPAD.
50. Selon la Cour de justice, « *par souci d'harmonisation verticale et dans la mesure où les différentes législations sur la transparence visent le même but et reprennent des principes de base globalement identiques, la jurisprudence rendue sur la base de la LTrans peut en principe être transposée à la LIPAD* » (ATA/154/2016 du 23 février 2016, consid. 5.a).
51. Il ressort de la jurisprudence applicable à la LTrans que si l'institution publique décide de limiter ou de refuser l'accès à des documents officiels, elle doit alors démontrer que les conditions aux exceptions à la transparence sont réalisées dans le cas d'espèce (arrêt du TF 1C_428/2016 du 27 septembre 2017, consid. 2.3). A cet égard, ses explications doivent être convaincantes, à savoir être précises et claires, complètes et cohérentes (arrêt du TAF A-6/2015 du 26 juillet 2017, consid. 4.1 ; Recommandation du PFPDT du 29 août 2018). Si l'institution publique ne parvient pas à renverser la présomption du libre accès aux documents officiels, elle supporte les conséquences du défaut de preuve et l'accès doit en principe être accordé (arrêt du TAF A-6755/2016 du 23 octobre 2017, consid. 3.2).
52. Sont notamment soustraits au droit d'accès institué par la LIPAD les documents dont l'accès est propre à mettre en péril les intérêts patrimoniaux légitimes ou les droits

immatériels d'une institution (art. 26 al. 2 let. b LIPAD). Lorsqu'il a introduit cette exception, le législateur envisageait en particulier les cas dans lesquels les institutions apparaissent essentiellement comme des sujets de droit privé (MGC 2000 45/VIII 7695-7696). Deux jurisprudences peuvent être citées en application de cette disposition; dans la plus récente, le Tribunal fédéral a confirmé une jurisprudence de la Cour de justice qui a retenu cette exception confirmant le refus d'accès à un document d'une fondation. En effet, l'intérêt privé patrimonial de cette dernière à ne pas voir divulguer des renseignements sur les caractéristiques, le nombre et la valeur des objets mis à disposition du musée au fil des années, renseignements susceptibles de servir des intérêts malveillants, l'emportait sur l'intérêt public à la transparence (arrêt du Tribunal fédéral 1C_359/2011 du 7 décembre 2011). A l'inverse, dans une affaire plus ancienne, le Tribunal administratif avait retenu qu'il n'y a pas d'intérêt public prépondérant s'opposant à la transmission de l'expertise d'un bien immobilier dont une collectivité publique est propriétaire, l'institution craignant à tort que les experts immobiliers ne voudraient plus travailler pour elle s'ils étaient exposés au risque de publication de leurs expertises (ATA/162/2005).

53. L'accès aux documents doit aussi être refusé s'il est propre à rendre inopérantes les restrictions légales à la communication de données personnelles à des tiers (art. 26 al. 2 let. f LIPAD). Cette lettre constitue un renvoi à l'art. 39 al. 9 LIPAD (ATA/758/2015 du 28 juillet 2005, consid. 9b; ATA/767/2014 du 30 septembre 2014, consid. 3c; ATA/919/2014 du 25 novembre 2014, consid. 4b). Or, selon l'art. 39 al. 9 LIPAD, la communication de données personnelles à une tierce personne de droit privé n'est possible, alternativement, que si une loi ou un règlement le prévoit explicitement (litt. a) ou qu'un intérêt privé digne de protection du requérant le justifie sans qu'un intérêt prépondérant des personnes concernées ne s'y oppose (litt. b). Selon l'exposé des motifs relatif au PL 8356, « *La lettre f coordonne quant à elle l'application de la LIPAD avec la législation (au sens large) sur la protection des données personnelles, dont l'application est d'ailleurs également réservée par l'article 2, alinéa 4 LIPAD* » (MGC 2000 45/VIII 7697). Plus spécifiquement, la Cour de justice a considéré, dans le cadre d'une demande d'accès à une décision concernant une sanction administrative infligée à un médecin, qu'il y a un intérêt privé manifeste du médecin à ce que les sanctions disciplinaires le concernant, autres que celles publiées dans la FAO, ne soient pas dévoilées à des tiers et que cet intérêt s'opposait à la communication requise (ATA/767/2014 du 30 septembre 2014). Il est aussi utile de rappeler une affaire ayant trait à l'accès d'une pharmacie concurrente à un rapport d'inspection rédigé par le service du Pharmacien cantonal à Genève au sujet des locaux d'une pharmacie voisine. Dans cette affaire, la Cour de justice était arrivée à la conclusion que l'accès au rapport était possible, moyennant caviardage des données personnelles, car il ne contenait aucune information couverte par le secret médical ou encore par le secret des affaires ou de fabrication, l'exploitation de la pharmacie n'ayant pas encore commencé (ATA 525/2016, du 21 juin 2016); cette lecture avait été confirmée par le Tribunal fédéral: « *compte tenu de ce caviardage obligatoire, [...] la Cour cantonale pouvait considérer sans arbitraire que la transmission litigieuse ne comporterait en définitive aucune donnée personnelle, et que l'art. 39 al. 9 LIPAD n'y faisait donc pas obstacle puisque cette disposition s'applique exclusivement en cas de transmission de données personnelles* » (arrêt du TF 1C_338/2016 du 16 décembre 2016, consid. 2.2 in fine). La Cour de justice a également jugé que la liste des titulaires des autorisations d'exploiter un taxi de service privé contenant leurs noms et prénoms, adresse professionnelle, numéro de téléphone professionnel et numéro de plaques était accessible, à l'exclusion de leur adresse privée, de la date d'octroi desdites autorisations et de leur numéro de téléphone privé. En effet, à la lecture de la loi sur les taxis, elle a considéré ces données comme publiques (ATA/919/2014 du 25 novembre 2014).

