

ELCOM 221-00414-fjj38C vom 11. September 2019

ElCom, 2019-09-11, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/elcom_221-00414-fjj38C

FR: ELCOM 221-00414-fjj38C du 11 septembre 2019

IT: ELCOM 221-00414-fjj38C del 11 settembre 2019

Erwägungen

E. 1

Recevabilité

E. 1.1

Compétence 34 Conformément à l'article 74, alinéa 5 de la loi du 30 septembre 2016 sur l'énergie (LEne ; RS 730.0), l'ElCom tranche en cas de litige résultant de procédures soumises, quant au régime des compétences, à l'ancien droit, dans la mesure où elle était compétente en la matière en vertu de ce droit. 35 La recourante a déposé un recours auprès de l'ElCom en date du 15 novembre 2017 (pièce 1). 36 Conformément à l'article 25, alinéa 1bis de la loi du 26 juin 1998 sur l'énergie (aLEne ; RS 730.0, état le 1er janvier 2017 ; sur le droit applicable, cf. consid. 4 ci-après), la Commission de l'électricité statue sur les litiges relatifs aux conditions de raccordement pour les installations de production d'énergie et aux suppléments sur les coûts de transport (art. 7, 7a, 15b et 28a aLEne, état le 1er janvier 2017). 37 En l'espèce, le litige porte sur le rejet d'une demande de prolongation de délai pour déposer l'avis de mise en service de l'installation litigieuse et, par ricochet, sur la décision de révocation de la décision positive en application de l'article 3hbis, alinéa 2 aOEne (état le 1er janvier 2017). Il s'agit donc d'un litige relatif aux conditions de raccordement pour les installations de production d'énergie au sens de l'article 25, alinéa 1bis aLEne (état le 1er janvier 2017). Swissgrid SA a rendu la décision querellée en 2017 (pièce 1, annexe 1) selon le droit alors en vigueur. La compétence de l'ElCom est ainsi donnée. 38 Le Tribunal fédéral (ci-après : TF) a jugé que Swissgrid SA rendait des décisions au sens de l'article 5 PA dans le cadre de la RPC (TF, arrêt du 21 juin 2017, 1C_532/2016, arrêt Paysage Libre Suisse, consid. 2.3.2), si bien que la présente procédure doit être qualifiée de procédure de recours et qu'elle doit être menée conformément aux articles 44 ss PA (art. 47, al. 1, let. c, PA en lien avec l'art. 25, al. 1bis aLEne [état le 1er janvier 2017]). 39 Selon l'article 63, alinéa 1, lettre c LEne, l'organe d'exécution est compétent pour l'exécution de la rétribution de l'injection en vertu de l'ancien droit. L'organe d'exécution exerce ses compétences à partir de sa création (art. 74, al. 4, 1ère phrase, LEne). Pronovo SA a été inscrite au registre du commerce en date du 6 novembre 2017 (cf. www.zefix.ch). Il découle de ce qui précède que ce n'est plus Swissgrid SA mais bien Pronovo SA, en tant de successeur juridique, qui revêt la qualité d'autorité précédente.

E. 1.2

Qualification de la décision querellée et entrée en matière 40 A titre préalable, il y a lieu de trancher la question de savoir si la décision querellée est une décision finale, laquelle est sujette à recours, ou une décision incidente. Dans ce second cas de figure se pose encore la question de savoir si elle remplit ou non les conditions permettant de déposer un recours séparé. Il y a dès lors lieu de qualifier la décision querellée. 41 A teneur de l'article 44 PA,

la décision est sujette à recours. Selon cette disposition, le recours est recevable contre les décisions finales alors que des restrictions sont prévues pour certaines décisions incidentes (cf. BOVAY BENOÎT, Procédure administrative, 2e édition, Berne 2015, ci-après : BOVAY, p. 357 ; art. 46 PA).

10/35

42 Une décision est finale lorsqu'elle met fin à la procédure dont elle a provoqué l'ouverture, qu'il s'agisse d'une décision d'irrecevabilité ou de fond. Elle a donc pour effet de définir le contenu de la relation de droit administratif faisant l'objet de l'instance. Une telle décision peut faire l'objet d'un recours distinct sans restriction (art. 44, PA) (DUBEY JACQUES / ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, Droit administratif général, Bâle 2014, ci-après : DUBEY / ZUFFEREY, ch. marg. 917, p. 329). 43 Une décision est incidente lorsqu'elle intervient au cours d'une procédure administrative ou de recours dont elle a pour objet de régler le déroulement, sans y mettre un terme. Elle ne porte pas sur une question de fond, mais sur une difficulté de procédure ou une question préjudicielle de droit matériel qu'elle résout pour en permettre l'avancement en vue d'une décision finale (DUBEY / ZUFFEREY, ch. marg. 919, p. 330). La décision incidente ne tranche pas définitivement toutes les conclusions ou seulement certaines d'entre elles (UHLMANN FELIX / WÄLLE-BÄR SIMONE, Commentaire ad art. 45 PA, in : WALDMANN BERNHARD / WEISSENBERGER PHILIPPE, Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG), 2e éd., Zurich 2016, ci-après : WALDMANN / WEISSENBERGER, ch. marg. 3, pp. 912 s.). La raison pour laquelle les décisions incidentes sont séparément susceptibles de recours dans un nombre limité de cas de figure repose sur le fait que le Tribunal ne doit se prononcer qu'une seule fois sur chaque litige (cf. à propos de l'art. 90 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF ; RS 173.110], KÖLZ ALFRED / HÄNER ISABELLE / BERTSCHI MARTIN, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3e édition, Zurich 2013, ch. marg. 1428 et références citées). Le Tribunal fédéral traite une décision de renvoi de l'autorité inférieure comme une décision finale et non comme une décision incidente lorsque l'autorité de première instance à laquelle la cause est renvoyée n'a pas de latitude de jugement (ATF 134 II 124, sp. consid. 1.3, p. 127, RHINOW RENÉ et al., Öffentliches Prozessrecht, 3e éd., Bâle 2014, ch. marg. 1870, p. 516 ; ElCom, décision du 5 mars 2019, 221-00413, consid. 5, ch. marg. 64, p. 15 et références citées). 44 La formulation de l'article 3hbis, alinéa 2, aOENE (état le 1er janvier 2017) ne laisse aucune latitude de jugement à Swissgrid SA dans la mesure où celle-ci doit révoquer la décision positive lorsque le délai pour déposer l'avis de mise en service n'est pas respecté et qu'une prolongation ne peut pas être accordée. En effet, selon le texte clair de l'article 3hbis, alinéa 2 aOENE (état le 1er janvier 2017), une telle prolongation ne peut être accordée que s'il existe des circonstances qui ne sont pas imputables au requérant. Or, la présente procédure porte précisément sur la question de savoir si la prolongation de délai pour déposer l'avis de mise en service de l'installation litigieuse devait ou non être accordée. Ainsi, si l'autorité de céans répond par la négative à cette question, la décision positive perd son caractère obligatoire en vertu de l'article 3hbis, alinéa 1, lettre a aOENE (état le 1er janvier 2017) et la société nationale du réseau de transport n'a dès lors pas d'autre choix que de la révoquer en application de l'article 3hbis, alinéa 1, lettre a aOENE (état le 1er janvier 2017). Elle ne dispose pour ce faire d'aucune latitude de jugement (ElCom, décision du 5 mars 2019, 221-00413, consid. 5, ch. marg. 66, p. 16 et références citées). 45 En l'espèce, la réponse à la question de la prolongation de délai comprend la réponse à la question de la révocation

