

# **AVIS DE DROIT**

**adressé à la Commune de Bavois**

**De la légalité d'un moratoire relatif à la question des éoliennes sur le territoire communal et d'un éventuel référendum**

## **INTRODUCTION**

Par un message du 3 février 2022, la Municipalité de la Commune de Bavois a demandé au soussigné deux avis de droit : le premier sur le préavis municipal relatif à un moratoire éolien sur le territoire communal ; le second sur « la souveraineté des citoyens de Bavois face au droit supérieur représenté par la Confédération et le Canton en cas d'éventuel recours à un référendum spontané. ». Les deux questions posées portent sur le même objet concret, la construction éventuelle d'éoliennes sur le territoire communal. Cependant, si elles obéissent partiellement à des principes semblables, elles sont néanmoins distinctes et surtout ne se poseront pas, vraisemblablement, au même moment.

Voilà pourquoi le présent avis de droit concerne avant tout la légalité d'un moratoire relatif aux éoliennes et subsidiairement l'hypothèse d'un scrutin populaire.

Il convient de rappeler sommairement les faits, avant d'examiner le problème au regard du droit applicable.

## **A. EN FAIT**

La Commune de Bavois figure dans le périmètre des sites propices à la construction d'éoliennes selon la mesure F51 du plan directeur cantonal qui promeut les énergies renouvelables. Quelques années auparavant, le site, qui avait d'abord été inséré dans ce périmètre en fut retiré (en 2012) pour être rétabli par la suite, apparemment avec l'accord de l'autorité communale.

Celle-ci avait d'ailleurs conclu avec une société éolienne le 13 octobre 2011 une convention qui fut amendée le 17 décembre 2015.

Le 8 juin 2021, le conseiller communal Daniel Schwab déposait une motion demandant un « moratoire éolien sur la Commune de Bavois », d'une durée de dix ans.

Le 8 juin 2021, le Conseil communal se saisit de cette motion et décida le renvoi de la proposition à l'examen d'une commission chargée « de préavisier sur la prise en considération et le renvoi à la Municipalité » (PV page 136).

Le 24 septembre 2021, la commission désignée considéra à la majorité la motion comme irrecevable, au motif qu'elle est « manifestement contraire à la mesure F 51 du plan directeur cantonal » et que le Conseil communal ne saurait approuver une motion qui « équivaldrait à prendre des mesures d'aménagement du territoire qui vont à l'encontre du plan directeur cantonal, ce qui serait contraire au droit supérieur».

Le 5 octobre 2021, après un débat, le Conseil communal décida d'accepter la prise en considération de la motion en question.

Le 29 novembre 2021, la Municipalité avait présenté son « rapport-préavis » en vue de la séance du Conseil communal du 14 décembre suivant. A son avis, dès lors que la Commune de Bavois a été retenue parmi les sites appelés à accueillir des éoliennes, puis inscrite dans la mesure F 51 du plan directeur cantonal, la motion n'est pas conforme au droit supérieur et au surplus concerne des domaines qui ne sont pas de la compétence du Conseil communal.

Le 10 décembre 2021, la commission ad hoc présenta un rapport en vue de la séance du 14 décembre 2021 qui concluait à demander un avis de droit sur la réponse donnée par le rapport-préavis de la Municipalité, sur la légalité de la motion et sur « la souveraineté des citoyens de Bavois au regard du droit supérieur ».

Le 12 décembre 2021, un rapport de minorité était présenté, lequel contestait les arguments juridiques de la Municipalité et proposait le refus du rapport-préavis de la Municipalité, ainsi que l'acceptation de la motion.

Le 14 décembre, le Conseil communal suivit la proposition de la majorité de la commission ad hoc de demander un avis de droit et, par suite, de renvoyer l'objet à une séance ultérieure.

## **B. EN DROIT**

Les questions posées n'ont pas de réponse toute faite, car elles dépendent d'un grand nombre de dispositions légales, fédérales, cantonales et même communales, qui

s'enchevêtrent, se complètent et parfois se chevauchent. Aussi convient-il d'étudier la matière en distinguant plusieurs questions.