54. En outre, l'accès doit être refusé s'il est de nature à révéler des informations couvertes par des secrets professionnels de fabrication ou d'affaires, le secret fiscal, le secret bancaire ou le secret statistique (art. 26 al. 2 let. i LIPAD). Concernant cette disposition, l'exposé des motifs relatif au PL 8356 (Mémorial du Grand Conseil genevois 2000 45/VIII p. 7697-7698) précise: « *L'exception tirée des différents secrets institués par la législation représente en réalité un cas particulier d'exceptions justifiés par la protection de la sphère privée. Il apparaît néanmoins utile de faire une mention explicite des secrets professionnels, de fabrication ou d'affaires, ainsi que, comme cela a été réclamé de plusieurs parts au cours de la procédure de consultation, du secret fiscal. Les institutions jouent un rôle important dans l'économie locale, en particulier par les commandes qu'elles passent et les travaux qu'elles adjugent. Les entrepreneurs ou autres fournisseurs de prestations entrant en contact avec elles doivent admettre d'emblée d'agir dans la transparence. Il importe néanmoins que de telles relations ne les mettent pas dans une situation d'infériorité par rapport à des concurrents en mettant ces derniers au bénéfice d'informations normalement confidentielles* ».
55. En lien avec cette disposition, la Cour de justice a considéré que la simple insertion d'une clause de confidentialité dans un contrat entre une institution publique et un tiers ne saurait faire échec au principe de la transparence en permettant d'invoquer l'exception de l'art. 26 al. 2 let. i ; en effet, elle a ainsi jugé que si l'existence d'une clause de confidentialité mettait certes en exergue une volonté des parties contractuelles de maintenir le contenu de leur accord dans leur sphère privée, cet élément pouvait être pris en considération à ce titre dans la pesée des intérêts commandée par l'art. 26 LIPAD, mais ne conduisait pas à exclure la mise en œuvre, sur le document concerné, des droits d'accès conférés par la loi (ATA/154/2016 du 23 février 2016 et jurisprudence citée).
56. Enfin, l'accès doit être refusé s'il est de nature à révéler des faits dont la communication donnerait à des tiers un avantage indu (art. 26 al. 2 let. j LIPAD).
57. Pour autant que cela ne requière pas un travail disproportionné, un accès partiel doit être préféré à un simple refus d'accès à un document dans la mesure où seules certaines données ou parties du document considéré doivent être soustraites à la communication. Les mentions à soustraire au droit d'accès doivent être caviardées de façon à ce qu'elles ne puissent être reconstituées et que le contenu informationnel du document ne s'en trouve pas déformé au point d'induire en erreur sur le sens ou la portée du document (art. 27 al. 1 et 2 LIPAD).
58. En ce qui concerne particulièrement la procédure d'accès aux documents, en application de l'art. 30 al. 1 LIPAD, toute personne peut déposer une demande en médiation lorsque sa demande n'est pas honorée ou lorsque l'autorité tarde à répondre.
59. Le Préposé cantonal mène la procédure de médiation de manière informelle, en recueillant la position des institutions et des personnes concernées sur le document demandé et sur son accès, selon un mode de communication adapté à la complexité de la requête et conformément au principe d'économie de procédure. Il entend les parties et peut les réunir. Il s'efforce de les amener à un accord. Il leur soumet, si nécessaire, des propositions (art. 10 al. 8 et 9 LIPAD).
60. Dans ces limites, c'est au Préposé cantonal qu'il incombe de déterminer les modalités de la médiation. Dans leur pratique, le Préposé cantonal et la Préposée adjointe organisent des rencontres de médiation lors desquelles ils font signer aux participants un engagement à la médiation qui souligne la confidentialité du

