

# Le droit public en mouvement

*Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier*

Édités par Véronique Boillet / Anne-Christine Favre /  
Vincent Martenet

# Le droit public en mouvement

*Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier*

Édités par Véronique Boillet / Anne-Christine Favre /  
Vincent Martenet

Citation suggérée de l'ouvrage: VERONIQUE BOILLET/ANNE-CHRISTINE FAVRE/VINCENT MARTENET (édit.), *Le droit public en mouvement – Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier*, collection «Recherches juridiques lausannoises», Genève / Zurich 2020, Schulthess Éditions Romandes

ISBN 978-3-7255-8739-1

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2020  
[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

Diffusion en France: Lextenso Éditions, Grande Arche – 1 Parvis de La Défense,  
92044 Paris La Défense Cedex  
[www.lextenso-editions.com](http://www.lextenso-editions.com)

Diffusion et distribution en Belgique et au Luxembourg: Patrimoine SPRL,  
Avenue Milcamps 119, B-1030 Bruxelles; téléphone et télécopieur: +32 (0)2 736 68 47;  
courriel: [patrimoine@telenet.be](mailto:patrimoine@telenet.be)

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek  
La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques

## Sommaire

Préface .....	V-VII
<b>Partie I – Droit public : questions choisies</b>	
LAURENT BIERI Le rendement des immeubles subventionnés – Commentaire de l’arrêt du Tribunal fédéral 1C_500/2013 du 25 septembre 2014.....	3-8
VÉRONIQUE BOILLET La libre-circulation des familles arc-en-ciel.....	9-20
JÉRÔME BÜRGISSER Quelques arrêts récents de la Cour de Justice et du Tribunal de l’Union européenne d’intérêt pour le droit fiscal suisse .....	21-44
DAVIDE CERUTTI / VERONICA FRIGERIO La prétendue pyramide ou le débordement <sup>3</sup> .....	45-65
ROBERT J. DANON The beneficial ownership requirement under art. 10 (dividends), 11 (interest) and 12 (royalties) of the OECD Model Tax Convention: the case of conduit companies.....	67-137
ALEX DÉPRAZ Changement de loi pendant la procédure de recours – <i>Lex Weber</i> et <i>Retour vers le futur</i> .....	139-152
GIOVANNI DISTEFANO Some Benevolent Remarks regarding the Theory of Historical Consolidation of Territorial Titles.....	153-165
NATHALIE DONGOIS / KASTRIOT LUBISHTANI Un droit pénal <i>publicisé</i> dans le contexte de la sécurité nationale à l’épreuve de la menace terroriste.....	167-189
CHRISTOPH ERRASS Rechtliche Probleme staatlicher Forschungsförderung .....	191-211
STEVE FAVEZ L’accueil collectif préscolaire .....	213-233
NOÉMIE GOFFLOT / AURÉLIEN VANDEBURIE L’impact du droit au respect des biens sur le domaine public.....	235-250
THIERRY LARGEY L’essor des autorités de régulation et le déclin du droit administratif général.....	251-275
ANDREAS LIENHARD / DANIEL KETTIGER Justizmanagement im Rechtsstaat.....	277-299
VINCENT MABILLARD / MARTIAL PASQUIER Transparence administrative et accès à l’information en Suisse et dans le monde .....	301-319
PIERRE MOOR Rationalité et subjectivité dans l’interprétation et l’application du droit.....	321-334
LAURENT MOREILLON / MATHILDE VON WURSTEMBERGER Réflexions sur l’art. 104 al. 2 CPP.....	335-345

ANOUK NEUENSCHWANDER Dommages consécutifs à l'exploitation ou la construction d'un ouvrage public : moyens de droit à disposition des voisins lésés.....	347-360
NATHANAËL PÉTERMANN La réglementation de l'espace aérien face au développement de l'usage des drones .....	361-376
DENIS PIOTET La succession des droits et obligations au décès de l'administré .....	377-384
DAVID RENDERS Qui du juge national ou européen contrôle l'acte préparatoire national d'un processus décisionnel menant à l'adoption d'un acte administratif décisoire européen ?.....	385-398
CHRISTINE SATTIVA SPRING L'égalité salariale en Suisse : une lente marche forcée ?.....	399-418
DENIS TAPPY Le remboursement de l'assistance judiciaire en matière civile dans le canton de Vaud entre procédure administrative et procédure civile.....	419-434
PETER UEBERSAX Die Respektierung der Werte der Bundesverfassung .....	435-465
<b>Partie II – L'État et les acteurs privés</b>	
MARTIN BEYELER Wettbewerbsneutralität bei der kommerziellen Sondernutzung öffentlicher Sachen .....	469-504
DAVID BOULAZ La mise au concours des prestations de transport commandées .....	505-527
VALÉRIE DÉFAGO GAUDIN / SÉVERINE BEURET Réseaux de chaleur et marchés publics .....	529-548
NICOLAS F. DIEBOLD / MARTIN LUDIN Die Quasi-in-house-Ausnahme .....	549-567
ANNE-CHRISTINE FAVRE / SARAH VITTOZ Les entités privées chargées d'assistance et d'hébergement : quelques problématiques .....	569-596
VALENTINA GIOMI Transfert de l'acte administratif : le nouveau marché des autorisations administratives en Italie – Le cas des taxis et des pharmacies.....	597-620
CLÉMENCE GRISEL RAPIN Une concession sans monopole ? L'exemple de la concession des maisons de jeu.....	621-632
ANDREAS HEINEMANN / FRANK STÜSSI Submissionkartelle .....	633-660
PIM HUISMAN / CHRIS JANSEN / FRANK VAN OMMEREN The Execution of Public Contracts and Third-Party Interests in the Netherlands .....	661-674
VINCENT MARTENET L'État en concurrence avec le secteur privé – Enjeux en matière d'égalité et de neutralité ...	675-688
ARIANE MORIN L'incidence du droit des marchés publics sur l'existence et la validité du contrat .....	689-695