## **I. OBJET ET PORTEE DE LA MOTION LITIGIEUSE**

La motion demande un « moratoire éolien sur la Commune de Bavois » de dix ans. La loi vaudoise sur les communes du 28 février 1956 (RS 175.11), confère le droit d'initiative à chaque membre du Conseil communal, notamment « en déposant une motion, c'est-à-dire en chargeant la Municipalité de présenter une étude sur un objet déterminé ou un projet de la compétence du Conseil général ou communal » (art. 31, lettre b). Suivant l'article 32, al. 4, lettre e, LC, la proposition n'est pas recevable lorsqu'elle « est contraire au droit supérieur ». Il appartient au Conseil communal de statuer sur la validité de l'initiative. Quoiqu'il soit confié à un organe politique, l'examen en question obéit à des critères juridiques. La procédure a donc un caractère hybride qui n'est pas sans conséquences, surtout quand la situation juridique n'est pas absolument claire. D'un côté, il est inévitable que la décision parlementaire ait un caractère politique et d'ailleurs la procédure suivie n'est nullement judiciaire. D'un autre côté, les membres du Conseil devraient appliquer le droit de façon objective en laissant de côté les arguments partisans.

C'est le Règlement du Conseil communal de la Commune de Bavois qui indique la procédure à suivre, en complément de l'art. 33 LC. En l'occurrence, la Municipalité, qui a été appelée à prendre position, ne s'est pas prononcée sur le fond, mais a conclu que la motion est contraire au droit et par conséquent irrecevable. Le débat du Conseil communal s'est aussi déroulé dans ce cadre étroit.

Avant d'analyser les dispositions légales applicables, il importe de rappeler qu'une initiative populaire est présumée valable et sera annulée seulement si elle est manifestement et gravement contraire au droit supérieur. Cette jurisprudence

fédérale<sup>1</sup> doit s'appliquer par analogie à une initiative qui émane d'un Conseiller communal. Dès lors qu'elle concerne les demandes populaires, soit dans la Commune, soit dans le Canton, il paraît logique d'appliquer des critères semblables à la motion d'un Conseiller communal. En effet, l'objet de la motion pourrait aussi être proposé par une initiative populaire, laquelle serait soumise à des exigences similaires.

En l'occurrence, l'initiative a une teneur suffisamment claire pour qu'il soit possible de la confronter telle quelle aux dispositions constitutionnelles et légales topiques.

## **II. RESPECT DU DROIT SUPERIEUR**

Le domaine considéré est particulièrement complexe, au motif qu'il s'agit d'une activité étatique soumise à des règles à la fois cantonales et fédérales, constitutionnelles et légales, tant sur l'énergie que sur l'aménagement du territoire. Il faut donc faire des distinctions.

Le moratoire tend explicitement à interdire provisoirement un mode particulier de production d'énergie électrique. Mais il touche aussi, en tous cas de façon indirecte, l'aménagement du territoire, puisqu'il exclut momentanément l'utilisation de ce dernier, en partie. Voilà pourquoi le sujet relève d'abord de la législation sur l'énergie, ensuite des dispositions relatives à l'aménagement du territoire.

### **a. Le droit fédéral**

La production d'énergie par des installations éoliennes relève d'abord du droit fédéral, mais aussi du droit cantonal. Lorsque l'exécution de l'un et l'autre ordre juridique implique des décisions opposées, parce qu'elles se fondent sur des motivations

---

<sup>1</sup> ATF 117 Ia 147; 156 ss ; 119 Ia 159 ; 118 Ia 204.

différentes, c'est une pesée des intérêts qui s'impose. Le droit public cantonal et les décisions qui en découlent « ne doivent pas paralyser le droit fédéral ni en contredire l'esprit ; il doit être en harmonie avec lui »<sup>2</sup>. Le droit fédéral résulte en l'espèce de la loi du 30 septembre 2016 sur l'énergie, acceptée par le peuple le 21 mai 2017. Elle repose sur l'art. 89 de la Constitution fédérale de 1999. L'alinéa 1<sup>er</sup> attribue à la Confédération et aux Cantons des compétences concurrentes dans les domaines de l'approvisionnement suffisant et diversifié. L'alinéa 3 confère à l'Etat central une compétence spéciale pour favoriser le développement des techniques énergétiques, « en particulier dans le domaine des économies d'énergie et des énergies renouvelables ».