processus. Ce document est également signé par la personne qui représente le Préposé cantonal durant la procédure (soit le Préposé cantonal, soit la Préposée adjointe).

61. Le Préposé cantonal et la Préposée adjointe, dans le souci de garantir un double regard neutre, impartial et indépendant sur la situation portée à leur connaissance, ont fait le choix de traiter séparément le processus de médiation proprement dit de la rédaction de la recommandation en faisant de sorte que lorsque c'est le Préposé cantonal qui veille à la médiation, c'est la Préposée adjointe qui rédige la recommandation et inversement.
62. Le Préposé cantonal est tenu de formuler une recommandation si la médiation n'aboutit pas (art. 30 al. 5 LIPAD).
63. Dans ce cadre, il doit veiller à ne rien divulguer des échanges survenus au cours de la procédure de médiation, ni dévoiler le contenu des documents dont la transmission est contestée. La recommandation doit être rédigée dans le respect des institutions et de la personnalité des personnes et institutions concernées (art. 10 al. 11 RIPAD).
64. Outre la LIPAD, il convient présentement de se référer également à la Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (Convention Aarhus du 25 juin 1998 ; RS 0.814.07), dont l'un des piliers a trait aux informations sur l'environnement. Son art. 4 prévoit l'accès à l'information sur l'environnement auprès des autorités publiques sous réserve de motifs les autorisant à refuser ou ajourner l'accès, dont le caractère confidentiel des données ou le secret commercial.
65. L'art. 2 §2 définit la notion d'« autorité publique » ; elle vise l'administration publique à l'échelon national ou régional ou à un autre niveau ; les personnes physiques ou morales qui exercent, en vertu du droit interne, des fonctions administratives publiques, y compris des tâches, activités ou services particuliers en rapport avec l'environnement ; toute autre personne physique ou morale assumant des responsabilités ou des fonctions publiques ou fournissant des services publics en rapport avec l'environnement sous l'autorité d'un organe ou d'une personne entrant dans les catégories susvisées.
66. La notion « d'informations sur l'environnement » est définie à l'art. 2 § 3 de la Convention. Elle comprend notamment les informations portant sur « *des facteurs tels que les substances, l'énergie, le bruit et les rayonnements et des activités ou mesures, y compris des mesures administratives, des accords relatifs à l'environnement, des politiques, lois, plans et programmes qui ont, ou risquent d'avoir, des incidences sur les éléments de l'environnement relevant de l'al. a) ci-dessus et l'analyse coût-avantages et les autres analyses et hypothèses économiques utilisées dans le processus décisionnel en matière d'environnement* » (let b).
67. En application de la Convention d'Aarhus, s'agissant du principe de transparence, une disposition, l'art. 10g, a été ajoutée à la loi fédérale sur la protection de l'environnement du 7 octobre 1983 (LPE ; RS 814.01) afin de donner aux citoyens le droit d'accéder aux documents contenant des informations sur l'environnement. Cette disposition s'applique aussi bien à la Confédération qu'aux cantons.
68. L'art. 10 g al. 1 LPE dispose que « *Toute personne a le droit de consulter les informations sur l'environnement contenues dans les documents officiels et celles relevant de dispositions sur l'énergie et qui se rapportent à l'environnement, ou*

d'obtenir de la part des autorités des renseignements sur le contenu de ces documents » ; son alinéa 3 précise que le droit cantonal régit les demandes d'accès adressées aux autorités cantonales et renvoie ainsi à l'application de la LIPAD.