PHILIPPE NANTERMOD Le transport de personnes par autocar longue distance en Suisse.....	697-709
TARCILA REIS JORDÃO Direct Agreement : facing the challenges of bankability in Concession projects and Public-Private Partnerships in Brazil .....	711-728
MARKUS SCHOTT / RAPHAEL WYSS Grenzfälle im Beschaffungsrecht .....	729-743
HANSJÖRG SEILER Praxis des Bundesgerichts zu Grundrechtsträgerschaft und Grundrechtsverpflichtung von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen und staatlichen Unternehmen in Privatrechtsform...	745-765
ANTONY TAILLEFAIT Les contrats d'emplois des agents du secteur public en Europe .....	767-780
PIERRE TSCHANNEN Hoheitliches Handeln von Privaten.....	781-798
BERNHARD WALDMANN / MARTIN D. KÜNG Beleihung und Konzession – Unterschiede und Berührungspunkte .....	799-814
ANDREAS ZIEGLER / SILVIO DA SILVA L'importance de l'Accord de l'OMC sur les marchés publics pour le droit des marchés publics en Suisse.....	815-827
<b>Partie III – Droit du territoire, de l'énergie et de l'environnement</b>	
BENOÎT BOVAY SOS-ISOS – Balade jurisprudentielle dans les quartiers historiques de Lausanne et environs .....	831-843
VINCENT BRÜLHART Déploiement de la 5G en Suisse : quelles précautions ? Considérations sur le principe de précaution à l'exemple de la téléphonie mobile .....	845-860
ALEXANDRE FLÜCKIGER L'unification du droit de la construction en Suisse : le droit souple et les normes privées à l'assaut du fédéralisme.....	861-869
ETIENNE GRISEL La géothermie entre droit fédéral et cantonal.....	871-886
PETER HÄNNI Geothermie und Windenergie im Kontext der Raumplanung – Neuere Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung.....	887-903
ANDRÉ JOMINI Les plans en mouvement – Mesures conservatoires pour la révision des plans d'affectation.....	905-920
PETER M. KELLER Neues zu Wald und Raumplanung .....	921-933
GUILLAUME LAMMERS Le développement de la constitution environnementale.....	935-949

ARNOLD MARTI Die bewegte Geschichte des Schweizer Raumplanungsrechts .....	951-964
THOMAS MERKLI Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (ISOS).....	965-978
YVES NOËL Il pleut des taxes... Analyse de la nouvelle « taxe pluviale » lausannoise .....	979-990
ALEXANDER RUCH Regulierung der koordinativen Raumplanung im Untergrund .....	991-1005
ANDREAS STÖCKLI / LUKAS MARXER Rechtliche Grundlagen der Förderung erneuerbarer Energien unter besonderer Berücksichtigung des Einspeisevergütungssystems nach dem neuen Energiegesetz .....	1007-1034
THIERRY TANQUEREL Le contrôle des plans d'affectation par les tribunaux cantonaux.....	1035-1047
DANIELA THURNHERR Kostenfolgen der Einsprache im Raumplanungs- und Baurecht – der kantonalen Spielraum nach BGE 143 II 467 .....	1049-1075
JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY Le permis d'habiter : un acte « déclaratif » vis-à-vis du permis de construire .....	1077-1087
Liste des publications d'Etienne POLTIER.....	1089-1092
Liste des abréviations.....	1093-1104
Abkürzungsverzeichnis.....	1105-1121

## La géothermie entre droit fédéral et cantonal

### Sommaire

	<b>Page</b>
Introduction	871
I. Les réponses nouvelles	872
A. La loi fédérale du 30 septembre 2016	872
B. La jurisprudence récente	875
1. L'arrêt de la Cour constitutionnelle du Jura du 27 juin 2018	875
2. L'arrêt de la Cour administrative du Jura du 13 décembre 2016	877
3. L'arrêt du Tribunal fédéral du 21 novembre 2018	880
4. La synthèse	882
II. Les questions laissées ouvertes	884
Conclusion	885

### Introduction

Le destinataire de cet ouvrage est le coauteur d'un article paru en 2015 et qui a retenu une vive attention<sup>1</sup>. Cette contribution savante et fouillée étudiait l'ensemble des problèmes relatifs au pouvoir législatif des cantons dans le domaine encore peu exploité de la géothermie. Depuis lors, certaines des questions abordées ont reçu une réponse explicite des autorités fédérale ou cantonales, tandis que d'autres restaient ouvertes. En effet, une nouvelle loi fédérale sur l'énergie fut promulguée le 1<sup>er</sup> janvier 2018, accompagnée d'une ordonnance<sup>2</sup>. De plus, trois décisions judiciaires rendues entre 2016 et 2018 éclairent au moins partiellement la matière. Mais il reste beaucoup à découvrir.

La notion même de géothermie demeure floue. Elle peut se comprendre comme une installation de peu d'importance, qui implique un forage de quelques dizaines de mètres afin de produire la quantité d'électricité nécessaire à un bâtiment. Mais elle se comprend

---

\* Professeur honoraire de l'Université de Lausanne.

<sup>1</sup> Etienne POLTIER / Denis PIOTET, La marge d'autonomie du législateur cantonal dans l'exploitation de la géothermie, *RDS* 134/2015 I p. 449-492.

<sup>2</sup> Loi fédérale sur l'énergie du 30 septembre 2016 (LEne, RS 7320.0 ; OEne, RS 730.01.).



aussi comme une installation de production d'électricité par une centrale qui exploite le sous-sol à une température de plus de 150 °C, c'est-à-dire entre 3000 et 5000 mètres de profondeur. C'est dans cette seconde acception qu'on parle ici de géothermie.

La première tentative d'application de cette technique en Suisse a eu lieu à Bâle et s'est terminée par l'abandon du projet en 2006 à la suite de secousses sismiques. En raison de cette expérience et de celles qui furent faites à l'étranger, un nouveau système dit « multifractures horizontales » fut développé. Il devrait permettre la réalisation d'installations sûres et propres et un rendement énergétique supérieur. Jusqu'ici, les prospections ont été rares. Toutefois, à Genève, une requête en autorisation de construire a été déposée, en vue d'un projet de « géothermie 2020 ». Dans le canton du Jura, après les études menées par les Services des transports et de l'énergie, de l'aménagement du territoire et de l'Office de l'environnement, un projet de géothermie profonde fut envisagé, sur la base d'un plan spécial cantonal. Ayant reçu les autorisations nécessaires, ce projet fut mis en cause par l'opposition de plusieurs citoyens et le dépôt d'une initiative populaire qui tendait à l'interdiction totale de la géothermie profonde sur tout le territoire cantonal. Dans l'intervalle est entrée en vigueur la loi fédérale du 30 septembre 2016 sur l'énergie. La nouvelle loi et la jurisprudence développée à l'occasion du projet concret autorisée dans le Jura ont apporté des réponses partielles aux questions posées et en laissent d'autres ouvertes.

## **I. Les réponses nouvelles**

Elles sont données d'abord par la loi fédérale entièrement révisée du 30 septembre 2016, acceptée en référendum le 27 mai 2017, ensuite par la pratique récente.