1. La loi fédérale de 2016 sur l'**énergie** contient des dispositions de nature diverse. D'abord, parmi les buts du législateur figure l'approvisionnement basé sur un recours accru aux énergies renouvelables, en particulier indigènes (art. 1<sup>er</sup>, al. 2, lit. c). La loi prescrit une coordination de la politique énergétique entre la Confédération, les cantons et les organisations économiques (art. 4, al. 1 et 2). Suivant l'art. 6, la Confédération et les cantons doivent créer les conditions générales nécessaires à un approvisionnement optimal et suffisant en tout temps (art. 7). Si l'approvisionnement est insuffisant, la Confédération et les cantons sont tenus de créer à temps les conditions permettant d'assurer les capacités voulues de production (art. 8, al.1). Toutefois, ils doivent également privilégier les techniques qui sont aussi respectueuses que possible de l'environnement et adaptées aux sites concernés (al.3). Au surplus, les cantons sont obligés de prévoir des procédures d'autorisation rapide pour la construction d'installations destinées à l'utilisation d'énergies renouvelables (art.14, al. 1) . Alors que le Conseil fédéral est chargé de l'exécution de la loi, les cantons sont en particulier responsables de l'exécution des articles 12 et 14 (art. 60, al. 1 et 2). Le législateur a enfin permis aux cantons de procéder à des expropriations dans certains cas (art. 69, al.1).

---

<sup>2</sup> ATF 101 Ia 575 ; 103 Ia 329 ; 119 Ia 390 ; 99 Ia 236.

Suivant l'art. 10, al. 1, de la loi sur l'énergie, les cantons veillent à ce que le plan directeur désigne en particulier les zones et tronçons de cours d'eau qui se prêtent à l'exploitation de l'énergie hydraulique et éolienne (art. 8b LAT).

Le Message du Conseil fédéral relatif au projet de loi fédérale sur l'énergie du 4 septembre 2013 donne quelques explications sur le sens de l'article 13 du projet, devenu l'article 10 de la loi. L'objectif étant de donner aux projets concrets de meilleures chances de réalisation par les dispositions de planification du territoire et « si l'on veut que la procédure à suivre soit aussi courte que possible, des zones approximativement définies, telles que visées dans le concept de développement, ne suffiront pas. Il faudra des dispositions contraignantes prévues dans les instruments traditionnels d'aménagement du territoire, en particulier dans le plan directeur. De ce fait, les cantons devront également reporter des délimitations de périmètre dans les plans directeurs. Seule cette transcription rend les dispositions obligatoires, c'est-à-dire contraignantes pour les autorités. L'article 13 établit cette obligation, d'une part en lien avec le concept de développement, qui doit servir de base, d'autre part en référence au nouvel article 8 b LAT, qui institue également les énergies renouvelables au rang des contenus du plan directeur. A cet égard, l'article 13 constitue donc en quelque sorte une disposition charnière entre la LEne et la LAT. (...) Les cantons peuvent par conséquent s'écarter du concept de développement pour autant qu'ils aient de bonnes raisons de le faire. Ils disposent ainsi d'une certaine liberté et ne sont pas tenus de mettre en œuvre et de transposer à la lettre le concept de développement. »<sup>3</sup>.

2. La loi fédérale sur l'**aménagement du territoire** (LAT) du 22 juin 1979, plusieurs fois modifiée, comporte quelques indications sur la planification des sites propres à la production de l'énergie renouvelable. Suivant l'art. 6, al. 2, les plans directeurs se

---

<sup>3</sup> FF 2013 6879 ss, Message du 4 septembre 2013.

fondent sur des « études de base dans lesquelles ils désignent les parties du territoire qui (...) se prêtent à la production d'électricité à partir d'énergie renouvelable » (lettre b<sup>bis</sup>). Les plans directeurs doivent au moins préciser le cours que suit l'aménagement du territoire, la coordination des activités qui ont des effets sur son organisation et une liste de priorités et des moyens à mettre en œuvre.