III. Le Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence considère:

69. Ennova SA est une société anonyme de droit suisse active dans le développement de projets éoliens et détenue à 100% par les SIG. Ces derniers sont constitués sous forme d'un établissement de droit public genevois soumis à la LIPAD (art. 3 al. 1 let. c). Ainsi, conformément à l'art. 3 al. 2 let. a) chiffre 1 LIPAD, Ennova SA est soumise à la LIPAD.
70. La requérante est une association qui a pour but de réunir, dans le canton de Fribourg, les groupements et les personnes en fédération qui s'engagent pour la préservation des zones du canton menacées par les atteintes industrielles, notamment éoliennes, au paysage, à la faune, la flore et à la santé des êtres humains (art. 2 des statuts de X).
71. Présentement, la requérante sollicite l'accès à de nombreux documents en lien direct ou indirect avec des projets d'éoliennes dans le canton de Fribourg. Les documents requis sont listés dans son courriel du 24 mars 2022 et repris au point 23 ci-dessus sous les lettres a) à k).
72. S'agissant des documents détenus par Ennova SA, font l'objet de la présente recommandation les points suivants : c) Pièces suivantes mentionnées dans le document de synthèse – Préfecture de la Glâne – 14 juin 2012 d'Ennova SA : Rapport I (sites potentiels), Rapports II et III (réajustement des sites), Plan A2 (plan des sites identifiés comme potentiels) ; e) tous les contrats de lobbying passés entre Ennova SA et des personnes fribourgeoises ou autres pour influencer l'opinion publique, les autorités communales et cantonales ou des propriétaires fonciers, en vue de contribuer directement ou indirectement, au développement de l'énergie éolienne dans le canton de Fribourg (notamment offre d'un tel contrat à M. U, à l'époque conseiller national) ; f) extraits des procès-verbaux du conseil d'administration d'Ennova SA portant sur les délibérations relatives à la prospection et / ou la planification de sites éoliens sur le territoire fribourgeois, seuls ou en collaboration avec Groupe E respectivement Groupe E Greenwatt SA ; g) les courriels échangés ainsi que les pièces annexées entre d'une part M. E ou G, et d'autre part M. H respectivement M. I ; h) toutes correspondances écrites échangées entre Ennova SA d'une part et Groupe E respectivement Groupe E Greenwatt SA d'autre part, à propos de la prospection et le développement de sites éoliens sur le territoire du canton de Fribourg ou ailleurs ; j) toutes conventions ou lettres d'intention conclues entre Ennova SA, respectivement les SIG, avec les communes de Belfaux, Misery-Courtion ou Courtepin, ou avec toute autre commune fribourgeoise ; k) toutes conventions, lettres d'intentions, contrats-cadre, promesses de constitution de servitude, ou tout autre acte analogue en vue de la mise à disposition de parcelles, conclues avec des propriétaires fonciers sur le territoire fribourgeois, en vue de la réalisation de parcs éoliens.
73. Concernant les documents requis listés au point 23 sous les lettres a, b, d, i, Ennova SA a indiqué ne pas les détenir, y avoir déjà donné accès ou qu'il s'agit de documents disponibles sur le site internet de l'Etat de Fribourg.
74. Dans le cadre de la présente procédure devant le Préposé cantonal, Ennova SA a transmis un accord du 15 octobre 2014 la liant au groupe E Greenwatt, ainsi que diverses offres, commandes et factures en lien avec des mandats confiés à des tiers.

75. De manière générale, Ennova SA considère que les documents requis ne sont pas des documents au sens de l'art. 25 al. 1 LIPAD, car ils ne relèvent pas d'une tâche publique. Elle estime en outre que la participation des SIG à son capital relève du patrimoine financier des SIG. De plus, elle explique agir comme n'importe quel acteur économique privé, de manière indépendante et contre rémunération, que ce soit de manière générale ou dans le cadre du mandat qui lui a été octroyé par le service de l'énergie du canton de Fribourg.
76. Dans sa recommandation du 4 juillet 2022 concernant une demande d'accès connexe portant sur des documents en mains des SIG, la Préposée adjointe a considéré ce qui suit :

« A la lecture des missions des SIG, il apparaît que leurs activités doivent intervenir dans des domaines liés au but régalién qui leur est imparti, à savoir principalement la fourniture d'eau, de gaz, d'électricité, d'énergie thermique dans le canton de Genève. Ainsi, à l'instar des banques cantonales qui poursuivaient à l'origine des buts d'intérêts publics et contrairement à ces dernières qui ont des tâches qui sont devenues comparables à celles de banques privées, les SIG conservent des tâches d'intérêt public. Tout comme la gestion du personnel étatique est une tâche publique directement liée à la gestion du patrimoine administratif, l'activité des SIG dans le domaine éolien ou dans des sociétés actives dans le domaine éolien relève d'une tâche publique directement liée à des politiques publiques.