### **A. La loi fédérale du 30 septembre 2016**

Afin d'en comprendre la portée propre, il convient de rappeler la législation à laquelle elle succède, ainsi que les dispositions constitutionnelles qui lui servent de fondement.

La loi du 26 juin 1998 reposait essentiellement sur les articles 24<sup>septies</sup> et 24<sup>octies</sup> de la Constitution fédérale de 1874. Alors que le premier protégeait l'environnement, le second tendait à promouvoir un approvisionnement énergétique suffisant et notamment l'utilisation des énergies indigènes et renouvelables. La Confédération cherchait ainsi à défendre les êtres humains contre les immissions et à garantir un approvisionnement diversifié. Le Constituant concevait l'énergie de manière globale, tant pour la production, la distribution que la consommation. Quand il élaborait les dispositions topiques, les

diverses sources d'énergie n'étaient pas encore toutes développées<sup>3</sup>. Dans le domaine des énergies indigènes et renouvelables, la Confédération recevait une compétence générale, mais limitée aux principes (al. 2)<sup>4</sup>. Une loi sur l'approvisionnement du pays, complétée par une loi du 23 mars 2007 sur l'approvisionnement en électricité<sup>5</sup>, ainsi qu'un arrêté fédéral du 20 mars 1987, prévoyait le financement de la couverture du risque de forage géothermique.

L'article 24<sup>octies</sup> Cst., qui confiait à la Confédération le développement des techniques énergétiques, en particulier d'énergies renouvelables comme la géothermie, faisait l'objet d'une législation exhaustive, suivant la doctrine<sup>6</sup>. Autrement dit, soucieuse de faciliter le développement de ce type d'énergie, la Confédération ne laissait aucune place pour le droit cantonal. Néanmoins, malgré de nombreuses révisions, la loi de 1998 comportait peu de règles relatives à la production géothermique, et encore seulement sur des points secondaires (art. 7 ss et 15a).

En revanche, la nouvelle loi, du 30 septembre 2016, renferme des règles plus explicites. Elle a pour fondement l'article 89 de la Constitution fédérale de 1999, dont l'alinéa 3 confère à l'État central seul une compétence spéciale pour favoriser le développement des techniques énergétiques, « en particulier dans les domaines des économies d'énergie et des énergies renouvelables ». Il s'agit d'une compétence législative obligatoire, mais « concurrente ordinaire »<sup>7</sup>.

A vrai dire, le projet du Conseil fédéral ne parlait pas en détail de la géothermie et se contentait d'un vague « concept de développement des énergies renouvelables » (art. 11 ss)<sup>8</sup>. Tout au plus envisageait-il l'intérêt national à l'utilisation des énergies renouvelables en général (art. 14). Le Message ne mentionne la géothermie qu'en passant<sup>9</sup>. À défaut d'un commentaire précis du Conseil fédéral dans son Message, la brochure adressée au peuple avant la votation souligne les intentions du législateur et l'importance qu'il attache à la géothermie. La loi comporte avant tout des dispositions générales sur le recours aux énergies renouvelables, en particulier indigènes. L'approvisionnement en énergie doit y recourir (art. 1 al. 2 lit. c). La Confédération et les cantons sont tenus de coordonner leur politique énergétique (art. 4 al. 1 et 2). Les installations destinées à utiliser les énergies renouvelables revêtent un intérêt national, à partir d'une certaine

<sup>3</sup> R. JAGMETTI, in : Aubert/Eichenberger/Koller/Müller/Rhinow/Schindler (édit.), *Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874, 1987-1996* Bâle, N 4 ad art. 24<sup>octies</sup>.

<sup>4</sup> *Ibid.*, N 6.

<sup>5</sup> RS 734.7.

<sup>6</sup> JAGMETTI (*supra* note 3), N 19, 52 et 55 ad art. 24<sup>octies</sup>.

<sup>7</sup> Jean-François AUBERT, in : AUBERT/MAHON, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich/Bâle/Genève 2003, N 13 ad art. 89.

<sup>8</sup> FF 2013 6978.

<sup>9</sup> FF 2013 6877.

taille et importance (art. 6, 12 et 13). Les cantons doivent prévoir des procédures d'autorisation rapides pour la construction, l'agrandissement et la rénovation d'installations destinées à l'utilisation d'énergies renouvelables (art. 14 al. 1). La géothermie est mentionnée en particulier dans plusieurs dispositions : elle bénéficie du système de rétribution de l'injection (art. 19 al. 1 lit. d). Elle peut aussi recevoir des contributions en vue de la prospection et de la couverture des investissements (art. 33). Enfin, les cantons sont autorisés à exproprier afin de mettre en place des installations d'intérêt public destinées à l'utilisation de la géothermie (art. 69 al. 1)<sup>10</sup>.

Le Message commente brièvement les règles proposées. À l'article 33 du projet, « il s'agit de fournir une couverture aux investissements dans le cadre de la préparation et de la réalisation d'installations géothermiques destinées à la production électrique »<sup>11</sup>. Le Gouvernement envisageait donc l'octroi de garanties afin de couvrir les frais considérables de forage, d'essai, de recherches géologiques. Quant à l'expropriation, elle n'est envisagée que si une solution à l'amiable n'est pas disponible<sup>12</sup>.

Le sens et la portée de la nouvelle loi furent mis en évidence par la brochure remise à chaque citoyen avant la votation du 21 mai 2017, une demande de référendum ayant été déposée. Selon le Conseil fédéral, la géothermie était l'une de énergies renouvelables indigènes qui devait être promue et avoir une part croissante dans la production de l'énergie électrique<sup>13</sup>. L'encouragement de cette technique, d'après le Gouvernement, était un argument important en faveur de la nouvelle loi<sup>14</sup>.

Cette dernière impliquait une révision totale de l'ordonnance. En février 2017, le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication publia un rapport explicatif sur un « premier paquet de mesures de la stratégie énergétique 2050 ». L'ordonnance du 1<sup>er</sup> novembre 2017 touche notamment les garanties pour la géothermie et les contributions à la recherche de ressources géothermiques (art. 1 let. e). Elle prévoit un système d'appel d'offres publiques pour les mesures d'efficacité et de contribution à la prospection et à l'exploration géothermique (art. 19 ss.). Elle règle également les contributions à la recherche de ressources géothermiques et des garanties pour la géothermie (art. 23 ss.). Aussi a-t-elle pour but de diminuer les risques inhérents aux investissements dans ce domaine. Le Département attachait une grande importance à l'amélioration des mesures d'efficacité et aux mesures financières<sup>15</sup>.

