

SEANCE DU CONSEIL GENERAL DES 11 ET 12 OCTOBRE 2021**Point 5 de l'ordre du jour****Détermination du Conseil communal sur le postulat de M. François Chardonnens, au nom du groupe PDC/PVL, demandant la clarification pour le Conseil général des prestations de service public de GESA**

Lors de la séance du 25 mai 2020, le Conseil général a transmis le postulat de M. François Chardonnens cité en titre.

1. Présentation du postulat au Conseil général

« GESA a un bilan de 105 millions de francs, des ventes aux alentours de 55 millions de francs et un bénéfice d'environ 2 millions de francs.

Nous souhaitons que le Conseil communal nous présente, avant le budget 2021,

- les prestations de service public déléguées à GESA,*
- une analyse de risque du Conseil communal liée à cette délégation,*
- une description des contrôles qui assurent la séparation entre les tâches publiques et celles purement privées. »*

2. Détermination du Conseil communal**INTRODUCTION**

Le postulat déposé par M. François Chardonnens pose la question de la délégation des tâches de service public communales à Gruyère Energie SA.

En fait, cela pose la question de la séparation des activités de service public exercées soit au sein soit hors de l'administration communale et le contrôle sur celles-ci par leur propriétaire – en l'espèce la Ville de Bulle via son Conseil communal – ainsi que les risques encourus, du moment que ces activités sont exercées de concert avec des activités d'ordre commerciales, de droit privé.

Il faut donc en préambule rappeler la démarche entreprise il y a plus de 20 ans pour créer Gruyère Energie SA (ci-après : GESA) afin d'y exercer de manière séparée du ménage communal les activités énergétiques sur le territoire bullois et au-delà. Ensuite, le contexte légal et son évolution nous permettront de préciser la notion de délégation de tâches publiques et de répertorier quelles sont les tâches publiques de la réelle compétence légale de la Commune déléguées par elle, tout en répondant ensuite aux questions précises du postulat.

1. CONTEXTE

1.1 Rappel historique

Le marché de l'électricité et celui de l'énergie en général sont en pleine mutation. Dès les années 90, le thème de l'ouverture du marché est sur la table du législateur fédéral et de la Commission de la concurrence. Les entreprises de production, de distribution et de fourniture d'électricité font face depuis lors à cette tendance de libéralisation totale et ont dû et doivent encore aujourd'hui s'y préparer en conséquence. Cela se fait par une révision des structures des entreprises et le plus souvent par une extension multfluides de leurs activités liées à l'énergie, et plus précisément également à l'efficacité énergétique et au renouvelable.

Pour mémoire et rappel de toute la procédure législative qui a conduit le Conseil général de la Ville de Bulle à la décision de création d'une société anonyme, nous devons remonter à 1994 et au constat fait en son temps en lien avec la problématique de la gestion des Services Industriels de la Ville de Bulle (SIB) au sein des comptes communaux. Le rapport de gestion des SIB de l'exercice 1994 relatait ceci :

« Le Département des Communes ayant renouvelé, à différentes fins dont en particulier statistiques, sa demande relative à la présentation intégrale des comptes annuels par nature, le Conseil communal a constaté que cette exigence ne pouvait être satisfaite sans que les Services Industriels soient « dilués » à l'intérieur des différents dicastères communaux et perdent ainsi leur identité quant à leur gestion.

La crise structurelle ayant également accentué la mise en évidence de la nécessité d'analyser la situation particulière consistant à gérer avec l'outil administratif public des dicastères à activités d'une part de services publics purs et d'autre part de services industriels comparables à une entreprise privée, le Conseil communal a jugé utile qu'après cent ans d'existence la question du statut juridique des SIB soit étudiée de manière approfondie et qu'une Commission soit formée à cet effet. »

Les travaux d'étude du statut juridique des SIB ont donc été menés et ont abouti à la création d'une Société anonyme regroupant toutes les activités énergétiques exercées jusqu'alors par les SIB : approvisionnement en électricité, installations électriques, gestion de l'eau et du télé-réseau (GESA, Electricité, Eau, Visionsud).