Cette lecture va dans le sens d'un arrêt rendu par la Chambre administrative de la Cour de justice le 2 juin 2015 (ATA/560/2015) portant sur une demande d'accéder aux contrats liant les SIG ou les ayant liés à l'une de leurs mandataires dans le domaine éolien (contrat « Juel III » et données financières ayant conduit à la participation des SIG dans Ennova SA avant leur rachat de l'intégralité du capital action de celle-ci en mai 2014). La Cour avait retenu que ce contrat et ses annexes constituent des documents au sens de l'art. 25 al. 1 LIPAD, ce que les parties ne contestaient pas. Il s'agissait ainsi de « supports d'informations contenant des renseignements relatifs à l'accomplissement d'une tâche publique ». La Cour avait par ailleurs ordonné aux SIG de donner accès au contrat « JUEL III » et à certaines de ses annexes, considérant que les citoyens avaient le droit de prendre connaissance de ceux-ci.

S'il n'était pas contesté que ce contrat avait trait à une tâche publique, il doit en aller de même pour les documents présentement requis. En effet, ils ont également trait à l'activité des SIG dans le domaine éolien et relèvent d'un même contexte de faits ».

77. Si l'investissement des SIG dans Ennova SA relève d'une tâche publique, cela ne signifie pas pour autant que l'ensemble de l'activité d'Ennova SA relève d'une tâche publique. L'examen de ce point devra intervenir en fonction des documents sollicités et du contexte dans lequel ils ont été établis.
78. A cet égard, il sied d'emblée de relever que les documents émis dans le cadre du mandat donné par le service de l'énergie du canton de Fribourg doivent être considérés comme relevant d'une tâche publique, puisqu'ils interviennent dans la réalisation du plan directeur cantonal. Ils sont donc soumis au principe de la transparence, sauf intérêt public ou privé prépondérant qui s'y opposerait.
79. La Préposée à la transparence du canton de Fribourg a par ailleurs retenu dans les recommandations susmentionnées (pt 34-35 ci-dessus) que les demandes d'accès des requérants portent sur les documents en lien avec les projets d'éoliennes dans le canton de Fribourg et que les documents sollicités « *contiennent des informations sur*

l'état de l'environnement tels que l'air, le paysage et les sites naturels entre autres, puisqu'ils sont en lien avec l'exploitation de l'énergie éolienne (art. 22 al. 4 LInf). Il s'agit donc de documents officiels au sens de la LInf et qui entrent dans la catégorie d'informations sur l'environnement au sens de l'art. 2 ch. 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) » (voir notamment la recommandation du 17 juin 2022).