---

<sup>10</sup> Voir les art. 35 et 71 du projet, FF 2013 6988, 7002.

<sup>11</sup> FF 2013 6897.

<sup>12</sup> *Ibid.* 6910.

<sup>13</sup> Explications du Conseil fédéral en vue de la votation populaire du 21 mai 2017, p. 5 ss.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 14 ss.

<sup>15</sup> Rapport du DETEC de février 2017, p. 7 ss.

Sans être négligeable, la différence entre les lois de 1998 et de 2016 ne doit cependant pas être surestimée. Dans l'un et l'autre textes, le principal souci est un approvisionnement énergétique suffisant, dont le recours aux énergies renouvelables indigènes est un principe directeur. Dans le domaine particulier de la géothermie, la nouvelle loi est un peu plus précise et contraignante que l'ancienne (art. 12, 19, 69).

## B. La jurisprudence récente

### 1. L'arrêt de la Cour constitutionnelle du Jura du 27 juin 2018

Des entreprises productrices d'électricité avaient créé une société qui avait l'intention de réaliser et d'exploiter un projet de géothermie profonde dans le canton du Jura. Ce projet, après avoir suscité des oppositions dont il sera question plus loin, provoqua le dépôt d'une initiative populaire « Contre la géothermie profonde dans le Jura » qui fut déposée le 21 avril, munie d'un nombre suffisant de signatures valables. Conçu en termes généraux, le texte 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, une demande populaire doit être « conforme au droit supérieur ». Sur la proposition du Gouvernement, le Parlement considéra cette condition comme remplie et valida l'initiative. Celle-ci fut cependant annulée par l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 27 juin 2018. Cette dernière substitua un examen juridique à l'appréciation politique du Gouvernement et du Parlement. Elle éleva néanmoins le niveau des exigences de validité en considérant que l'initiative populaire pouvait être annulée seulement si elle était manifestement contraire au droit fédéral, selon l'adage *in dubio pro populo*<sup>16</sup>. En l'occurrence, quoique le pouvoir d'examen soit en principe libre, il s'exerce néanmoins sous un angle restrictif. Lorsque la demande peut, d'après les règles générales d'interprétation des textes, être comprise dans un sens qui la rend valide, elle doit être déclarée recevable et soumise au vote populaire. Cependant, dans le cas d'espèce, il était difficile de lire l'initiative autrement que par la méthode littérale, c'est-à-dire dans le sens d'une interdiction absolue de l'exploration et de l'exploitation de la géothermie sur tout le territoire cantonal, sans exception. Quoique présentée en termes généraux, elle ne laissait en réalité aucune marge de manœuvre au législateur pour créer la base légale nécessaire. Elle était formulée de façon précise et sa densité normative privait les autorités d'application de toute liberté d'appréciation<sup>17</sup>.

Les cantons, rappelle la Cour, ne sont pas autorisés à légiférer dans les matières exhaustivement réglementées par le droit fédéral et, dans les autres domaines, peuvent édicter

---

<sup>16</sup> Arrêt du TF 1C\_578/2010 du 20 décembre 2011.

<sup>17</sup> Arrêt du TF 1C\_225/2016 du 14 décembre 2016 cons. 2.2 et 2.4 et les citations.

des normes seulement si elles ne violent pas le sens ni l'esprit du droit fédéral et n'en compromettent pas la réalisation<sup>18</sup>. De plus, les cantons doivent s'abstenir d'édicter des règles qui éludent le droit fédéral, en contredisent le sens ou l'esprit<sup>19</sup>.

Or, l'article 89 Cst., la loi sur l'énergie de 2016 et l'ordonnance de 2017 définissent une politique énergétique déterminée qui tend notamment à favoriser les énergies renouvelables indigènes. Il est vrai que, dans ce domaine, les cantons ne sont pas privés de toute compétence. Lorsque celle-ci est partagée entre eux et l'État central, il faut délimiter le champ d'application de chacun des ordres juridiques et peser les intérêts qui sont défendus par les uns et les autres. Mais l'essentiel est que la Confédération et les cantons « ne sortent pas du cadre de leur tâches respectives et ne s'en réclament pas délibérément comme d'un prétexte pour entraver l'accomplissement d'autres tâches »<sup>20</sup>.

Ici, reconnaît la Cour, la répartition constitutionnelle des compétences est décrite comme particulièrement complexe<sup>21</sup>. Néanmoins, 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 léserait le droit fédéral de niveau constitutionnel. »<sup>22</sup> Quant à la loi du 30 décembre 2016, elle exprime clairement la volonté de promouvoir les énergies renouvelables, notamment la géothermie, et contraint les cantons à prévoir des procédures d'autorisation rapides pour la construction d'installations destinées à l'utilisation d'énergie renouvelable (art. 14 al. 1). Le deuxième alinéa de l'article 89 confère à l'État central une compétence législative concurrente obligatoire tout en laissant aux cantons la faculté d'adopter une législation complémentaire et des règles d'exécution. Celles-ci doivent néanmoins éviter d'entraver la diversification des sources d'énergie et l'utilisation de celles qui sont à la fois indigènes et renouvelables. La loi oblige en outre la Confédération et les cantons à coordonner leur politique, les seconds devant adapter leur plan directeur et leur plan d'affectation (art. 10). Autrement dit, l'article 8*b* LAT et l'article 10 LEne impliquent un développement contraignant pour les plans directeurs cantonaux, lesquels ne sauraient contrarier les objectifs de développement visés par la Confédération<sup>23</sup>.

Une interdiction générale et absolue de la géothermie sur tout le territoire d'un canton ne se concilie pas avec les diverses exigences du droit fédéral ni avec les buts qu'il vise.

---

<sup>18</sup> ATF 143 I 403 ; 141 I 29 ; 138 I 131.

<sup>19</sup> ATF 140 I 277.

<sup>20</sup> *Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874* (*supra* note 3), ad art. 2 des dispositions transitoires N 28 et SALADIN.

<sup>21</sup> Arrêt du TF 1C\_36/2011 du 8 février 2012 cons. 3.2. et les références.

<sup>22</sup> Arrêt de la Cour constitutionnelle du Jura du 27 juin 2018 cons. 6.4.2., p. 16.

<sup>23</sup> FF 2013 p. 6879-80.

Certes, la Confédération n'impose pas directement à un canton donné d'autoriser une installation particulière. Toutefois, une mesure générale et abstraite de prohibition contredirait les desseins du droit fédéral en rendant impossible ce type d'énergie. Une telle règle violerait manifestement plusieurs dispositions fédérales, notamment les articles 10 et suivants, 14, 19 et 69 LEné.