C'est en 1998 que la société anonyme Gruyère Energie SA fut créée. Il faut alors citer le premier rapport annuel de la société, qui mentionnait ceci en 1999 :

« Cette entreprise a vu le jour grâce à la clairvoyance et à l'esprit d'ouverture des autorités bulloises dont les décisions visaient deux buts principaux : doter la société d'une structure adaptée pour répondre aux besoins du futur et concrétiser l'idée de régionalisation en ouvrant le capital-actions aux douze communes partenaires, les associant aussi au processus de décision par le biais d'une participation au conseil d'administration.

La pertinence de ce choix politique a très rapidement été démontrée entre autres au niveau du processus décisionnel simplifié qui a permis de progresser très rapidement dans certains dossiers, en particulier celui de la libéralisation du marché de l'électricité. Nul ne contestera en effet qu'il est essentiel que l'entreprise demeure à la pointe de la technique et maintienne son rôle de leader sur le plan régional. La structure retenue devrait permettre d'assurer et même de créer des emplois en développant de nouveaux créneaux. »

1.2 Constat actuel

Avec le recul, nous ne pouvons que constater la bonne décision qui fut de créer une société anonyme séparée du reste des activités communales, tout en y gardant le contrôle et la majorité capitalistique, dans un esprit d'ouverture aux partenariats, notamment avec les autres communes actionnaires, dans une stratégie multfluides et un développement du portefeuille d'activités dans le domaine énergétique et de l'énergie renouvelable.

En deux mots, la société anonyme a apporté l'agilité nécessaire au développement de la stratégie de diversification (en 1990 : 50 collaborateurs / 22 mio CHF ; en 2000 : 100 collaborateurs / 31 mio CHF ; en 2010 : 150 collaborateurs / 50 mio CHF ; en 2020 : 290 collaborateurs / 70 mio CHF et pour le groupe environ 400 collaborateurs et 100 mio CHF). On peut citer en particulier l'adaptation à l'ouverture du marché

pour les gros consommateurs, le développement du chauffage à distance, l'acquisition d'entreprises (chauffage, ventilation, sanitaire), etc. La société anonyme a également permis l'entrée de partenaires (co-actionnaires) tout en gardant à la Ville de Bulle la majorité du capital-actions. Il sied de préciser qu'une autre forme de service communal ou d'établissement public autonome n'aurait pas permis cette ouverture du capital à d'autres communes.

Enfin, sur le plan gouvernance, la création de la société anonyme a permis une séparation des activités et donc a fortiori une séparation des risques pour la Commune avec une responsabilité de prise de décision plus souple et rapide au sein d'un conseil d'administration. Le secteur de l'énergie étant un secteur attractif, le statut social des employés, qui ne sont plus des fonctionnaires sous contrat de droit public, n'a pas été préterité. Bien au contraire, les conditions d'engagements et prestations sociales sont très favorables aux employés.

1.3 Contexte légal

L'évolution légale de ces 20 dernières années témoigne de grands changements concernant les marchés de l'électricité et celui de l'énergie en général.

D'une part, il y a toute la problématique de l'ouverture du marché qui fait qu'en réaction au refus du peuple de la Loi sur le marché de l'électricité (LME) en 2001, la Confédération a proposé une loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité, entrée en vigueur en 2007. Cette loi fédérale qui régit désormais tout le secteur de l'électricité, de la production à la vente, en passant par la distribution, a apporté deux grands changements structurels :

1. L'approvisionnement en électricité est et reste une tâche publique mais elle n'est plus régie par les cantons ou les communes. C'est une tâche de droit fédéral et ce sont dorénavant les entreprises d'approvisionnement qui sont titulaires de zones de desserte, dans lesquelles elles ont l'obligation d'approvisionner tous les consommateurs.
2. Le marché de l'électricité est ouvert, certes encore partiellement aujourd'hui, mais avec une ouverture totale programmée dans la loi fédérale déjà. Seul le monopole du réseau électrique restera régulé et sous contrôle de la Commission fédérale de l'électricité.