de la décision positive relative à l'installation litigieuse. En effet, le délai pour déposer l'avis de mise en service est arrivé à échéance le 2 octobre 2017 (pièce 1, annexe 5 ; ch. marg. 1), soit avant le prononcé de la décision querellée en date du 31 octobre 2017 (pièce 1, annexe 1 ; ch. marg. 5), mais après le dépôt de la demande de prolongation de délai qui est intervenue en date du 29 septembre 2017 (pièce 1, annexe 11 ; ch. marg. 4), sans qu'il fut possible pour la recourante de le respecter. La question déterminante est donc celle relative à la prolongation de délai pour déposer l'avis de mise en service puisqu'elle aura pour conséquence directe d'entraîner ou non la révocation de la décision positive. Ainsi, en se prononçant sur la question de l'octroi ou non de la prolongation de délai pour déposer l'avis de mise en service, la décision tranche également définitivement la conclusion. L'autorité de céans ne doit dès lors pas se prononcer une nouvelle fois sur le même litige, et ce même si Swissgrid SA n'a pas formellement révoqué la décision positive.

11/35

46 Il découle de ce qui précède que l'octroi de la prolongation de délai pour déposer l'avis de mise en service n'est donc pas une simple question ayant pour objet de régler le déroulement de la procédure sans y mettre un terme comme cela est souvent le cas en matière de demande de prolongation de délai. Au contraire, dans le cas d'espèce, le refus d'octroi de la prolongation de délai pour déposer l'avis de mise en service entraîne la révocation de la décision positive. Force est dès lors de constater que la décision querellée est une décision finale sujette à recours sur la base de l'article 44 PA dans la mesure où elle définit le contenu de la relation de droit administratif faisant l'objet de l'instance et met ainsi fin à la procédure.

E. 1.3

Synthèse 47 Il convient donc d'entrer en matière.

E. 1.5

OENE) indépendantes de sa volonté et imprévisibles en dépit d'une planification professionnelle (mis en gras par l'auteur). Pour obtenir une prolongation du délai, le requérant présentera une demande écrite dûment motivée à Swissgrid. » 82 En page 21 ensuite, l'annexe 1 de la directive précise ce qui suit : « Le requérant est tenu de respecter les délais prévus par les annexes 1.1 – 1.5 de l'OENE (art. 3h, al. 1 et 2 OENE). S'il ne respecte pas ces délais, la décision perd son caractère obligatoire et elle est alors révoquée par Swissgrid (art. 3h bis, al. 1, OENE). Il est fait exception à cette règle en cas de circonstances indépendantes de la volonté du requérant. Tel est le cas, s'il avance des motifs qui ne sont pas apparus par sa propre faute et qu'il n'aurait pas pu prévoir malgré une planification professionnelle (mis en gras par l'auteur). » 83 Une prolongation de délai pouvant être accordée au requérant lorsque les circonstances du retard pour procéder à l'avis de mise en service ne lui sont pas imputables, il reste maintenant à analyser si, dans le cas d'espèce, ce retard est imputable à la recourante et si celle-ci disposait ou non d'un droit à l'octroi d'une prolongation de délai (ElCom, décision du 5 mars 2019, 221-00413, consid. 6.2.1, pp. 17 s. et références citées).

E. 2

Parties et droit d'être entendu

E. 2.1

Parties 48 A qualité pour recourir au sens de l'article 48, alinéa 1 PA, quiconque : a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure ou a été privé de la possibilité de le faire (a) ; est spécialement atteint par la décision attaquée (b), et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (c). Ces conditions sont cumulatives (MARANTELLI VERA / HUBER SAID, Commentaire ad art. 48 PA, in : WALDMANN / WEISSENBERGER, ch. marg. 8, p. 964 et DUBEY / ZUFFEREY, ch. marg. 2073, p. 731). 49 La recourante a pris part à la procédure menée par Swissgrid SA dont elle était la destinataire de la décision (pièce 1, annexe 1). La recourante est donc également destinataire de la présente décision. Elle dispose ainsi de la qualité pour recourir. 50 En sa qualité d'exploitante de l'installation litigieuse, la recourante est spécialement atteinte par la décision attaquée, a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification, et a jusqu'à présent toujours été partie à la procédure. Elle revêt ainsi la qualité de partie au sens de l'article 48 PA (cf. ElCom, décision du 5 mars 2019, 221-00413, consid. 2.1, p. 10)

E. 2.2

Droit d'être entendu 51 Tant la recourante que Swissgrid SA et Pronovo SA, en tant de successeur juridique de celle-ci, ont bénéficié de la faculté de prendre position dans le cadre de la présente procédure. Ainsi, les écritures de la recourante ont été soumises à Swissgrid SA, respectivement à l'autorité inférieure, pour prise de position. De même, les écritures de Swissgrid SA, respectivement de l'autorité inférieure, ont également été transmises à la recourante. Tant les conclusions de la recourante que celles de Swissgrid SA, respectivement de l'autorité inférieure, ainsi que leurs arguments ont été pris en compte par l'autorité de céans dans le cadre de l'appréciation matérielle du cas d'espèce. Ainsi, le droit d'être entendu est respecté (art. 29, PA).

12/35

E. 2.3

Requête en moyen de preuve 52 Par mémoire de recours du 15 novembre 2017 (pièce 1), la recourante a déposé une requête en moyen de preuve par laquelle elle « requiert la production de toutes les requêtes reçues tendant à la prolongation du délai de notification de l'avancement du projet ou de mise en service en raison de procédures en cours (1) et toutes les décisions rendues par Swissgrid refusant ou acceptant de prolonger le délai de notification de l'avancement du projet ou de mise en service en raison de procédures en cours (2). » Elle entend ainsi démontrer que l'autorité inférieure n'a pas véritablement de nouvelle pratique en matière d'octroi de prolongation de délai pour déposer l'avis de mise en service, si bien qu'elle enfreindrait le principe de l'égalité de traitement dans le cas d'espèce. La décision querellée contreviendrait en effet à la pratique de Swissgrid SA selon laquelle la première demande de prolongation de délai pour procéder à la communication de l'avancement du projet, respectivement à l'avis de mise en service, serait systématiquement accordée. 53 Au vu de la conclusion en moyen de preuve complémentaire déposée par la recourante dans son mémoire de recours (pièce 1), le ST ElCom a notamment soumis à l'autorité inférieure les questions suivantes par courrier du 4 décembre 2018 (pièce 13) et qui poursuit le même but : « Swissgrid SA, respectivement Pronovo SA, a-t-elle modifié sa manière de procéder lorsqu'une demande de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet lui est soumise ? Si oui, quand et pourquoi ? A l'appui de sa réponse, Pronovo SA produira, par années concernées et pour la période qui s'étend du 1er janvier 2014 au 20 novembre 2018, dix demandes de prolongation de délai