80. S'agissant de la Convention d'Aarhus, les parties à la Convention en ont voulu la définition la plus large possible (Commission économique pour l'Europe des Nations Unies (CEE-ONU), La Convention d'Aarhus: Guide d'application, 2^{ème} éd., New York/Genève 2014, p. 50), de sorte que la définition donnée par l'art. 2 par. 3 du traité englobe en réalité toutes les informations reliées à l'environnement (Astrid Epiney/Stefan Diezig/Benedikt Pirker/Stefan Reitemeyer, Aarhus-Konvention, Handkommentar, Baden-Baden/Bâle/Vienne, 2018, p. 110). D'ailleurs, un lien indirect entre l'information et l'état de l'environnement est suffisant pour ouvrir le champ d'application matériel de la Convention (Daniela Thurnherr, Die Aarhus-Konvention in der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts – Eine Spurensuche, DEP 2017, pp. 510-526, p. 521). Dès lors qu'il s'agit d'une requête d'informations sur l'environnement adressée à une entité soumise à la LIPAD, cette dernière est applicable, conformément à l'art. 10g al. 4 LPE.
81. Il en va de même de l'art. 4 de la Convention d'Aarhus. En effet, en vertu du système moniste, selon lequel les traités internationaux auxquels la Suisse a valablement adhéré s'incorporent immédiatement à son ordre juridique, sans qu'une transposition en droit interne ne soit nécessaire, le particulier peut directement se prévaloir d'une disposition d'un traité international lorsqu'elle concerne ses droits et obligations, qu'elle est suffisamment concrète et claire pour être directement applicable à un cas d'espèce et qu'elle s'adresse à des autorités chargées d'appliquer le droit. L'accès à l'information sur l'environnement remplissant ces trois conditions, l'art. 4 de la Convention d'Aarhus s'applique dès lors directement en Suisse (Maud Richard/Stéphane Werly, L'accès à l'information en matière d'environnement à la lumière de la Convention d'Aarhus, in Sylvain Métille (éd.), Le droit d'accès, CEDIDAC 74, Berne 2021, pp. 163-205, p. 203).
82. Au vu de ce qui précède, il sied de considérer que les documents requis portent sur une tâche publique.
83. Ennova SA invoque en outre le caractère contraire à la bonne foi du comportement de la requérante, qui détournerait la LIPAD pour s'opposer systématiquement au projet éolien dans le canton de Fribourg. Par ailleurs, la requérante solliciterait des documents auxquels elle a déjà eu accès par un autre biais. Elle devrait voir sa demande d'accès rejetée pour ce motif.
84. Selon l'art. 28 al.1 LIPAD, la demande d'accès n'a pas à être motivée. De plus, la loi est muette sur les éventuelles conséquences d'une utilisation abusive ou détournée de son but qui est de « *favoriser la libre formation de l'opinion publique et la participation des citoyens à la vie publique. En raison de l'importance que les collectivités publiques ont prises dans la vie moderne, une transparence accrue dans leur fonctionnement est de nature à permettre une meilleure formation de l'opinion publique. Elle est propre également à renforcer l'intérêt des citoyens pour le fonctionnement des institutions et à les inciter à mieux s'investir dans la prise des décisions démocratiques. Dans une démocratie semi-directe, qui appelle fréquemment les citoyens aux urnes sur les sujets les plus variés, la recherche d'une participation accrue grâce à une opinion publique librement formée présente un*

intérêt majeur », comme le relève l'exposé des motifs relatif à l'avant-projet (PL 8356).

85. En l'espèce, la demande d'accès intervient dans le contexte du développement éolien dans le canton de Fribourg et la requérante est une association active dans la préservation de zones menacées dans ledit canton. Le fait que cette dernière ait formulé des oppositions à des projets éoliens ne rend pas sa demande abusive pour autant. Ce, d'autant plus que l'accès à l'information en matière d'environnement revêt une importance toute particulière, comme le reflète l'adoption de la Convention d'Aarhus. Ainsi, une utilisation abusive de la LIPAD ne saurait être retenue.
86. Les premiers documents querellés en mains d'Ennova SA sont trois rapports mentionnés dans un document de synthèse du 14 juin 2012 (Préfecture de la Glâne), étant précisé qu'Ennova SA indique ne pas avoir d'autres rapports d'identification de sites potentiels sur territoire fribourgeois qui ne seraient pas disponibles au public sur le site du SdE. Ennova SA s'oppose à leur transmission car leur divulgation mettrait en péril ses intérêts patrimoniaux en mettant des informations techniques sur certains sites éoliens en possession de ses concurrents et / ou tiers.
87. Il sied de relever que les documents en question ont été établis en 2011 et ont trait aux sites identifiés comme potentiels pour l'implantation d'éoliennes. Vu la date de leur élaboration et la communication importante qui est intervenue concernant le domaine éolien dans le canton de Fribourg, une éventuelle atteinte aux intérêts patrimoniaux d'Ennova SA apparaît peu probable du fait de leur divulgation. De plus, ces documents contiennent clairement des informations qui ont trait à l'environnement au sens de la Convention d'Aarhus et revêtent un intérêt public quant à la méthode et aux critères retenus pour l'implantation d'éoliennes. Au vu de ce qui précède et des éléments d'ores et déjà divulgués dans le cadre du plan directeur cantonal, rien ne s'oppose à leur communication.
88. Deuxièmement, la requérante sollicite l'accès à tous les contrats de lobbying passés entre Ennova SA et des personnes fribourgeoises ou autres pour influencer l'opinion publique, les autorités communales et cantonales ou des propriétaires fonciers, en vue de contribuer directement ou indirectement, au développement de l'énergie éolienne dans le canton de Fribourg (notamment offre d'un tel contrat à M. U, à l'époque conseiller national). Dans sa détermination du 9 juin 2022, Ennova a considéré la demande trop imprécise, car elle ne se référait ni à une période de temps spécifique, ni à l'objet visé par lesdits contrats. Elle a en outre souligné que des tiers concernés devraient le cas échéant être consultés. Lorsque la Préposée adjointe est allée consulter les documents, aucun contrat de ce type ne lui a été soumis.
89. La Préposée adjointe relève que la détermination d'Ennova SA laisse planer un certain flou quant à l'existence de tels documents. Sans savoir si de tels documents existent ou non, il est impossible de rendre une recommandation quant à leur éventuel caractère public.
90. La requérante a en outre sollicité les extraits de procès-verbaux du Conseil d'administration d'Ennova SA portant sur les délibérations relatives à la prospection et / ou la planification de sites éoliens sur le territoire fribourgeois, seuls ou en collaboration avec Groupe E respectivement Groupe E Greenwatt SA.
91. Aucune disposition de la loi n'a spécifiquement trait à l'accès aux procès-verbaux d'une société anonyme de droit privé soumise à la LIPAD. L'on peut considérer que l'art. 6 al. 2 LIPAD peut s'appliquer par analogie : le caractère non public d'une