Il est vrai que le canton peut se prévaloir de son droit de maîtrise et de disposition du sous-sol. Mais il ne saurait se voir reconnaître la possibilité de renoncer d'emblée à l'exploitation d'une source d'énergie qui se trouve dans le sous-sol sans éluder les objectifs visés par le droit fédéral<sup>24</sup>. C'est dire que les cantons sont tenus d'examiner chaque projet d'installation d'une énergie renouvelable et de peser les intérêts en présence. Ils doivent coordonner leur politique avec elle de l'État central, de sorte qu'une interdiction absolue « heurte de plein fouet le devoir de planification du développement des énergies renouvelables indigènes recherchées par le droit fédéral »<sup>25</sup>. En définitive, quand même la loi cantonale peut subsister dans le même domaine que le droit fédéral si elle poursuit un autre but que lui, elle ne peut pas aller directement à fins contraires, en l'occurrence empêcher l'utilisation d'une énergie renouvelable indigène que la Confédération considère comme utile, nécessaire, digne d'être encouragée, cautionnée, subventionnée. Par conséquent, l'initiative populaire examinée contredisait manifestement les dispositions constitutionnelles et légales adoptées par la Confédération et devait être annulée.

En conclusion, la maîtrise du canton sur le sous-sol de son territoire, dans la mesure où elle peut être reconnue, ne se confond pas en principe avec un droit régalien ni avec un monopole au sens strict, à moins que ne soit éventuellement édictée une loi qui permettrait au canton d'exclure toute activité exercée par des tiers. Par ailleurs, l'article 14 LEné qui oblige les cantons à instituer des procédures rapides d'autorisation pourrait rendre une telle exclusion contraire au droit fédéral.

## **2. L'arrêt de la Cour administrative du Jura du 13 décembre 2016**

Le projet pilote évoqué plus haut suscita de nombreuses oppositions, en particulier de voisins, qui formèrent des recours auprès de la Cour administrative de la République et Canton du Jura. Son jugement, du 13 décembre 2016, fut ensuite attaqué devant le Tribunal fédéral, dont l'arrêt du 21 novembre 2018 sera analysé plus loin.

Le projet pilote de géothermie destiné à utiliser la chaleur des roches entre 4000 et 5000 mètres de profondeur était au bénéfice d'une autorisation qui reposait sur une fiche du plan directeur cantonal approuvé par le Gouvernement en 2012 et par le Conseil

---

<sup>24</sup> Arrêt de la Cour constitutionnelle du Jura du 27 juin 2018 cons. 7.1, p. 20.

<sup>25</sup> *Ibid.* cons. 7.2., p. 21.

fédéral en décembre 2014. Ce plan fixe l'emplacement des projets dans des secteurs délimités, moyennant une procédure d'adoption de plan spécial et de permis. Celui-ci fut adopté en juin 2015 avec les documents et autorisations nécessaires, y compris les modifications du plan de zone de la localité. Dans son arrêt du 13 décembre 2016, la Cour administrative du Tribunal cantonal jurassien admit partiellement le recours en ce sens que le Gouvernement n'avait pas la compétence de délivrer lui-même un permis de construire, ce dernier n'étant cependant pas nécessaire en l'espèce. Pour le reste et sur le fond, la Cour approuvait le projet pilote et rejetait, à la suite d'une analyse détaillée, les arguments invoqués par les opposants.

Ces derniers faisaient d'abord valoir que le projet ne bénéficiait pas de la concession indispensable à l'exploitation des ressources du sous-sol. Il est vrai que, dans la mesure où le sous-sol profond n'est pas compris dans la propriété privée, il fait l'objet d'une maîtrise de fait qui confère au canton un monopole. Il est donc indiscutable que les cantons peuvent légiférer en matière de géothermie profonde. Mais tel n'est pas le cas du Jura. Sa loi sur les mines ne s'applique pas en l'espèce, dès lors qu'elle vise les ressources minérales, les gisements d'hydrocarbures, mais non pas l'utilisation de la chaleur du sous-sol profond. La loi sur la gestion des eaux n'est pas non plus topique, puisque le projet utilise la chaleur du sous-sol et non pas l'eau. En conséquence, la géothermie ne fait pas l'objet d'une régle cantonale et la base légale qui impliquerait l'octroi d'une concession fait défaut, alors qu'elle existe dans quelques autres cantons.

En comparaison, le Tribunal fédéral a jugé qu'il appartient au droit cantonal de régler les conditions d'autorisation pour une installation de production d'énergie éolienne. Il suit de là que l'exigence d'une simple autorisation est suffisante<sup>26</sup>. Au surplus, le permis accordé en l'espèce prévoit la conclusion d'une convention de collaboration sur la planification, la réalisation et l'exploitation de l'installation pilote de géothermie. En l'occurrence, l'absence d'appel d'offres préalable ne violait pas l'article 2 al. 7 de la loi fédérale sur le marché intérieur<sup>27</sup>, car ici ce n'est pas l'État qui exploiterait lui-même un monopole, mais bien une entreprise privée qui réalise un projet de sa propre initiative<sup>28</sup>.

En seconde ligne, les recourants invoquaient à tort un défaut de coordination entre la planification et l'autorisation. S'agissant de ce point, qui relevait essentiellement des données de fait, la Cour admit qu'en l'espèce toutes les dispositions en matière de protection de l'environnement avaient été examinées avant l'adoption du plan spécial, qui était l'étape décisive pour le permis de projet pilote litigieux. Il est vrai que l'obligation de coordonner les procédures implique celle de tenir compte de tous les éléments essentiels, notamment du plan partiel d'affectation ou du plan de quartier, en plus des mesures

---

<sup>26</sup> ATF 132 II 408.

<sup>27</sup> RS 943.02.

<sup>28</sup> Arrêt du TF 1C\_225/2016 du 14 décembre 2016 cons. 4, p. 7-11.

protégeant l'environnement. Or en l'espèce, les autorités compétentes avaient étudié et approuvé les éléments du projet. Tout au plus pouvait-on reprocher au Gouvernement d'avoir accordé lui-même le permis de construire, bien que celui-ci relève de la compétence du Conseil communal selon le droit jurassien. Cependant, les dispositions matérielles du permis pouvaient être simplement intégrées au plan spécial cantonal du 2 juin 2015, adoptées à bon droit par le Gouvernement, de sorte qu'un permis de construire supplémentaire n'était pas nécessaire. L'incorporation du contenu matériel du permis dans le plan spécial correspond en effet au but poursuivi par les autorités et n'est pas contraire au droit, le Tribunal fédéral admettant qu'un plan d'affectation spécial détaillé peut comprendre les éléments d'une autorisation préalable de construire<sup>29</sup>. Cette manière de faire se justifiait d'autant plus en l'occurrence que le législateur cantonal des années 1990 voulait tenir compte de l'évolution de la législation sur l'aménagement du territoire et la protection de l'environnement<sup>30</sup>.