pour déposer la communication de l'avancement du projet ou l'avis de mise en service reçues par Swissgrid SA, respectivement Pronovo SA, ainsi que les décisions y relatives rendues par Swissgrid SA, respectivement Pronovo SA. Les pièces produites seront caviardées et seront représentatives de la manière de procéder. Nous vous prions également de bien vouloir nous confirmer que, à compter de 2016, la pratique de Swissgrid SA est constante. Vous en préciserez la date exacte. Vous nous ferez également parvenir l'intégralité des décisions de Swissgrid SA, respectivement de Pronovo SA, postérieures à cette date et qui s'écarteraient de cette nouvelle pratique. Enfin, si vous ne deviez pas être en mesure de produire les pièces requises pour quelque raison que ce soit, nous vous saurions gré de bien vouloir le motiver à suffisance. » 54 Comme l'autorité inférieure n'a pas donné suite intégralement à cette demande et au vu de la prise de position de la recourante du 9 janvier 2019 (pièce 16) et des conclusions qui y sont formulées, le ST ElCom a intégralement fait droit aux conclusions de la recourante par courrier recommandé du 22 janvier 2019 (pièce 17). Il l'a ainsi prié de bien vouloir y donner suite intégralement dans un délai fixé tout en lui rappelant son devoir de collaborer conformément à l'article 13 PA. Pour des raisons de clarté, il a également demandé à l'autorité inférieure de faire un lien entre chaque demande de prolongation de délai et la décision de Swissgrid SA y relative. Il a terminé en précisant que si l'autorité inférieure ne devait pas être en mesure de produire les pièces requises pour quelque raison que ce soit, cela devra être motivé à suffisance. 55 Par courrier recommandé du 13 février 2019 (pièce 18), l'autorité inférieure a donné suite à cette demande en produisant un bordereau de quinze annexes accompagné de la liste des demandes de prolongation de délai de juillet 2016 à novembre 2018 et en précisant sa pratique en matière de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet, respectivement pour procéder à l'avis de mise en service.

13/35

56 En réponse à ce courrier, la recourante a déposé de nouvelles conclusions formelles portant sur des mesures d'instruction par courrier recommandé du 25 mars 2019 (pièce 22), confirmées par courrier recommandé du 12 avril 2019 (pièce 24). Elle demande en substance la production par l'autorité inférieure de l'ensemble des demandes de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet, respectivement pour procéder à l'avis de mise en service, ainsi que des décisions y relatives mentionnées dans la liste produite en annexe à la pièce 18 (fichier Excel). 57 Le ST ElCom ayant donné suite à ces conclusions par courrier A+ du 18 avril 2019 (pièce 25) en demandant la présentation des documents déjà produits en les complétant par les documents manquants sous forme d'un bordereau unique, l'autorité inférieure a donné suite à cette demande par courrier recommandé du 13 mai 2019 (pièce 26) en produisant un bordereau de quarante-neuf annexes. 58 Par courrier recommandé du 4 juin 2019 (pièce 28), la recourante estime que toutes les pièces demandées n'ont pas encore été produites. Elle liste ainsi onze pièces, identifiées de a. à k., qu'elle souhaiterait voir versées au dossier. Par courrier A+ du 6 juin 2019 (pièce 29), le ST ElCom se contente d'inviter la recourante à déposer une prise de position sur la base du dossier en l'état et à se déterminer sur la question de la révocation de la décision positive (pièce 1, annexe 5). 59 Malgré toutes les démarches entreprises par le ST ElCom pour obtenir une information aussi complète que possible de l'autorité inférieure, la recourante considère que, en ne produisant pas les pièces dont la production a été requise à trois reprises, l'autorité inférieure a violé son devoir de collaboration au sens de l'article 13 PA. Pour elle, les faits déterminants n'ont pas pu être

constatés, si bien que son droit d'être entendu aurait été violé, ce qui entraîne l'annulation de la décision querellée (pièce 30, let. A, ch. marg. 1 ss, pp. 3 ss). 60 A teneur de l'article 33, alinéa 1 PA, l'autorité admet les moyens de preuve offerts par la partie s'ils paraissent propres à élucider les faits. Un moyen de preuve est propre à élucider les faits lorsqu'il est apte à éclaircir les faits pertinents. Au contraire, les états de fait non pertinents et les questions de droit ne font pas l'objet de la preuve. L'autorité détermine la probable force probante du moyen de preuve en posant un pronostic (cf. WALDMANN BERNHARD / BICKEL JÜRIG, Commentaire ad art. 33, ci-après : WALDMANN / BICKEL, in : WALDMANN / WEISSENBERGER, ch. marg. 14 ss ad art. 33). L'autorité peut aussi renoncer à l'administration de preuves lorsque les faits pertinents sont déjà suffisamment établis. Pour évaluer si tel est le cas, l'autorité procède à une appréciation anticipée des preuves. L'on peut renoncer à ordonner des mesures probatoires complémentaires si, en raison des preuves déjà recueillies, elle a déjà fondé sa conviction et qu'elle peut admettre que le fait d'ordonner des moyens de preuve complémentaires n'y changerait rien. Cela intervient également dans le cadre du principe de l'économie de procédure (cf. WALDMANN / BICKEL, ch. marg. 21 ss ad art. 33 ; ElCom, décision du 5 mars 2019, 221-00413, consid. 2.3, ch. marg. 49, p. 11 et références citées) 61 La production par l'autorité inférieure de l'ensemble des demandes de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet, respectivement pour procéder à l'avis de mise en service ainsi que des décisions y relatives mentionnées dans la liste produite en annexe à la pièce 18 (fichier Excel ; soit de juillet 2016 à novembre 2018) n'est pas un moyen de preuve propre à démontrer que celle-ci enfreint le principe de l'égalité de traitement. En effet, dans ses prises de position du 9 avril 2018 (pièce 11), du 21 décembre 2018 (pièce 14) et du 13 février 2019 (pièce 18), l'autorité inférieure a expliqué ne jamais avoir eu de pratique consistant à accepter systématiquement les prolongations de délai pour procéder à la communication de l'avancement du projet, respectivement pour déposer l'avis de mise en service, jusqu'au doublement du délai initial mais a toutefois reconnu accorder ces prolongations de manière plus restrictive à