La loi et les explications du Conseil fédéral sont trop vagues pour que l'on puisse déterminer avec précision quelles sont les « autorités » pour lesquelles les dispositions de planification du territoire sont « contraignantes ». S'agit-il seulement de l'administration, ou aussi du législateur, ou encore des tribunaux, ou enfin du peuple ? Il n'y a pas pour l'instant de réponse claire à cette question. **Quoi qu'il en soit, si l'on se réfère aussi aux articles 9 et 10 LAT, la force « contraignante » du plan directeur cantonal ne concerne pas toutes les mesures prévues par le plan.**

## **b. Le droit vaudois**

1. La loi vaudoise sur l'**énergie** du 16 mai 2006 (RS 730.01) charge l'Etat et les communes de la planification énergétique (art. 16a, entré en vigueur en 2021). Ils encouragent la production des énergies ayant recours aux agents indigènes et renouvelables (art. 17). Les plans d'affectation communaux sont l'objet d'une planification énergétique s'ils comprennent une nouvelle surface de plus de 10'000m<sup>2</sup> (art. 16f). Les communes encouragent l'utilisation des énergies renouvelables. Elles créent des conditions favorables à leur exploitation et peuvent accorder des dérogations aux règles communales à cette fin (art. 29).

2. La loi sur l'**aménagement du territoire** et les constructions (LATC RS 700.11) prévoit que « le plan directeur cantonal définit la stratégie d'aménagement du canton et les mesures de mise en œuvre » (art. 7). C'est le Grand Conseil qui adopte le plan, lequel est ensuite soumis au Conseil fédéral pour approbation.

Les plans directeurs communaux définissent la stratégie d'aménagement du territoire pour les 15 à 25 prochaines années (art. 16). Le plan directeur communal est adopté par le Conseil communal et approuvé par le Conseil d'Etat (art. 19). Quant aux plans d'affectations communaux, ils règlent le mode d'utilisation du sol en définissant des zones sur tout ou partie du territoire de la commune (art. 22). Ils sont contraignants pour les autorités et les propriétaires (art. 23). Outre les prescriptions relatives à l'affectation du sol « ils contiennent toute autre disposition « exigée par la présente loi, le plan directeur cantonal ou les législations spéciales » (art. 24, al. 2).

3. En l'occurrence, le **plan directeur cantonal** comporte une mesure F51 qui concerne une politique énergétique destinée à promouvoir un approvisionnement suffisant, diversifié, sûr, économique et respectueux de l'environnement. A cette fin, « elle encourage l'utilisation des énergies indigènes, favorise le recours aux énergies renouvelables »... (p.345). A cet égard, suivant le plan, « le rôle de l'aménagement du territoire, dans ce contexte, est, d'une part de relayer ces objectifs au moyen d'instruments de planification adaptés et d'autre part, de coordonner les activités à incidence spatiale relevant du secteur de l'énergie » (ibid.) Toujours selon la fiche, « le recours aux énergies renouvelables est un objectif cantonal prioritaire qui doit être réalisé en adéquation avec les intérêts territoriaux, notamment le paysage, la biodiversité, et la qualité du cadre de vie » (p. 346). La mesure prévue est ainsi formulée : « Le Canton favorise une utilisation rationnelle et économe de l'énergie et promeut le recours aux énergies renouvelables et indigènes ... » (ibid.).

S'agissant plus particulièrement des éoliennes, la stratégie cantonale prévoit leur développement aux endroits les plus propices, « sur la base de principes d'implantation permettant d'optimiser la production électrique en minimisant l'impact sur l'homme, la nature et le paysage » (ibid.).