Suivant les recourants, la réglementation sur la prévention des accidents majeurs était insuffisante, notamment au regard de l'article 10 al. 1 LPE. Celui-ci est certes d'application directe et permet d'exiger des mesures de protection. Cependant, s'il impose de maintenir les risques à un degré acceptable, il n'exige pas nécessairement une protection absolue. Il n'est pas orienté vers les moyens, mais plutôt vers le but et suppose seulement un niveau de prévention suffisant. En l'espèce, ce sont les fluides qui peuvent créer des dangers mais ces derniers peuvent être considérés comme tolérables, aux dires des experts. Quant aux risques sismiques, ils ont fait l'objet d'analyses approfondies dans une synthèse du 15 avril 2014, le site désigné par le plan directeur cantonal fut choisi avec soin, de nouvelles techniques de stimulation hydrauliques ont été testées et un système de surveillance sera mis en place. Quant aux événements qui ont eu lieu ailleurs, notamment à Bâle, ils étaient dus à des facteurs différents, notamment quant à l'emplacement désigné et à la technique utilisée<sup>31</sup>.

Les recourants prétendent encore que les normes relatives au bruit n'ont pas été respectées. À cet égard, il faut distinguer les phases de forage et de stimulation d'une part, l'exploitation proprement dite d'autre part, les normes applicables n'étant pas identiques. Si les limites de bruit peuvent être dépassées pendant les premières étapes, tel n'est pas le cas pendant la phase d'exploitation, pour laquelle des conditions strictes sont posées par l'Office de l'environnement. En conséquence, les règles sont respectées et les mesures de prévention nécessaires sont prises, de sorte que les immissions dénoncées paraissent acceptables. Parmi les risques évoqués par les recourants figurent les échappées

---

<sup>29</sup> ATF 116 Ib 159.

<sup>30</sup> Arrêt du TF 1C\_225/2016 du 14 décembre 2016 cons. 5, p.11-8.

<sup>31</sup> *Ibid.* cons. 6, p. 19-27.



radioactives ou toxiques et de contamination de l'eau potable. Il ressort toutefois du dossier que les dangers ont été écartés<sup>32</sup>.

Les recourants invoquent aussi une atteinte aux eaux souterraines et notamment à une pollution accrue. Les études qui figurent au dossier montrent cependant que des mesures pour éviter la corrosion ou la pollution sont prévues, conformément à l'article 11 LPE et à la législation sur les eaux<sup>33</sup>.

Les opposants reprochent au projet une perte disproportionnée des surfaces d'assolement. En réalité, les seules parcelles qui ne peuvent pas être compensées par le retour d'une surface équivalente ont une superficie de 4'056 mètres carrés, c'est-à-dire une perte relativement légère par rapport à l'intérêt public majeur à la réalisation du projet à l'endroit projeté<sup>34</sup>.

Enfin, les recourants critiquent l'absence de concertation et de consultation des populations en cause lors de l'élaboration du projet. En fait, plusieurs séances d'information publique furent organisées et un groupe d'accompagnement qui comprend des représentants des autorités et des associations de défense de l'environnement et du patrimoine a été créé<sup>35</sup>.

### **3. L'arrêt du Tribunal fédéral du 21 novembre 2018**

Saisi d'un recours contre le jugement analysé plus haut, le Tribunal fédéral fut appelé à se prononcer sur des questions juridiques partiellement différentes, les opposants ayant quelque peu modifié leur argumentation.

En premier lieu, ils citaient la garantie de la propriété suivant l'article 26 Cst. et prétendaient que la loi cantonale devrait réglementer l'exploitation des biens du domaine public, dont ferait partie l'utilisation du sous-sol. Cependant, aux yeux du juge, la protection de la propriété privée n'implique pas la présence d'une base légale spécifique pour permettre l'exploitation des sols profonds, et, on ne voit pas en quoi « le projet litigieux porterait atteinte à leur droit de propriété, dès lors que les parcelles concernées sont la propriété de l'exploitant et que le projet n'implique d'ailleurs aucune mesure d'expropriation formelle »<sup>36</sup>.

Suivant les opposants, le recours à la géothermie profonde impliquerait un usage privatif du sous-sol et, par conséquent, l'octroi d'une concession, comme le prévoient les lois de

---

<sup>32</sup> *Ibid.* cons. 6, p. 30-1.

<sup>33</sup> *Ibid.* cons. 7, p. 31-5.

<sup>34</sup> *Ibid.* cons. 8, p. 35-8.

<sup>35</sup> *Ibid.* cons. 9, p. 39-40.

<sup>36</sup> Arrêt du TF 1C\_46/2017 du 21 novembre 2018 cons. 2, p. 4-5.

plusieurs cantons. Toutefois, aucune disposition de droit cantonal ou fédéral, constitutionnelle ou légale, n'oblige le Jura à procéder par la voie de la concession. Cette procédure est certes prévue pour l'exploitation des matières premières minérales et des mines, mais non pour l'utilisation de la chaleur du sous-sol. Il est vrai que le plan directeur cantonal prévoit une procédure du plan spécial cantonal, le service compétent étant chargé de mener « les études sur la mise en place d'une procédure de concession ». Celle-ci pourrait paraître opportune, en raison des difficultés que suscite la question, mais les cantons restent libres de choisir les conditions d'autorisation d'une installation de géothermie profonde et un régime d'autorisation n'est pas exclu<sup>37</sup>.

Selon les recourants, cette autorisation aurait dû faire l'objet d'un appel d'offres conformément à la loi fédérale sur le marché intérieur. Cependant, le simple fait qu'une collectivité publique permette à une entreprise privée d'exercer une activité déterminée n'a pas pour conséquence de soumettre cette dernière aux règles des marchés publics, car l'autorité se contente ici de réglementer et contrôler l'activité privée. Il en va de même d'ailleurs lorsque l'État octroie une concession exclusive pour l'utilisation du domaine public, sauf si la concession est indissociablement liée à des contre-prestations importantes<sup>38</sup>. En l'occurrence, l'État s'est contenté d'autoriser l'intimée, personne morale privée, à exercer une activité déterminée à sa demande, en vue de la réalisation d'un projet ponctuel à un endroit déterminé<sup>39</sup>.