14/35

compter de 2016 afin d'atteindre l'objectif d'encouragement de la production d'électricité à partir d'énergies renouvelables prévu par la législation fédérale sur l'énergie (maturité des projets ; sur cette notion, cf. ch. marg. 65). A l'appui de ses dires, elle a produit (en annexe à la pièce 14) un bordereau de quarante-sept annexes + deux annexes volantes. Par prise de position du 13 février 2019 (pièce 18) faisant suite au courrier recommandé du 22 janvier 2019 (pièce 17) dans lequel le ST ElCom réitérait sa demande de complément d'information, l'autorité inférieure a produit un bordereau de quinze annexes qui correspondent à des décisions supplémentaires de 2014 – 2015 par lesquelles l'autorité inférieure a octroyé ou rejeté diverses demandes de prolongation de délai pour procéder à la communication de l'avancement du projet, respectivement à l'avis de mise en service, accompagné des demandes y relatives ainsi que la liste des demandes de prolongation de délai pour procéder à l'avis de mise en service ou pour déposer la communication de l'avancement du projet de juillet 2016 à novembre 2018. Par courrier A+ du 13 mai 2019 (pièce 26), la recourante a retransmis les pièces requises par le ST ElCom sous forme d'un nouveau bordereau unique, mieux structuré et complété. Si ces documents doivent encore être analysés (cf. notamment ch. marg. 104 et 116), leur diversité linguistique ainsi que la période de temps qu'ils couvrent (2014 – 2018) en font un échantillon représentatif

permettant de se faire une idée de la pratique de Swissgrid SA en matière de prolongation le délai de notification de l'avancement du projet ou de mise en service en raison de procédures en cours. 62 De même et pour les mêmes motifs, il est erroné de prétendre, comme le fait la recourante dans sa prise de position du 28 juin 2019 (pièce 30, let. A, ch. marg. 1 ss, pp. 3 ss), que les faits déterminants n'ont pas pu être constatés, si bien que son droit d'être entendu aurait été violé, ce qui entraînerait l'annulation de la décision querellée. Ce grief est dès lors mal fondé. 63 Ainsi, les requêtes en moyen de preuve déposées par mémoire de recours du 15 novembre 2017 (pièce 1), par prise de position du 9 janvier 2019 (pièce 16), du 25 mars 2019 (pièce 22), du 12 avril 2019 (pièce 24) et du 4 juin 2019 (pièce 28), sont partiellement rejetées dans la mesure où il a partiellement été donné suite à ces requêtes par questions du ST ElCom des 4 décembre 2018 (pièce 13), du 22 janvier 2019 (pièce 17) et du 18 avril 2019 (pièce 25) qui ont permis d'établir les faits pertinents à suffisance suite aux documents et éléments de réponse fournis par l'autorité inférieure par courriers recommandés des 21 décembre 2018 (pièce 14), 13 février 2019 (pièce 18) et 13 mai 2019 (pièce 26).

E. 3

Allégués des parties

E. 3.1

Allégués de la recourante 64 En ce qui concerne la forme, la recourante estime que la décision querellée est une décision sujette à recours selon l'article 44 PA. Elle estime donc implicitement qu'il s'agit d'une décision finale. Pour elle en effet, le maintien de la décision entraîne la révocation de la décision positive. 65 Quant au fond et premièrement, la recourante estime que la décision querellée viole le droit fédéral. Pour elle en effet, il y a lieu d'interpréter l'article 3hbis, alinéa 1, lettre a et alinéa 2 aOEné (état le 1er janvier 2017) dans le sens que la décision octroyant la RPC garde son caractère obligatoire et que le délai pour déposer l'avis de mise en service doit être prolongé lorsque, pour des raisons qui ne lui sont pas imputables, la requérante se trouve dans l'impossibilité de le respecter. La recourante estime ainsi que le délai pour déposer l'avis de mise en service de l'installation litigieuse n'a certes pas été respecté, mais que les motifs du retard ne lui seraient pas imputables. Le projet n'a en effet pas pu être réalisé à l'emplacement intermédiaire en raison du fait que U SA ne désirait plus mettre sa toiture à disposition pour réaliser l'installation litigieuse,

15/35

d'une part, et du fait qu'il est paralysé tant que dure la procédure relative au transfert de la décision RPC y relative qui est actuellement pendante par-devant l'autorité de céans, d'autre part. Cette procédure est actuellement suspendue (pièce 13, annexe 2) jusqu'à droit connu sur une autre affaire similaire toujours pendante devant le Tribunal administratif fédéral (ci-après : TAF ; A-5970/2017 ; 221-00342). 66 Deuxièmement, Swissgrid SA aurait violé le principe de l'égalité de traitement en changeant soudainement de pratique en matière d'octroi de prolongation de délai pour déposer l'avis de mise en service. Les conditions du changement de pratique ne seraient pas remplies en l'espèce. La requérante soulève notamment que le changement de pratique de Swissgrid SA dans son application de l'article 3hbis alinéa 1, lettre a en lien avec l'alinéa 2 aOEné ne serait notamment pas justifié par des motifs sérieux et pertinents. De plus, non seulement il ne serait pas général et durable, mais en plus il contreviendrait également à la sécurité juridique et au principe de

la bonne foi. 67 Enfin, la recourante estime que la question du transfert d'une décision positive et celle de sa révocation nécessitent un traitement coordonné. Pour elle, dans ce cadre, il est dès lors nécessaire de traiter dans un premier temps la question du transfert de la décision positive. Elle en conclut que la révocation de la décision positive du 1er juillet 2016 (pièce 1, annexe 5) dans le cadre de la présente procédure est exclue.

E. 3.2

Allégués de Swissgrid SA et de l'autorité inférieure 68 En ce qui concerne la forme, il y a lieu de retenir des conclusions de l'autorité inférieure déposées dans son mémoire du 9 janvier 2018 (pièce 5) qu'elle considère quant à elle que la décision querellée est une décision incidente relative à la marche de la procédure qui n'est pas séparément susceptible de recours (renvoi général à la procédure 221-00377). 69 Quant au fond et premièrement, l'autorité inférieure estime que Swissgrid SA, respectivement elle-même, n'ont pas changé de pratique en matière d'octroi de prolongation de délai pour déposer l'avis de mise en service. Pronovo SA fait valoir en substance ne jamais avoir eu de pratique consistant à accepter systématiquement les prolongations de délai pour procéder à la communication de l'avancement du projet, respectivement pour déposer l'avis de mise en service, jusqu'au doublement du délai initial. Elle reconnaît cependant accorder ces prolongations de manière plus restrictive depuis 2016 afin d'atteindre l'objectif d'encouragement de la production d'électricité à partir d'énergies renouvelables prévu par la législation fédérale sur l'énergie (maturité des projets). Ainsi, toute installation au bénéfice d'une décision positive mais non encore réalisée bloque l'argent destiné à la promotion des énergies soutenues dans le cadre du programme RPC. C'est en ce sens donc qu'il faut comprendre qu'un projet d'installation annoncé trop précocement ne présente pas la maturité nécessaire. Les annexes produites tendent à démontrer que la décision querellée est conforme à sa pratique en la matière. Elle explique enfin s'être écartée en 2018 de la pratique antérieure consistant à ne pas prolonger le projet de plus du double du nombre d'années initialement prévues et octroyer désormais une nouvelle prolongation s'il y a des raisons indépendantes de la volonté de l'intéressé. 70 Dès lors, deuxièmement, seule la question de la présence ou de l'absence d'un motif imputable à la requérante devrait être tranchée dans le cadre de l'octroi ou non d'une prolongation de délai pour déposer l'avis de mise en service. Les procédures judiciaires ou administratives en cours ne doivent pas, de manière générale, être considérées comme des motifs de prolongation de délai. Il y a ainsi lieu de distinguer les recours raisonnablement prévisibles des autres recours. Dans le cas d'espèce, le retard serait dû à une « demande de transfert de site » (requête en changement d'emplacement de la décision positive). Or, il ne s'agit pas là du recours d'un tiers qui entrave l'avancement d'un projet, mais bien d'une procédure initiée par la recourante elle-

16/35

même. C'est en ce sens donc que le retard pour déposer l'avis de mise en service serait imputable à la requérante.