La fiche 51 n'indique ni les localités ni les routes. Elle ne désigne pas nommément les communes sur le territoire desquelles des éoliennes devraient être implantées, ce qui rend la lecture aléatoire. Mais elle comporte une carte ou plutôt un croquis, sur lequel figurent certains sites, les uns intégrés à la planification cantonale, les autres retenus sous conditions. Mais, pour reprendre les termes du Message fédéral, il s'agit d'une « approximation » qui n'est pas nécessairement définitive. Pour le reste, l'implantation d'éoliennes dépend de la hauteur totale de l'installation. Quant à la procédure, « l'identification d'un site pour un projet d'éoliennes est le résultat d'une première évaluation basée sur une série de critères quantitatifs et qualitatifs » (p. 348). La COPIL procède à une pesée des intérêts sur la base du dossier présenté, puis une demande d'affectation du sol comme zone de production et de transport d'énergie (selon l'art. 18 LAT et l'art. 50a LATC) peut être engagée et les études de détail poursuivies (p.348). Il est précisé que les communes sont associées à l'élaboration des cadastres pour la localisation des sites et élaborent des plans d'affectation communaux (p.349).

### **c. Analyse de la motion et du rapport-préavis au regard du droit supérieur**

Le Conseil communal ayant décidé la prise en considération de la motion, le 5 octobre 2021, la Municipalité a présenté son « Rapport -préavis » le 29 novembre 2021, en vue de la séance du Conseil du 14 décembre suivant. En résumé, elle rappelle que la Commune devra prendre des mesures d'aménagement du territoire, « intégrées dans sa planification » et surtout « conformes aux législations et aux planifications communales et de rang supérieur... » (p.1). Les mesures communales ne doivent pas contrevenir aux objectifs stratégiques de la politique énergétique cantonale ou fédérale. La Commune de Bavois aurait été retenue dans les 19 sites appelés à accueillir des éoliennes et inscrite dans la mesure F51 du plan directeur cantonal. Ce dernier a été adopté par le Grand Conseil et approuvé par le Conseil fédéral. Une motion qui lui est contraire « doit être déclarée irrecevable » (art. 32, al.

4, lit. e de la loi cantonale sur les communes). En conséquence, de l'avis de la Municipalité, la motion n'est pas conforme au droit supérieur et méconnaît la répartition des compétences entre Confédération, Canton et communes, ainsi qu'entre autorités communales. La Municipalité conclut en relevant qu'un vote des habitants de la Commune pourra intervenir « une fois l'enquête concernant la modification du plan d'affectation terminée. La population pourra ainsi se déterminer sur un projet abouti, en ayant tous les éléments à disposition pour fonder sa décision ».

Il y a lieu d'examiner d'abord si la portée de la mesure 51 du plan directeur cantonal va jusqu'à contraindre une commune à recevoir des implantations éoliennes, subsidiairement si une commune est en droit d'adopter un moratoire qui interdise sur l'ensemble du territoire, jusqu'au 31 décembre 2031, « la construction de toute éolienne de plus de 50 mètres de hauteur, étant entendu que les projets dans ce sens sont interdits ».

### 1. La question principale

Elle ne paraît pas avoir été tranchée par un tribunal jusqu'à aujourd'hui. Elle devrait cependant être résolue par la négative, aucune base légale suffisamment précise et explicite ne donnant au Canton le pouvoir d'imposer l'implantation d'installations d'éoliennes à une commune contre le gré de celle-ci.

D'abord, la loi fédérale sur l'énergie se contente d'obliger les cantons à créer à temps les moyens en vue d'assurer la production et à prévoir des procédures d'autorisation rapides pour la construction d'installations destinées à l'utilisation d'énergie renouvelable (art. 14, al. 1) ; ici, la question d'une éventuelle contrainte à l'égard d'une commune n'est même pas abordée.

La LAT n'est pas plus explicite. Il est vrai que son article 9 prévoit que les plans directeurs ont force obligatoire pour les autorités (al. 1), sans toutefois préciser les autorités dont il s'agit, ni surtout imposer aux communes, c'est-à-dire à des collectivités publiques secondaires, l'application à la lettre de tous les éléments des plans directeurs. Ceux-ci d'ailleurs « feront l'objet des adaptations nécessaires », lorsque les circonstances seront modifiées (al.2) et n'ont donc aucun caractère définitif. Dans ces conditions, il serait difficile d'admettre que le Canton peut obliger une commune à recevoir des installations de production d'énergie contre sa volonté. Ainsi, l'article 10 de la loi fédérale sur l'énergie reprend les principes de la loi sur l'aménagement du territoire, en laissant une certaine marge de manœuvre aux cantons (voir lettre a ci-dessus).