La conclusion qui s'impose est que GESA, depuis 2007, est entrée dans une phase de mutation et de préparation intensive à une ouverture totale du marché de l'électricité. Pour agir au mieux, elle a dû stratégiquement adapter sa structure afin de pouvoir se préparer du mieux possible (ce qui est le cas avec la forme de la société anonyme) et développer toute sa palette d'activités énergétiques permettant de capter le client et le fidéliser autour d'une offre complète de services énergétiques, multfluides et en phase avec le développement intensif des énergies renouvelables.

1.4 Délégation de tâches publiques

En lien avec la question que pose M. François Chardonnens au sujet de la délégation des tâches de service public en faveur de GESA, nous devons dès lors préciser, au vu de l'entrée en vigueur de la Loi sur l'approvisionnement en électricité (LApEI) en 2007, que la Commune n'a plus aucune compétence légale pour déléguer les tâches publiques dans le domaine de l'approvisionnement en électricité.

En tant qu'entreprise d'approvisionnement, c'est GESA qui dispose directement de la mission de service public d'approvisionnement de toute sa zone de desserte. La commune de Bulle, en tant que corporation publique, n'a plus aucune compétence dans le domaine de l'électricité. Elle n'a donc aucun pouvoir de délégation. Elle doit exercer ses droits et obligations d'actionnaire majoritaire de GESA, conformément aux règles du Code des obligations (droit de la société anonyme).

Toute compétence dans le secteur électrique revient dorénavant à la Confédération et au Canton, ce dernier étant compétent pour l'attribution des aires de desserte. Les communes n'ont plus aucun pouvoir de légiférer dans ce domaine.

Dans le domaine de l'électricité, la seule tâche communale déléguée à GESA est celle concernant la gestion de l'éclairage public. Cette compétence communale découle de la Loi sur les routes (LR).

Pour ce qui est des activités de chauffage à distance (ci-après : CAD), nous ne sommes pas dans un cas de monopole communal même si, compte tenu du règlement communal d'urbanisme (RCU), l'approvisionnement via le CAD est une activité d'intérêt général, eu égard aux mesures prises dans le domaine des énergies renouvelables. Là encore, la Commune n'a délégué aucune tâche publique à GESA qui est le promoteur de ce type de chauffage, étant précisé qu'aucun monopole n'existe, comme l'a constaté et confirmé récemment le Secrétariat de la Commission de la concurrence, dans le cadre d'un échange de vues sur la question du CAD en Ville de Bulle. Cette activité doit toujours et encore être considérée comme une activité privée, ouverte à la concurrence sans faire l'objet d'aucun monopole communal.

Toutes les activités d'installations électriques, de CVS, etc. ne sont pas des activités de service public mais du domaine privé, ouvert à la pleine concurrence.

Il reste les activités liées à la gestion et à la distribution de l'eau potable, qui sont de vraies tâches publiques dont la Commune ne peut déléguer sa responsabilité en vertu de la législation sur l'eau potable. Dans ce domaine, GESA remplit un mandat de gestion pour le compte de la Ville de Bulle depuis plus de 70 ans. La société EauSud créée en 2005 joue un rôle prépondérant pour la gestion de cette activité spécifique répondant à une logique de maîtrise des coûts et non pas à une logique de génération de profits. La Commune de Bulle, majoritaire dans EauSud SA et fortement représentée au Conseil d'administration possède une position idéale tout en assurant un service utile à l'ensemble des districts du sud du canton de Fribourg.

1.5 Activités publiques et privées

De nos jours, de plus en plus d'entreprises publiques ou privées mais en mains publiques exercent des activités monopolistiques et privées, au sein de la même organisation, entité ou groupe de sociétés. Ce n'est pas une hérésie et surtout, c'est parfaitement admis par la doctrine car le fait d'exercer dans un marché de prestations publiques et privées satisfait le plus souvent l'intérêt général. Il en va ainsi en particulier lorsque les activités privées servent à améliorer les prestations monopolisées que la collectivité doit fournir. C'est une question de légitimité d'un intérêt financier.¹

En l'espèce, le périmètre des activités exercées au sein de GESA permet des synergies de ressources globales, dans l'intérêt financier des actionnaires et des clients.