E. 4

Droit applicable 71 En règle générale, les normes en vigueur au moment où les faits se produisent s'appliquent aux faits dont les conséquences juridiques sont en cause (MOOR PIERRE / FLÜCKIGER ALEXANDRE / MARTENET VINCENT, Droit administratif – Volume I – Les fondements, 3e éd., Berne 2012, ci-après : MOOR / FLÜCKIGER / MARTENET, n. 2.4.2.3, p. 184 ; cf. également TAF, arrêt du 21 décembre 2016,

A-6840/2015, consid. 3.1.2 ; ElCom, décision du 5 mars 2019, 221-00413, consid. 4, ch. marg. 58, p. 14 et références citées). Lorsqu'un changement de droit survient en cours de procédure de recours et qu'aucune règle de droit intertemporel ne détermine le droit applicable, l'autorité de recours (judiciaire mais aussi administrative) doit appliquer le même droit que celui appliqué par l'autorité précédente pour rendre la décision qui fait l'objet du recours, c'est-à-dire l'ancienne loi ; à ce stade, c'est l'intérêt (privé) à la prévisibilité et à la sécurité du droit qui l'emporte ; cela parce que la fonction des autorités de recours est celle de contrôler la bonne application du droit dans la décision querellée (DUBEY / ZUFFEREY, ch. marg. 367, p. 132). 72 Dans le cas d'espèce, Swissgrid SA a rejeté la demande de prolongation de délai pour déposer l'avis de mise en service par décision du 31 octobre 2017 (pièce 1, annexe 1). Le refus d'octroi de la prolongation de délai pour déposer l'avis de mise en service entraîne nécessairement la révocation de la décision positive sur la base de l'article 3hbis, alinéa 2, aOEne (état le 1er janvier 2017) dans la mesure où celui-ci ne laisse aucune latitude de jugement à Swissgrid SA en la matière (cf. ch. marg. 44 ss). Or, il n'existe pas de disposition transitoire réglant la question du droit intertemporel en matière de révocation d'une décision positive prononcée en première instance sur la base de l'ancien droit, c'est-à-dire l'article 3hbis, alinéa 2 aOEne (état le 1er janvier 2017). Ainsi, en ce qui concerne le droit de fond, l'autorité de céans applique la loi du 26 juin 1998 sur l'énergie (aLEne ; RS 730.0, état le 1er janvier 2017) ainsi que l'ordonnance du 7 décembre 1998 sur l'énergie (aOEne ; RS 730.01, état le 1er janvier 2017 également), alors en vigueur au moment de la décision de révocation de première instance. 73 Ensuite, les nouvelles règles de procédure s'appliquent dès leur entrée en vigueur à toutes les causes qui sont encore pendantes, à moins que les principes structurant l'organisation du nouveau régime soient fondamentalement différents de l'ancien (MOOR / FLÜCKIGER / MARTENET, ch. 2.4.2.3, p. 186 et BOVAY, p. 249 ; cf. également TAF, arrêt du 21 décembre 2016, A-6840/2015, consid. 3.1.2). En matière de procédure, l'autorité de céans applique donc le droit actuellement en vigueur (TAF, arrêt du 21 décembre 2016, A-6840/2015, consid. 3.1.2) et, dans la mesure où le droit actuellement en vigueur se réfère à l'aLEne, l'aEne dans son état au 1er janvier 2017 (ElCom, décision du 5 mars 2019, 221-00413, consid. 4, ch. marg. 60, pp. 14 s.).

17/35

E. 5

Rejet de la demande de prolongation de délai pour déposer l'avis de mise en service

E. 5.1

Non-respect du délai d'avis de mise en service 74 L'article 3hbis, alinéa 1, lettre a aOEne (état le 1er janvier 2017) dispose que la décision perd son caractère obligatoire lorsque le requérant ne respecte pas les délais de notification de l'avancement du projet ou de mise en service fixés dans les appendices 1.1 à 1.5. A teneur de l'article 3h, alinéa 1 en lien avec l'appendice 1.2, chiffre 5.3 (état le 1er janvier 2017), l'avis de mise en service doit être transmis au plus tard douze mois après la notification de la décision positive et comprendre au moins les éléments suivants : date de mise en service (a) ; procès-verbal de reprise, comprenant un descriptif technique détaillé (b) ; modifications éventuelles par rapport au ch. 5.1 (c) ; pour les installations intégrées : photos du générateur solaire pendant et après la construction permettant de déterminer qu'il s'agit d'une installation intégrée visée au ch. 2.3 (d) et enfin l'authentification des données relatives à l'installation (e). 75

Dans le cas d'espèce, l'installation litigieuse est au bénéfice d'une décision positive datée du 1er juillet 2016 (pièce 1, annexe 5 ; ch. marg. 1). Dans celle-ci, la date pour déposer l'avis de mise en service a été fixée au 2 octobre 2017. 76 Par courrier du 29 septembre 2017 (pièce 1, annexe 11), la recourante a déposé une demande de prolongation de délai d'une durée de deux ans pour procéder à l'avis de mise en service. Cette demande a été rejetée par décision de Swissgrid SA du 31 octobre 2017 (pièce 1, annexe 1). Le délai pour procéder à l'avis de mise en service est donc arrivé à échéance le 2 octobre 2017 (pièce 1, annexe 5 ; ch. marg. 1) sans qu'il fut possible pour la recourante de le respecter. Le délai pour procéder à l'avis de mise en service est par conséquent échu depuis cette date sans avoir été utilisé. 77 Il découle de ce qui précède que la recourante n'a pas respecté le délai pour procéder à l'avis de mise en service. Il reste maintenant à analyser si l'autorité inférieure aurait dû ou non lui accorder une prolongation de délai pour y remédier.