séance ne restreint pas le devoir d'information et le droit d'accès aux documents; il sied donc d'examiner si des intérêts prépondérants s'opposent à la communication des extraits des procès-verbaux consultés.

92. Dans sa détermination, Ennova SA a déclaré ne pas détenir de procès-verbaux portant sur les délibérations relatives à la prospection et / ou la planification de sites éoliens sur le territoire fribourgeois. Toutefois, lors de la consultation des documents, les extraits de douze procès-verbaux ont été soumis, sans leurs annexes: procès-verbaux des 30 juillet 2014 pt 6, 23 mars 2015, pt 4, 17 septembre 2015 pt 8, 11 novembre 2015 pt.9, 25 novembre 2015, pt 9, 23 mars 2016 pt 4, 19 octobre 2016, pt 5, 30 mai 2018, pt 6 29 août 2018, pt 2, 17 octobre 2018 pt 6, 7 mars 2019 pt 9, 23 mars 2021 pt 4. Ces derniers portaient, pour la plupart, sur l'avancement du projet "Châtelard". Sans de plus amples explications de la part d'Ennova SA quant aux intérêts prépondérants qui s'opposeraient à la transmission desdits extraits, il sied de retenir que leur partie décisionnelle peut être transmise, moyennant caviardage des données personnelles y figurant.
93. Ensuite, la requérante a demandé l'accès aux courriels échangés ainsi que les pièces annexées entre d'une part M. E ou G, et d'autre part M. H respectivement M. I. Seuls quelques courriels ont été soumis pour consultation à la Préposée adjointe, à titre exemplatif. Ces courriels peuvent être qualifiés de documents au sens de l'art. 25 al. 2 LIPAD, puisqu'il s'agit d'échanges entre des collaborateurs d'Ennova SA avec des collaborateurs du SdE; ils ne contiennent pas d'éléments s'opposant à leur communication et peuvent être transmis.
94. S'agissant de la demande portant sur « toutes correspondances écrites échangées entre Ennova SA d'une part et Groupe E respectivement Groupe E Greenwatt SA d'autre part, à propos de la prospection et le développement de sites éoliens sur le territoire du canton de Fribourg ou ailleurs », le seul document qui a été soumis à la Préposée adjointe pour consultation est une présentation du 20 août 2014 à l'attention de certaines communes du canton de Fribourg concernant le projet éolien le Gibloux. Ce document ne contient que des informations générales, de sorte qu'aucun intérêt prépondérant ne saurait s'opposer à sa transmission. Par ailleurs, à la lecture de la recommandation du 8 avril 2022 de la Préposée à la transparence du canton de Fribourg, il semblerait qu'il ait d'ores et déjà été rendu public.
95. La Préposée adjointe relève ici encore que la détermination d'Ennova SA laisse planer un certain flou quant à l'existence d'éventuels autres documents relatifs à cette demande. En effet, dans sa détermination, Ennova SA confirme d'une part ne pas avoir échangé avec Groupe E Greenwatt SA, mais considère en même temps que la demande est trop imprécise. Quoi qu'il en soit, sans savoir si de tels autres documents existent ou non, il est impossible de rendre une recommandation quant à leur éventuel caractère public.
96. La requérante a sollicité toutes conventions ou lettres d'intention conclues entre Ennova SA avec les communes de Belfaux, Misery-Courtion ou Courtepin, ou avec toute autre commune fribourgeoise. Ennova SA s'oppose à leur transmission car ils seraient de nature à donner à un tiers un avantage indu. 4 conventions ou lettres d'intention ont été soumises à consultation: une lettre d'intention du 30 août 2012 entre les communes de Châtelard, Sâles, Grangettes et Ennova SA, un projet de convention entre la commune de Grangettes et Ennova SA qui n'a jamais été signé, une convention entre la commune de Châtelard et Ennova SA du 27 janvier 2015, ainsi qu'une convention entre la commune de Misery-Courtion et Ennova SA du 22 avril 2013. Ces conventions formulent des obligations de nature assez générales et la plupart d'entre elles ont une valeur historique puisqu'il s'agit de projets qui ne sont