Suivant les recourants, l'arrêt de la Cour cantonale qui incorpore le contenu du permis de construire dans le plan spécial d'affectation viole l'article 30 Cst., car il prive les justiciables du recours administratif de première instance prévu en matière de permis de construire. En réalité, contrairement à ce que prétendent les recourants, la LCAT permettait à la Cour cantonale d'intégrer à la planification spéciale tous les éléments qui figureraient dans l'autorisation de construire et avaient fait l'objet d'une unique mise à l'enquête. Les recourants ne démontrent d'ailleurs pas sur quelle base ils auraient nécessairement droit à deux instances cantonales de recours. Ils ont utilisé une procédure dans laquelle la Cour administrative dispose d'un plein pouvoir d'examen. En conséquence, la manière de faire à laquelle s'est arrêtée la Cour cantonale n'est pas arbitraire au regard de la loi<sup>40</sup>.

Les recourants critiquent l'arrêt qui ne tient pas compte de la dépréciation de leurs immeubles. Cependant, les articles 10, alinéa 1, et 11 LPE n'impliquent aucune indemnisation immédiate des pertes de valeur immobilière au stade de la planification ou d'une autorisation de construire. Cette question n'avait donc pas à être examinée dans le cadre

---

<sup>37</sup> *Ibid.* cons. 3, p. 5-6.

<sup>38</sup> ATF 135 II 49 ; 144 II 184.

<sup>39</sup> *Ibid.* cons. 4, p. 6.

<sup>40</sup> *Ibid.* cons. 5, p. 6-7.

de l'adoption du plan spécial dans lequel le permis est incorporé. Au surplus, les recourants n'établissent pas les pertes de valeur subies par leurs immeubles<sup>41</sup>.

Les recourants se plaignent du déclassement de surfaces d'assolement qui font partie du territoire propre à l'agriculture. Cependant, le canton dispose d'un excédent de 80 hectares au regard de la surface minimale fixée par l'autorité fédérale. Il est vrai que, quand même la surface litigieuse est faible, il convient d'opérer une pesée d'intérêts complète et objective. En l'occurrence, le projet de géothermie profonde garantit une source d'énergie indigène, propre, presque illimitée et de nature à fournir de l'électricité en continu indépendamment des conditions météorologiques, avec un faible impact sur le paysage. Il répond donc à un intérêt public important de sorte que les projets pilotes de ce genre doivent être encouragés. L'emplacement choisi a fait l'objet d'une analyse complète, la surface nécessaire était estimée à seulement deux hectares et la surface d'assolement perdue était seulement d'environ quatre hectares<sup>42</sup>.

Enfin, il faut admettre que les risques induits par la géothermie ont été évalués de façon approfondie par les autorités fédérales et cantonales compétentes, sur la base de rapports techniques et scientifiques. L'argument suivant lequel une activité géothermique a provoqué un séisme en Corée du Sud, qui devra faire l'objet d'un rapport du Gouvernement cantonal, n'apporte aucun éclairage nouveau sur les moyens de droit développés par les recourants<sup>43</sup>.

#### **4. La synthèse**

Les arrêts étudiés apportent des réponses de diverses sortes, tantôt touchant les rapports entre le droit fédéral et le droit cantonal, tantôt regardant les conditions à remplir pour autoriser une installation de géothermie profonde.

D'abord, il est maintenant établi que les cantons ne sauraient prohiber totalement sur leur territoire les exploitations en question. Certes, ils ne sont pas privés de toute compétence lorsqu'il s'agit de mener une politique énergétique et notamment d'explorer et d'exploiter des énergies renouvelables. Le droit fédéral n'étant pas exhaustif dans ce domaine, les cantons conservent des attributions, « ils peuvent édicter des règles de droit, pour autant qu'ils ne violent ni le sens ni l'esprit du droit fédéral et qu'elles n'en compromettent pas la réalisation »<sup>44</sup>. Cependant, ils sont tenus de collaborer avec la Confédération et de contribuer à l'exécution du droit fédéral. Cette obligation résulte déjà de l'ancien principe dit de la « fidélité confédérale », aujourd'hui formulé un peu différem-

---

<sup>41</sup> *Ibid.* cons. 6, p. 7-8.

<sup>42</sup> *Ibid.* cons. 7, p. 8-9.

<sup>43</sup> *Ibid.* cons. 8, p. 9-10.

<sup>44</sup> Arrêt du TF 1C\_225/2016 du 14 décembre 2016 cons. 2.1.

ment par la Constitution, à l'article 44. En matière de géothermie, il apparaît que l'interdiction totale comme la demandait l'initiative populaire dans le Jura contrevient au sens et à l'esprit de la loi fédérale et rend même sa réalisation impossible. Une prohibition pareille serait en contradiction évidente avec les articles 14, 19 et 69 de la loi fédérale de 2016. En particulier, l'article 14, alinéa 1, oblige les cantons à prévoir des procédures d'autorisation rapides pour la construction d'installations d'énergie renouvelable, ce qui suppose l'existence de telles procédures et non leur interdiction.

Certes, la loi cantonale « peut subsister dans le même domaine en particulier si elle poursuit un autre but que celui recherché par le droit fédéral »<sup>45</sup>. Mais il serait difficile de dire que l'initiative en question recherche un autre objectif que le droit fédéral, puisqu'en réalité elle va directement à fins contraires. Il ne s'agit pas ici d'examiner si le canton pourrait adopter des dispositions complémentives, pour résoudre des problèmes que la législation fédérale ne tranche pas complètement. Bien plutôt, une interdiction de la géothermie ne ferait rien d'autre que heurter d'une manière frontale l'exécution du droit fédéral. C'est dire que ce cas n'a pas d'analogie avec d'autres situations tranchées par le Tribunal fédéral, notamment dans le secteur des tarifs des transports publics<sup>46</sup>.

D'autre part, les arrêts précités comportent un large panorama des conditions auxquelles est subordonnée l'autorisation d'installer un projet de géothermie profonde. Celui-ci n'est pas formellement subordonné à l'existence d'une base légale topique. Une pareille carence ne fait pas obstacle à une simple autorisation, dès lors que celle-ci prévoit la conclusion d'une convention de collaboration. Ce n'est d'ailleurs pas l'État qui exploiterait le sol et le sous-sol, mais bien une entreprise privée. D'un point de vue matériel, les opposants au projet critiquaient une longue série de manquements, au regard des diverses dispositions topiques. Il s'agissait en premier lieu de la protection de l'environnement, qui implique des mesures et des contrôles. Il faut signaler également la prévention des accidents, soit pour les personnes, soit pour les eaux, soit encore les risques sismiques. Les normes relatives à la limitation du bruit doivent également être respectées. Les atteintes éventuelles aux eaux souterraines et le danger de pollution doivent être évités. Mais les lois cantonales peuvent être très différentes, et la jurisprudence ne touche jusqu'ici qu'un cas particulier. C'est dire que les questions qui restent à trancher demeurent nombreuses.