E. 5.2

Non-prolongation du délai

E. 5.2.1

Bases réglementaires et directive 78 L'article 3hbis, alinéa 2 aOEne (état le 1er janvier 2017) précise que la société nationale du réseau de transport révoque alors la décision, sauf s'il existe dans le cas de l'al. 1, let. a, c ou d, des circonstances qui ne sont pas imputables au requérant ; si un délai (al. 1, let. a) ne peut pas être respecté pour des raisons du même ordre, la société nationale du réseau de transport peut le prolonger sur demande. 79 En page 11 de la directive, l'Office fédéral de l'énergie (OFEN) a précisé ce qui suit à propos de l'article 3hbis, alinéa 2 aOEne (état le 1er janvier 2017) : « L'avis n'est pas révoqué si le requérant peut faire valoir des circonstances indépendantes de sa volonté et imprévisibles malgré une planification professionnelle (mis en gras par l'auteur). Le délai peut être prolongé (al. 1, let. a, OEne) si le requérant présente une demande écrite dûment motivée à Swissgrid. L'appendice 1 de la présente directive indique de manière exemplaire ce qu'on entend par circonstances indépendantes de la volonté du requérant. »

18/35

80 Selon l'annexe 1 de cette directive, sont notamment reconnus comme étant des circonstances qui ne sont pas imputables au requérant : le dépôt d'oppositions à une construction dans les zones prévues expressément pour la construction de cette catégorie d'installation, le décès du requérant ou dans son entourage direct, la faillite d'un fournisseur principal de composants, le non-respect des délais de livraison, confirmé par écrit, pour des composants entrant dans la construction de l'installation ou des retards dus à la météo lors de dégâts dus aux intempéries. 81 En page 11 toujours mais plus loin, cette directive précise encore ce qui suit à propos de l'article 3hbis, alinéa 4 aOEne (état le 1er janvier 2017) : « L'avis ne sera pas révoqué malgré le non-respect des délais ou des écarts de l'annonce si le requérant peut faire valoir des circonstances (cf. appendices 1.1 –

E. 5.2.2

Retard imputable à la requérante 84 Par formule dont l'exemplaire fourni est non daté et non signé (pièce 1, annexe 3) mais qui a vraisemblablement été établie en septembre 2011 (cf. pièce 1, annexe 5), la recourante a annoncé l'installation litigieuse en vue de l'obtention de la RPC avant que celle-ci ne soit au bénéfice des autorisations spéciales et des permis de construire nécessaires à sa réalisation. 85 Par courrier du 27 juillet 2015

(pièce 1, annexe 4), la recourante a déposé une requête en changement d'emplacement de la décision positive d'un site sis à d (emplacement initial) vers un autre sis à e (emplacement intermédiaire). Elle a justifié sa demande au double motif que la charpente du bâtiment censé accueillir l'installation litigieuse à l'emplacement initial était insuffisamment résistante, d'une part, et que le permis de construire ne serait pas délivré tant que la situation sur site n'aura pas été régularisée (construction illégale sur site), d'autre part. La recourante ignorait initialement ces deux éléments de fait, si bien qu'elle estime qu'il s'agit-là de motifs qui ne lui sont pas imputables. Ainsi, la première requête en changement d'emplacement a été admise par décision de Swissgrid SA du 21 août 2015 (pièce 1, annexe 6, ch. marg. 2) au motif que la recourante n'était pas responsable du changement de lieu. Par courrier du 14 décembre 2016 (pièce 1, annexe 8), la recourante a sollicité un second changement d'emplacement au motif que le propriétaire du bâtiment censé accueillir l'installation litigieuse à l'emplacement intermédiaire ne désirait soudainement plus mettre à disposition sa toiture pour réaliser l'installation litigieuse (cf. pièce 1, annexe 7). Elle estime qu'il s'agit à nouveau d'un motif qui ne lui est pas imputable. Cette seconde requête en changement d'emplacement a par contre quant à elle été rejetée par

19/35

décision de Swissgrid SA du 14 décembre 2016 (pièce 1, annexe 8, ch. marg. 3) au motif que la recourante n'avait pas démontré qu'elle n'était pas responsable du changement de lieu. Suite à ce rejet, la recourante a alors interjeté recours par-devant l'autorité de céans par mémoire du 15 février 2017 (pièce 1, annexe 10 ; 221-00348). Cette procédure est actuellement suspendue jusqu'à droit connu en la cause 221-00342 qui porte non seulement sur la même question litigieuse mais qui oppose également les mêmes parties (pièce 13, annexe 2). 86 Ensuite, par courrier du 29 septembre 2017 (pièce 1, annexe 11), la recourante a demandé une première prolongation de délai pour déposer l'avis de mise en service. Celle-ci a été rejetée par la décision querellée datée du 31 octobre 2017 (pièce 1, annexe 1 ; cf. ch. marg. 5). La présente procédure porte sur le recours déposé contre cette dernière décision. Pour la recourante, le non-respect du délai pour déposer l'avis de mise en service relative à l'installation litigieuse ne lui serait pas imputable au triple motif qu'elle ne serait pas responsable du fait que l'installation litigieuse n'ait pas pu être réalisée à l'emplacement intermédiaire, d'une part, du fait qu'une procédure est actuellement pendante par-devant l'autorité de céans en ce qui concerne l'évaluation du second changement d'emplacement, ensuite et que, enfin, le projet étant abouti techniquement et que la procédure d'obtention de permis de construire étant simple, le projet pourra se réaliser dans le délai prolongé. Il convient dès lors de traiter la question de savoir si le retard est imputable ou non à la requérante. 87 Premièrement, l'objection soulevée par la recourante selon laquelle le retard pour déposer l'avis de mise en service ne lui serait pas imputable au sens de l'article 3hbis, alinéa 2 aOÉne (état le 1er janvier 2017) – et justifierait ainsi l'octroi d'une prolongation de délai – car elle ne serait pas responsable de la non-réalisation de l'installation litigieuse à l'emplacement intermédiaire en raison du fait que U SA ne désirait plus mettre sa toiture à sa disposition pour réaliser l'installation litigieuse n'est pas fondée, et ce pour les motifs suivants. 88 Le fait que U SA ne désire plus mettre sa toiture à la disposition de la recourante pour réaliser l'installation litigieuse est certes attesté (pièce 1, annexe 7). Il ressort toutefois du dossier que c'est la deuxième fois que l'installation litigieuse ne peut pas être réalisée à l'emplacement prévu : la première fois

elle a dû renoncer à un emplacement à d pour des motifs juridiques (permis de construire) et la deuxième fois à e en raison de la défection d'un partenaire. Dans les deux cas, l'on aurait pu attendre d'un acteur professionnel actif dans le domaine de la production d'énergie photovoltaïque qu'il choisisse ses partenaires sur la base d'informations plus précises. En outre, il ne ressort pas du dossier que la recourante aurait entrepris des démarches en vue d'effectivement réaliser l'installation litigieuse sur l'emplacement de e. Au contraire, celle-ci ne fait que prendre acte de la défection de U SA et ne semble pas avoir mené des négociations avec celle-ci ou fait à – voire sollicité de – celle-ci des contre-offres en vue de réaliser l'installation litigieuse sur l'emplacement de e. Elle ne prétend d'ailleurs pas dans ses pièces de procédure que cette renonciation était inattendue. Tout au plus précise-t-elle qu'elle ne lui est pas imputable (pièce 1 et pièce 1, annexe 11, ch. 2, p. 2). Bien plus, l'ElCom ne dispose d'aucune information qui laisserait à penser que la recourante souhaitait bel et bien donner suite au projet sis à l'emplacement intermédiaire. Elle semble au contraire se concentrer sur le transfert de la décision RPC y relative vers le nouvel emplacement. Ainsi, la recourante n'a pas fait valoir qu'elle aurait cherché des alternatives permettant de réaliser l'installation litigieuse à l'emplacement intermédiaire. En ce sens donc le retard lui est imputable. 89 Bien plus, la recourante a au contraire planifié un transfert de la décision positive de l'emplacement intermédiaire vers le nouvel emplacement. Or, la procédure connexe (221-00348 ; ch. marg. 3) est actuellement suspendue (pièce 13, annexe 2) jusqu'à droit connu en la cause 221-00342 actuellement pendante par-devant le Tribunal administratif fédéral (A-5970/2017). Or, même si, contrairement à la décision de l'ElCom du 14 septembre 2017 en la cause 221-00342 (A-5970/2017), le Tribunal administratif fédéral devait arriver à la conclusion que le transfert de