pas venus à terme. De la sorte, aucun intérêt prépondérant ne s'oppose à leur transmission.

97. Finalement, la demande portait sur toutes conventions, lettres d'intentions, contrats-cadre, promesses de constitution de servitude, ou tout autre acte analogue en vue de la mise à disposition de parcelles, conclues avec des propriétaires fonciers sur le territoire fribourgeois, en vue de la réalisation de parcs éoliens.
98. Ennova SA a soumis à consultation plusieurs conventions de servitude et promesse de droit de superficie intervenues avec des particuliers. Ces documents sont des documents-types qui comportent des clauses usuelles en la matière. Ils comportent toutefois des données personnelles de tiers, ainsi que des éléments relatifs à des indemnités et sont encore en vigueur pour la plupart. Conformément à l'art. 27 al. 1 LIPAD, ces documents peuvent être transmis moyennant caviardage du nom des tiers concernés et des éléments financiers y figurant.

RECOMMANDATION

99. Au vu de ce qui précède, le Préposé cantonal recommande à Ennova SA:

a) de transmettre à la requérante les documents suivants:

- les trois rapports mentionnés dans un document de synthèse du 14 juin 2012 (Préfecture de la Glâne);
- les courriels soumis à consultation de la Préposée adjointe à titre exemplatif entre des collaborateurs d'Ennova SA et des collaborateurs du SdE;
- les extraits décisionnels des procès-verbaux des 30 juillet 2014 pt 6, 23 mars 2015, pt 4, 17 septembre 2015 pt 8, 11 novembre 2015 pt.9, 25 novembre 2015, pt 9, 23 mars 2016 pt 4, 19 octobre 2016, pt 5, 30 mai 2018, pt 6 29 août 2018, pt 2, 17 octobre 2018 pt 6, 7 mars 2019 pt 9, 23 mars 2021 pt 4, moyennant caviardage des données personnelles y figurant;
- la présentation du 20 août 2014 à l'attention de certaines communes du canton de Fribourg concernant le projet éolien le Gibloux;
- la lettre d'intention du 30 août 2012 entre les communes de Châtelard, Sâles, Grangettes et Ennova SA, le projet de convention entre la commune de Grangettes et Ennova SA qui n'a jamais été signé, la convention entre la commune de Châtelard et Ennova SA du 27 janvier 2015, ainsi que la convention entre la commune de Misery-Courtion et Ennova SA du 22 avril 2013;
- les conventions, lettres d'intentions, contrats-cadre, promesses de constitution de servitude, ou tout autre acte analogue en vue de la mise à disposition de parcelles, conclues avec des propriétaires fonciers sur le territoire fribourgeois, en vue de la réalisation de parcs

éoliens, moyennant caviardage du nom des tiers concernés et des éléments financiers y figurant.

b) de maintenir son refus quant à la transmission des autres documents ayant fait l'objet de la présente recommandation.

100. Dans les 10 jours à compter de la réception de la présente recommandation, Ennova SA doit rendre une décision sur la communication des documents considérés (art. 30 al. 5 LIPAD).

101. La présente recommandation est notifiée par pli recommandé à:

- Me Y,
- Me Z,

Joséphine Boillat
Préposée adjointe

Le Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence remercie par avance l'institution publique concernée de l'informer de la suite qui sera donnée à la présente recommandation.