2 RÉPONSES AUX QUESTIONS

2.1 Les prestations de service public déléguées à GESA

A ce jour, les seules prestations de service public déléguées à GESA sont :

1. La gestion de l'éclairage public ;
2. La gestion de l'eau potable.

La gestion de l'éclairage public fait l'objet d'une convention entre la Ville de Bulle et GESA. En contact régulier, les parties conviennent du programme d'investissements annuels et du remplacement ou assainissement des luminaires, dans une recherche constante d'efficacité et de sécurité. On pense en particulier à la gestion des horaires, à la diminution de l'intensité, etc. Dès 2010, un vaste programme de remplacement de l'éclairage public a été lancé afin de supprimer les lampes d'anciennes générations notamment au mercure. Ce programme a été soutenu financièrement par la Ville de Bulle et par Gruyère Energie SA dans un esprit de collaboration et de recherche d'efficacité énergétique.

La gestion de l'eau potable se fait via un mandat de gestion conformément à la Loi sur l'eau potable (article 16) et la Loi sur les communes (article 5a). Cette délégation répond à des exigences de contrôle strictes énumérées à l'article 1 ss du Règlement d'exécution de la Loi sur les communes.

¹ Voir notamment Pierre Moor, *Réflexions de droit suisse au sujet du service public*

2.2 Analyse de risques du Conseil communal liée à cette délégation

Le premier constat à faire est celui de la séparation des activités de GESA du reste des activités communales. En effet, en termes de gestion des risques, la décision de créer en 1998 une entité séparée du patrimoine communal, avec une séparation des comptes permettant la transparence des centres de profit et centres de coûts des activités séparées est un point fondamental d'une bonne gestion des risques. Qui plus est, le groupe GESA est composé de plusieurs sociétés, ce qui répartit aussi le risque en interne de manière séparée.

La société anonyme répond de son propre patrimoine. Ses actionnaires ne sont pas tenus à d'autres versements que le capital-actions. Il n'y a aucune obligation financière de la part du contribuable d'assumer le risque d'entreprise de GESA.

Quant au risque général de l'activité de GESA, en particulier dans le domaine de l'électricité, celui-ci est géré au sein de la société, dans le cadre de la gestion des risques et du système de contrôle interne de GESA. Même en tant qu'actionnaire majoritaire, la Ville de Bulle ne peut toutefois pas intervenir dans la gestion de la société, ni le Conseil communal, ni le Conseil général. A noter toutefois que la commune de Bulle possède, de par sa large majorité au capital-actions, les compétences de désigner les membres du Conseil d'administration. En droit de la société anonyme, la gestion est exclusivement de la compétence du Conseil d'administration, qui a pour tâche principale de fixer la stratégie et de contrôler sa mise en œuvre.

Quant au risque général de cette participation capitalistique de la Ville de Bulle dans GESA, il faut considérer que, s'agissant d'une société anonyme, il est limité au capital engagé. Etant actionnaire majoritaire, la Ville de Bulle ne court pas le risque d'être minorisée, ni de perdre sa majorité. Elle est donc dans une position idéale en termes de gouvernance.

En particulier par rapport aux activités déléguées que sont l'éclairage public et la gestion de l'eau, il faut noter que ce sont les modalités contractuelles et légales qui régissent la prise de risques de la Commune.

Dans l'éclairage public, le risque de l'activité est faible, l'importance étant de s'assurer de la qualité du service, en particulier en cas de pannes, ceci afin de préserver la sécurité des usagers. Il n'y a rien de particulier d'autre à évoquer.