20/35

la décision positive de l'emplacement initial vers le nouvel emplacement était licite, rien au dossier ne laisse à penser que la recourante sera alors à même de déposer l'avis de mise en service dans le délai prolongé au 2 octobre 2019. En effet, quand bien même l'autorité de céans octroyait la prolongation de délai requise, il est peu probable que la recourante soit en mesure de réaliser l'installation litigieuse et de la mettre en service dans ledit délai prolongé. Elle n'a en effet produit aucune annonce de réalisation d'installations solaires au sens de l'article 18a de la loi du 22 juin 1979 sur l'aménagement du territoire (LAT ; RS 700) ni aucun descriptif de projet concret ni de planification portant sur la réalisation d'une telle installation. Or, l'on sait d'expérience que la réalisation d'une installation photovoltaïque de cette taille en si peu de temps suppose une planification professionnellement documentée. Rien au dossier ne laisse à penser que la réalisation d'une telle installation est imminente et que la centrale litigieuse pourra être mise en service au 2 octobre 2019 au plus tard. Ainsi donc, pour ce motif également, il n'est pas pertinent d'octroyer la prolongation de délai requise. 90 Deuxièmement, il n'est pas non plus correct de retenir que l'existence de la procédure de recours contre la décision de rejet de la requête de transfert de la décision positive constitue un motif non-imputable à la recourante qui justifierait l'octroi d'une prolongation de délai pour procéder à l'avis de mise en service de l'installation litigieuse au sens de l'article 3hbis, alinéa 2 aOENE (état le 1er janvier 2017). Cette objection concerne également la planification d'une installation au nouvel emplacement. Ainsi, même si le Tribunal administratif fédéral devait ne pas soutenir la décision de l'ElCom du 14 septembre 2017 en la cause 221-00342 (A-5970/2017) qui

retient que le transfert de la décision positive n'est pas autorisé, aucune prolongation de délai ne saurait être accordée sur la base de cet argument. 91 En effet, il y a d'abord lieu de souligner que le droit de l'énergie ne prévoit pas de droit à un changement d'emplacement. Bien plus, il ressort du rapport explicatif du 10 février 2011 sur la révision de l'OENE (ci-après : rapport explicatif ; téléchargeable sur : www.admin.ch > Droit fédéral > Procédures de consultation > Procédures de consultation terminées > 2011 > DETEC > Révision de l'ordonnance sur l'énergie [OENE] : attestation d'origine, rétribution du courant injecté à prix coûtant [RPC], appels d'offres publics et contributions globales > Rapport expl. OENE (RPC), OAO, consulté le 4 septembre 2019) que des modifications de l'emplacement entre l'annonce et la mise en service (art. 3hbis, al. 1, lit. d, aOENE, état le 1er janvier 2017) demeurent interdites ; il s'agit d'éviter qu'il ne soit fait commerce des décisions positives et de ne pas compliquer la gestion du système de surréservation (ch. 2.4, p. 6). Faute de droit à obtenir un changement d'emplacement, la recourante devait dès lors s'attendre à rencontrer des difficultés d'ordre juridique lorsqu'elle a déposé sa requête en ce sens. Elle devait donc prévoir le temps nécessaire à mener à bien de telles procédures (ElCom, décision du 5 mars 2019, 221-00413, consid. 6.2.2, ch. marg. 86, p. 20 et références citées). Du fait que le changement d'emplacement est déjà prohibé en lui-même, le fait qu'aucune installation photovoltaïque ne soit préalablement annoncée à la RPC pour le nouvel emplacement, comme cela semble être le cas en l'espèce, ne change rien. 92 La directive permet certes, sous certaines conditions, de reconnaître à un recours inattendu ou ayant peu de chance de succès la qualification de motif non imputable à la requérante permettant d'obtenir une prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet, respectivement l'avis de mise en service de l'installation litigieuse. Tel ne saurait toutefois être le cas en l'espèce. Il ne s'agit en effet pas de recours de tiers entravant l'avancement d'un projet planifié dans une zone prévue expressément pour la construction de cette catégorie d'installation de production, mais bien d'une procédure initiée par la recourante elle-même dans le but de faire vérifier, par l'autorité de céans puis par le Tribunal administratif fédéral, le rejet, en 2017, par Swissgrid SA, d'une requête en changement d'emplacement de la décision positive. La recourante ne pouvait donc pas raisonnablement s'attendre à ce qu'il soit aisément fait droit à une telle requête soumise par elle-même si peu de temps avant l'expiration du délai pour déposer

21/35

l'avis de mise en service de l'installation litigieuse alors même que la question de la validité de cette requête en changement d'emplacement est contestée (ElCom, décision du 5 mars 2019, 221-00413, consid. 6.2.2, ch. marg. 87, p. 20 et références citées). Il découle de ce qui précède que le retard découle essentiellement de la survenance d'éléments de faits qui étaient prévisibles. La recourante aurait ainsi dû les prendre en compte dans sa planification. Le fait de ne pas avoir pris en compte ces éléments tend à démontrer que la planification n'a pas été menée avec suffisamment de professionnalisme. Or, il ressort de la directive que « la planification professionnelle de chaque projet est la condition préalable à une annonce réussie » (directive, commentaire ad art. 3g, p. 7 ; cf. également consid. 5.2.1 où l'on voit que la directive insiste lourdement sur la notion de planification professionnelle des projets). 93 En d'autres termes et en bref, le rejet de la requête en changement d'emplacement de la décision positive ainsi que la procédure de recours qui s'en est suivie étaient prévisibles. On ne peut dès lors que considérer que les motifs étaient imputables à la requérante, son projet ne présentant pas une maturité suffisante au moment du dépôt de