---

<sup>45</sup> ATF 140 I 221.

<sup>46</sup> ATF 143 I 109, 114 ss.

## II. Les questions laissées ouvertes

Avant tout, il faut souligner que la jurisprudence précitée concerne un canton qui n'avait pas réglementé la géothermie profonde. Dans près de la moitié des autres cantons, une législation plus ou moins précise a été édictée. Elle n'a cependant pas fait l'objet de contestations devant la justice, pour l'instant. Son interprétation demeure donc incertaine, en particulier s'agissant du niveau de protection contre les divers dangers que fait naître une installation géothermique.

Le sujet le plus important que les jugements rendus jusqu'ici n'abordent pas, ou seulement d'une manière très vague, porte sur la délimitation entre le sous-sol qui peut être utilisé par le propriétaire et fait donc l'objet d'un droit privé d'une part, et celui qui doit être attribué au domaine public et relève donc de la souveraineté cantonale, d'autre part. À cet égard, le Tribunal fédéral rappelle que, selon l'article 667, alinéa 1, du Code civil, « la propriété du sol emporte celle du dessus et du dessous dans toute la hauteur et la profondeur utiles à son exercice ». Il ajoute : « C'est le critère d'utilité (entendue objectivement) qui détermine l'étendue verticale de la propriété. »<sup>47</sup> Au-delà, les prérogatives liées à la propriété privée disparaissent, et l'État conserve la disposition des sous-sols et sa réglementation<sup>48</sup>.

A défaut d'autre précision, il faut considérer que le contenu des règles applicables à la géothermie profonde reste incertain. La question est d'ailleurs controversée<sup>49</sup>. Il est possible de soutenir que « l'article 667, alinéa 1, CC ne permet l'extension verticale de la propriété privée qu'à concurrence d'une cinquantaine de mètres de la surface du sol, de sorte que toutes les techniques, même individuelles, d'exploitation de la géothermie débordent la stricte étendue verticale de la propriété privée de la surface »<sup>50</sup>.

Toutefois, la solution dépend de la définition qu'il convient de donner à l'adjectif « utile » mentionné par l'article 667, alinéa 1, CC. Le critère d'utilité est objectif, comme le relève le Tribunal fédéral, et s'applique en fonction de l'évolution de la technique, de sorte qu'il est aussi défendable de considérer que, dans les circonstances actuelles, la propriété privée s'étend à la profondeur que permet la technologie géothermique. Au surplus, il n'est pas exact de prétendre que le propriétaire privé exploite le sous-sol à proprement parler ou les eaux qui s'y trouvent, car la géothermie utilise seulement la chaleur qui émane des régions souterraines. Le sous-sol n'en est donc en aucune manière appauvri, et on ne voit pas, dans des conditions normales, quel ouvrage souterrain de la

---

<sup>47</sup> Arrêt du TF 1C\_46/2017 du 21 novembre 2018 cons. 2.1.

<sup>48</sup> Voir ATF 119 Ia 390.

<sup>49</sup> Voir POLTIER/PIOTET (*supra* note 1), p. 460 ss.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 462.

collectivité publique en serait affecté. Une interprétation téléologique et contemporaine de l'article 667 al. 1 CC et de l'article 704 al. 3 CC autoriserait donc une notion extensive de la propriété du sous-sol, ou du moins de son utilisation en vue de la géothermie. Le problème se pose évidemment d'une manière différente quand le propriétaire privé entend utiliser le sous-sol pour des installations fixes.

Dans quelle mesure l'activité et les installations géothermiques pourraient-elles faire partie d'un monopole cantonal ? Dans quelques cantons, il semble que le constituant ou le législateur ont cherché à élargir la régle historique des mines à toutes les ressources du sous-sol profond, y compris géothermiques<sup>51</sup>. Cette solution se heurte cependant à l'objection que, par définition, une nouvelle régle historique, inconnue avant 1874, ne peut pas être créée. Elle pourrait donc ne pas se conformer à l'article 94 al. 4 de la Constitution.

Il est incontestable, comme le reconnaît le Tribunal fédéral, que la géothermie profonde peut être soumise à un régime de concessions. Ce qui reste pourtant ouvert, c'est la définition des conditions auxquelles ce régime peut être subordonné. Cette question dépend en grande partie de la manière dont se conçoit dans ce domaine la compétence étatique. Si celle-ci est analysée comme une prérogative souveraine, dont l'État concède l'usage privatif, il en découle une série de conséquences, notamment la nécessité de faire des appels d'offres conformément à la loi fédérale sur le marché intérieur. Le Tribunal fédéral a exclu l'application de l'article 2 al. 7 LMI dans le cas où la géothermie fait l'objet d'une simple autorisation : « Le simple fait que la collectivité publique permette à une entreprise privée d'exercer une activité déterminée n'a pas pour conséquence de soumettre cette activité aux règles des marchés publics. »<sup>52</sup> Dans d'autres affaires, le Tribunal fédéral avait aussi laissé la question ouverte<sup>53</sup>.

## Conclusion

Source d'énergie propre, indigène, renouvelable, durable et presque illimitée, la géothermie semble être plus prometteuse que les techniques de production éolienne ou solaire. Mais elle soulève des questions juridiques nouvelles et difficiles. Pour l'instant, les législateurs cantonaux jouent un rôle primordial. Mais les projets concrets continueront sans doute à occuper les tribunaux, tant ils suscitent de craintes et d'oppositions. La Confédération s'est jusqu'ici contentée de poser des règles d'ordre général et de fixer des objectifs. Elle devra peut-être aller plus loin, si notre pays renonce à exploiter des cen-

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 462-3.

<sup>52</sup> Arrêt du TF 1C\_46/2017 du 21 novembre 2018 cons. 4.1.

<sup>53</sup> POLTIER/PIOTET (*supra* note 1), p. 478 et les citations.

trales nucléaires et à construire des barrages. Quant aux jugements déjà rendus, ils sont encore trop peu nombreux pour qu'il soit permis d'en tirer des conclusions sûres.