Quant à la mesure F51 du plan directeur cantonal, à l'image des lois fédérales et cantonales, elle est loin de prescrire clairement une contrainte. Dans les divers passages, on voit que le canton se conforme aux objectifs généraux de la Confédération, qu'il favorise une utilisation rationnelle et économe, qu'il prévoit le développement des éoliennes et pose simplement les bases d'une implantation permettant la production électrique dans le respect des habitants et de l'environnement. L'identification d'un site pour un projet d'éoliennes résulte d'une évaluation, et, une fois la vérification terminée, une demande d'affectation du sol comme zone de production peut être engagée et suivie d'études de détails. De toute manière, il faut un plan d'affectation communal, qui est dans la compétence du Conseil communal et soumis au référendum.

A cet égard, il n'est pas contesté qu'un projet d'implantation d'éoliennes peut, parfois doit, être soumis à l'approbation du peuple communal. Cet élément suffit à lui seul pour convaincre que le Canton ne saurait imposer une implantation lorsque le résultat du scrutin s'y oppose, d'autant que la mesure F51 est susceptible de modifications.

Un autre argument renforce encore la conclusion précédente. Protégée par l'article 50 de la Constitution fédérale, l'autonomie communale est expressément garantie par la Constitution cantonale. Son article 139, lettre a, prévoit l'autonomie dans « la gestion du domaine public et du patrimoine communal » (lettre a) et dans l'aménagement local du territoire (lettre d). A la différence d'anciennes Constitutions cantonales, la Constitution vaudoise désigne ainsi de façon explicite les domaines dans lesquels la liberté des communes est garantie. Dans les matières visées, la commune a une indépendance assurée, qui lui donne une marge de manœuvre, notamment sur le plan normatif (Règlements communaux), mais aussi pour les décisions d'espèce<sup>4</sup>. Autrement dit, l'énumération que fait l'article 139 ne détermine pas seulement les domaines dans lesquels les communes sont autonomes, elle oblige également le législateur cantonal à respecter leur liberté réglementaire et un certain pouvoir de décision. L'autonomie communale est donc violée si l'auteur de la loi cantonale excède ses propres compétences et empiète sur celles des communes.

En l'occurrence, il est indéniable que l'implantation d'éoliennes aura lieu au moins en partie sur les biens du domaine public communal, dont la commune dispose en principe librement. De même, l'adoption d'un parc éolien suppose un plan d'aménagement communal, qui entre, lui aussi, dans le cadre de l'autonomie communale. Celle-ci n'est certes pas absolue et peut, dans certains cas, et jusqu'à un certain point, être limitée par la loi cantonale. Mais cette dernière devrait être au minimum tout à fait claire et précise pour restreindre l'indépendance de la commune. En outre, elle devrait être justifiée, soit par les exigences du droit fédéral, soit par des intérêts nationaux ou cantonaux prépondérants. C'est dire qu'une pesée des intérêts s'imposerait, le cas échéant. Toutefois, en l'occurrence, le problème ne se pose pas, à défaut d'une base légale formelle suffisamment explicite. A cet égard, il faut

---

<sup>4</sup> ATF 147 I 433 ; 135 I 136 ; 233 ; 129 I 410 ; 313 ; 128 I 13.

souligner que le plan directeur cantonal n'a pas valeur de loi, ni même de décret, puisqu'il n'est pas soumis au référendum populaire (art. 84, al. 1, Cst.-Vd).

En conclusion, le Canton de Vaud ne peut pas imposer à la Commune de Bavois l'implantation d'installations éoliennes en vue de la production de l'énergie électrique, du moins dans les circonstances présentes et selon la législation actuelle.

## 2. La question subsidiaire de la licéité du moratoire

Cette question est subsidiaire par rapport à la précédente, en ce sens qu'elle ne se poserait pas, si le Canton pouvait de toute manière imposer l'implantation d'installations éoliennes sur le territoire communal. Dès lors que tel n'est pas le cas, la validité d'un moratoire doit être examinée pour elle-même. Le problème ne semble pas avoir été tranché par les tribunaux et peut donc être considéré comme largement ouvert. Néanmoins, la jurisprudence contient au moins un arrêt rendu dans une espèce relativement proche du cas actuel.