Quant au risque lié à la gestion de l'eau potable, la délégation est soumise aux exigences de la Loi sur les communes et son règlement d'exécution. Ce sont des conditions strictes et des exigences précises que la Commune peut et doit exiger de son partenaire contractuel à qui la tâche publique est déléguée. Encore une fois, au sein d'EauSud SA, la commune de Bulle est bien représentée, par des personnes du Conseil communal qui ont le mandat d'administrateur, avec toutes les obligations légales qui y sont rattachées selon le Code des obligations. De plus et de par les statuts, la commune de Bulle assure la présidence de la société et possède les réserves d'actions et de quotas.

2.3 Description des contrôles qui assurent la séparation entre les tâches publiques et celles purement privées

Comme cité plus haut, si le mélange des activités publiques et privées au sein d'une entité peut représenter un avantage pour l'intérêt général, il n'en demeure pas moins que les activités non monopolisées doivent être gérées de façon autonome par rapport au monopole. Cela signifie que GESA ne doit pas profiter de sa situation monopolistique pour améliorer sa position concurrentielle dans les autres activités (privées). C'est toute la question des « subventionnements croisés » si des apports financiers sont opérés entre les activités monopolistiques et privées ou si des apports d'information surviennent. C'est un sujet délicat, si délicat que GESA, comme toutes les entreprises d'approvisionnement en Suisse, sont sous le contrôle strict de la Commission fédérale de l'Electricité (EiCom) et de la Commission de la concurrence ainsi que de M. Prix. La loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité est claire et interdit à son article 10 tout subventionnement croisé au sein d'une entreprise. La communication faite par l'EiCom sur les enquêtes menées et décisions publiées démontre le sérieux donné au respect de ces exigences légales.

Au sein de GESA, le respect de cette exigence de séparation est contrôlé au niveau de la Direction et de la Commission Audits & Risques du Conseil d'administration. Le contrôle se fait aussi bien par société que par

type d'activités grâce à une vision analytique des comptes séparés. Il en va de la responsabilité civile des administrateurs.

La Ville de Bulle, en tant qu'actionnaire, ne dispose pas d'un droit de contrôle direct dans les activités de GESA. Elle dispose des comptes annuels et de ses droits d'actionnaire à l'assemblée générale.

Outre la loi et ses exigences strictes en termes de séparation des activités publiques et privées, il faut remarquer que le groupe GESA, même s'il est intégré, est structuré en interne, tant sur le plan comptable que celui de l'information, pour éviter tout subventionnement croisé.

3 CONCLUSION

Après plus de 20 ans d'existence, la société anonyme Gruyère Energie SA a démontré toute la pertinence de sa forme juridique et sa structure de gestion séparée du reste des activités communales.

Sa stratégie multifluides et la diversification de ses activités énergétiques autour de celles de l'approvisionnement en électricité et de l'efficacité énergétique ou du renouvelable ont confirmé sa position et son développement sur le marché de l'énergie, en pleine mutation vers un développement durable et en pleine ouverture totale du marché de l'électricité, insécurité juridique qui a nécessité de GESA une préparation anticipée à cette évolution du secteur suisse de l'énergie.

La forme de la société anonyme est pertinente car elle a permis l'ouverture du capital-actions aux autres communes dès sa création en 1998.

La gestion séparée est adaptée car elle a permis l'agilité nécessaire aux mutations du secteur énergétique ainsi qu'au développement de nouvelles activités.

Le parage du risque de ces activités au sein d'une entité sous la forme de la société anonyme est également approprié et limite le risque pour la commune de Bulle.

La gouvernance est favorable à la Ville de Bulle, qui dispose de la majorité du capital et d'une forte présence au sein du Conseil d'administration.

Le seul risque résiduel pour la commune de Bulle se situe dans le choix de gouvernance de la société, concrétisé par le choix des administrateurs, leur indépendance, leurs compétences dans la gestion de la société et la définition de sa stratégie.

Le Conseil communal vous prie de prendre acte de sa détermination sur ce postulat.

AU NOM DU CONSEIL COMMUNAL

Le Syndic

Le Secrétaire général

Jacques Morand

Raoul Girard