Dans le Canton du Jura, des entreprises productrices d'électricité avaient créé une société en vue de réaliser et d'exploiter un projet de géothermie profonde. Ce projet, suscitant des oppositions, provoqua le dépôt d'une initiative populaire « Contre la géothermie profonde dans le Jura ». Ce texte, conçu en termes généraux, demandait l'introduction dans la Constitution cantonale d'une disposition qui interdirait sur tout le territoire du Canton, « l'exploitation de la géothermie moyenne/grande profondeur ».

Suivant la Constitution jurassienne, la demande populaire doit être « conforme au droit supérieur ». Or elle fut annulée par un arrêt de la Cour constitutionnelle du 27 juin 2018. Tout en appliquant le principe *in dubio pro populo*, la Cour considéra que les cantons doivent cependant s'abstenir d'édicter des règles qui éludent le droit fédéral,

en contredisent le sens ou l'esprit<sup>5</sup>. En l'occurrence, l'initiative impliquait une interdiction absolue et permanente de l'exploration et de l'exploitation de la géothermie sur tout le territoire cantonal, sans exception. Or l'article 89 Cst., la loi fédérale sur l'énergie de 2016 et l'ordonnance de 2017 définissent une politique énergétique déterminée, qui tend notamment à favoriser les énergies renouvelables indigènes. Certes, les cantons ne sont pas privés de toute compétence dans ce domaine, qui est partagé entre eux et l'Etat central. Mais l'article 89 Cst. renferme une norme programmatique, une ligne directrice pour l'activité de toutes les collectivités publiques qui doit être respectée par chacune d'elles : « Il suit de là qu'une mesure qui contredirait le but visé à l'alinéa 1 lèserait le droit fédéral de niveau constitutionnel »<sup>6</sup>. Ainsi, les cantons peuvent adopter une législation complémentaire mais doivent éviter d'entraver la diversification des sources d'énergie et l'utilisation de celles qui sont à la fois indigènes et renouvelables. En particulier, les plans directeurs cantonaux ne sauraient contrarier les objectifs de développement visés par la Confédération<sup>7</sup>. Dès lors, une mesure générale et abstraite de prohibition qui contredirait les desseins du droit fédéral en rendant impossible l'énergie géothermique sur le territoire cantonal violerait manifestement plusieurs dispositions fédérales, notamment les articles 10ss 14, 19 et 69 de la loi sur l'énergie. Autrement dit, la loi cantonale ne peut pas aller directement à fins contraires de celle-ci, qui oblige au surplus les cantons à instituer des procédures rapides d'autorisation.

Ce précédent doit être pris en considération, mais avec une certaine prudence. Les affaires du Jura et de Bavois présentent certes des similitudes, mais aussi quelques différences importantes. Dans le premier cas, il s'agissait d'introduire dans la Constitution cantonale une disposition qui interdirait, d'une manière permanente, sinon définitive, mais du moins pour longtemps, toute énergie géothermique ; la demande populaire couvrait donc, non seulement un mode particulier d'énergie,

---

<sup>5</sup> Voir ATF 140 I 277.

<sup>6</sup> Arrêt du 27 juin 2018 cons. 6 4 2 p.16.

<sup>7</sup> FF 2013 p.6879-80.

d'une manière absolue, mais surtout le territoire entier d'un canton. Les motivations des auteurs de l'initiative tenaient au risque sismique que la géothermie profonde engendre ou du moins est supposée susciter. Le problème posé par un moratoire de dix ans sur les éoliennes dans la Commune de Bavois n'est pas exactement le même ; d'une part, l'interdiction ne serait pas adoptée pour une durée indéterminée, mais pour une décennie ; d'autre part, il s'agit ici uniquement d'une localité, dont le territoire serait soustrait au mode spécifique d'énergie qu'est l'éolienne ; ici, les arguments ont trait à la relative inefficacité des installations éoliennes, aux dangers pour le bruit et pour la nature et les sites. Il ne s'agirait donc pas de proscrire les éoliennes pour une durée illimitée, mais de « prendre du recul pour mieux en évaluer les avantages et les inconvénients. ».

Suivant le rapport-préavis municipal du 29 novembre 2021, le moratoire est contraire au droit supérieur et la motion doit être déclarée irrecevable, parce qu'elle n'est pas compatible avec la mesure F51 du plan directeur cantonal et que l'article 9, alinéa 1, LAT donne force obligatoire pour les autorités à une pareille mesure. Cette thèse, on l'a vu plus haut, n'est pas à l'abri de toute réfutation, dès lors que la fiche F51 est loin d'être une base légale formelle et d'avoir la clarté et la précision nécessaires pour forcer une commune à accepter un plan d'installation des éoliennes. En revanche, il est vrai que le moratoire contreviendrait aux objectifs généraux de la politique énergétique cantonale et fédérale, ce qui pourrait suffire, comme dans le cas du Jura, à déclarer la demande irrecevable. La thèse défendue par la Municipalité est donc soutenable. Mais elle n'est pas non plus incontestable, puisque la mesure aurait un temps limité et concernerait uniquement une commune. A cet égard, il ne s'agit pas exactement d'une mesure d'aménagement du territoire, mais plutôt d'une disposition transitoire, qui réserve clairement l'avenir et porte explicitement sur un type de production d'énergie. Il paraît d'ailleurs établi qu'au moins une commune a voté en juin 2020 un moratoire de dix ans du projet éolien sans que l'on sache comment

l'autorité cantonal a réagi. D'autres communes ont purement et simplement refusé un projet éolien, en juin 2013, à une forte majorité du peuple.

En définitive, les deux positions opposées sont défendables. D'un côté, il pourrait paraître sage de laisser se dérouler la procédure prévue par la loi et par le plan directeur cantonal, étant entendu que le projet final de parc éolien dans la Commune de Bavois serait soumis de toutes façons à un vote populaire en principe libre. D'un autre côté, il serait également défendable de dire que le moratoire ne contreviendrait pas de façon frontale à des dispositions légales précises et que, suivant le principe *in dubio pro populo*, il pourrait être reconnu comme recevable et voté par le Conseil communal, éventuellement sous réserve d'un référendum, soit spontané, soit demandé par les électeurs.

Dans une pareille affaire, où la situation juridique n'est pas absolument claire, le Conseil communal peut, et même doit, de bonne foi, prendre une décision politique dont la responsabilité lui incombera.

## CONCLUSIONS

1. Un moratoire communal de dix ans sur les éoliennes pourrait être considéré comme contraire aux objectifs et à la politique énergétique définis par le droit fédéral et cantonal.
2. La position prise dans le rapport préavis de la Municipalité est donc soutenable.
3. Mais la motion en question ne viole pas d'une manière assez grave et manifeste le droit supérieur pour qu'il s'impose impérativement de la déclarer irrecevable, car la validité d'une initiative se présume, en vertu du principe *in dubio pro populo*.

4. Il est donc loisible au Conseil communal de considérer la motion comme recevable. Sa marge de manœuvre lui permet d'approuver le moratoire litigieux et, le cas échéant, de le soumettre au référendum spontanément, ou au contraire de l'exposer à une demande de référendum par un nombre suffisant de citoyens.

5. Le scrutin populaire pourrait certes être contesté par l'autorité cantonale. Dans ce cas, la Commune serait fondée à invoquer le respect de son autonomie dans la gestion du domaine public dont elle a la maîtrise et en matière d'aménagement du territoire, ainsi que le défaut de base légale formelle et l'imprécision des dispositions applicables.

6. En définitive, la question si un canton peut imposer à une commune d'être un site propre à l'implantation d'éoliennes n'ayant pas été tranchée par un tribunal suprême, elle peut être considérée comme ouverte, mais une réponse négative s'impose, dans l'état actuel de la législation.

7. S'il est consulté, le peuple peut donc décider librement, la législation et le plan directeur cantonal n'y faisant pas obstacle.

Préverenges, le 20 février 2022

Etienne Grisel