l'annonce en vue de l'octroi de la RPC (ElCom, décision du 5 mars 2019, 221-00413, consid. 6.2.2, ch. marg. 88, p. 20 et références citées). 94 Troisièmement, l'article 3hbis, alinéa 2 aOEne (état le 1er janvier 2017) est une disposition potestative. Swissgrid SA n'était donc pas légalement tenue d'accorder la prolongation de délai pour déposer l'avis de mise en service de l'installation litigieuse (cf. ElCom, décision du 5 mars 2019, 221-00413, consid. 6.2.2, ch. marg. 89, p. 21 et références citées). 95 Quatrièmement et enfin, le produit du supplément ne doit pas dépasser 1,5 centime par kWh de la consommation finale annuelle (art. 15b, al. 4 aLEne, état le 1er janvier 2017). L'article 3gbis aOEne (état le 1er janvier 2017) établit d'ailleurs une liste d'attente et fixe les critères de prise en compte des installations. L'article 3gbis, alinéa 1 aOEne (état le 1er janvier 2017) précise en particulier que c'est la date d'annonce d'un projet qui est déterminante pour sa prise en compte. Il découle de ce qui précède que toute installation au bénéfice d'une décision positive mais non encore réalisée bloque l'argent destiné à la promotion des énergies soutenues dans le cadre du programme RPC. Ainsi, chaque prolongation de délais pour déposer la communication de l'avancement du projet ou l'avis de mise en service d'installations en liste d'attente a comme effet collatéral que des projets dont les chances de réalisation sont douteuses bloquent en liste d'attente des projets déjà réalisés. Certains participants à la consultation à une révision de l'aOEne ont d'ailleurs soulevé ce problème (Rapport de l'OFEN sur les résultats de la consultation du 12 juillet 2011 téléchargeable sur <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/23859.pdf>, consulté le 4 septembre 2019, Commentaire ad art. 3d, ch. 3.1.8, p. 16). Cela plaide également en faveur d'une pratique restrictive d'octroi de prolongation de délai pour déposer l'avis de mise en service (ElCom, décision du 5 mars 2019, 221-00413, consid. 6.2.2, ch. marg. 90, p. 21 et références citées). 96 En ce sens, et sur la base de l'article 3hbis, alinéa 1, lettre a aOEne (état le 1er janvier 2017) en lien avec l'appendice 1.2, chiffre 5.3 de l'aOEne (état le 1er janvier 2017) et l'article 3hbis, alinéa 2 aOEne (état le 1er janvier 2017), Swissgrid SA n'a pas violé le droit fédéral en n'accordant pas la demande de prolongation de délai pour déposer l'avis de mise en service requis pour l'installation litigieuse.

22/35

E. 5.3

Synthèse 97 Dans le cas d'espèce et au vu de ce qui précède, force est donc de constater que la recourante n'a pas respecté le délai pour déposer l'avis de mise en service de l'installation litigieuse (cf. consid. 5.1). Le non-respect de ce délai découle de circonstances qui lui sont imputables. La recourante n'a en effet pas fait valoir qu'elle aurait réellement cherché des alternatives permettant de réaliser l'installation litigieuse à l'emplacement intermédiaire mais semble au contraire plutôt vouloir la réaliser au nouvel emplacement à l'issue de la procédure en changement d'emplacement de décision positive. L'on peut également lui faire grief d'un manquement à la planification professionnelle concrétisé par un manque de maturité du projet dans la mesure où elle ne devait pas s'attendre à ce qu'il soit aisément fait droit à une requête en changement d'emplacement de la décision positive (cf. consid. 5.2.2, sp. ch. marg. 90 – 93). Par ailleurs, la recourante n'a pas de droit à obtenir une prolongation de délai pour déposer l'avis de mise en service de l'installation litigieuse, ce d'autant plus que chaque prolongation accordée a pour corollaire le maintien en liste d'attente de projets déjà réalisés (cf. consid. 5.2.2, sp. ch. marg. 94 s.). C'est donc à raison que l'autorité inférieure a rejeté la demande de prolongation de délai pour déposer l'avis de mise en service pour l'installation litigieuse. La

décision de Swissgrid SA du 31 octobre 2017 (pièce 1, annexe 1) est dès lors confirmée.

E. 6

Egalité de traitement et changement de pratique 98 La recourante se prévaut en substance du fait que, par le passé, Swissgrid SA aurait systématiquement accepté les demandes de prolongation de délai pour déposer l'avis de mise en service. Elle lui fait grief d'avoir opéré un changement de pratique qui ne remplirait pas les conditions fixées par la jurisprudence et se prévaut ainsi du principe de l'égalité de traitement au sens de l'article 8, alinéa 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101). Elle conteste notamment le fait que l'on se trouverait en présence de connaissances plus approfondies de l'intention du législateur, d'un changement des circonstances extérieures, ou de l'évolution des conceptions juridiques. Elle souligne en passant que ce changement de pratique va plutôt à l'encontre de la stratégie fédérale visant à encourager les projets de production de courant issue d'énergies renouvelables (pièce 1, lettre C, pp. 5 s.). A l'appui de ses dires, la recourante se prévaut d'un courriel d'une collaboratrice juridique de Swissgrid SA du 19 décembre 2016 qui dispose que « Wir haben unsere Praxis bezüglich Standortänderungen (und Fristerstreckungen) verschärft » (pièce 1, annexe 12). Selon elle, ce courriel démontrerait que Swissgrid SA aurait bien modifié sa pratique tant en matière de changements d'emplacements, que d'octroi de prolongations de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet, respectivement pour procéder à l'avis de mise en service. 99 Le présent considérant a pour vocation d'établir la pratique de Swissgrid SA, respectivement de l'autorité inférieure, en la matière. A titre préalable, il y a lieu de préciser que, comme toutes les annexes à la pièce 18 ont aussi été produites comme annexes à la pièce 14, certaines décisions de Swissgrid SA ont ainsi été produites deux, voire trois fois. Or, comme seule la pièce 26 contient non seulement presque toutes les décisions requises (à l'exception d'une seule) mais encore les requêtes y relatives, la présente décision renvoie en principe aux annexes jointes à la pièce 26, et ce pour des raisons de clarté et d'exhaustivité. Le fait qu'il ne soit pas fait mention de plusieurs renvois ne veut donc pas nécessairement dire que dite annexe n'a pas été produite plusieurs fois.

23/35

100 Selon l'autorité de céans, il ressort des documents produits par l'autorité inférieure que la pratique de celle-ci, respectivement celle de Swissgrid SA avant elle, se présente comme suit : - Avant l'automne 2016 : octroi des prolongations de délai requises pour déposer la communication de l'avancement du projet, respectivement pour procéder à l'avis de mise en service, à l'unique condition de l'existence d'un motif non imputable au requérant (pièce 18, Ad II, p. 2) ; la prolongation de délai est octroyée jusqu'au doublement du délai initial au maximum (pièce 18, Ad III, pp. 2 s., a contrario). L'autorité de céans a toutefois connaissance de cas dans lesquels il est arrivé que des demandes de prolongation de délai aient été rejetées, avant l'automne 2016 déjà, au motif que le projet ne présentait pas une maturité suffisante (cf. notamment cas S SA ; ElCom, décision du 18 octobre 2018, 221-00370, consid. 7.2, ch. marg. 64, pp. 14 s.) ou octroyée au-delà du doublement du délai initial au maximum (cf. notamment cas B SA ; ElCom, décision du 18 octobre 2018, 221-00370, consid. 7.2, ch. marg. 64, pp. 14 s. en lien avec ch. marg. 48, p. 11). - A partir de l'automne 2016 : octroi des prolongations de délai requises pour déposer la communication de l'avancement du projet, respectivement pour procéder à l'avis de mise en service, à la condition de l'existence d'un motif non imputable au requérant avec prise en compte de la maturité du projet (alignement de pratique sur la directive opéré en 2016 ; pièce 18, Ad II,

p. 2 et pièce 11, ch. 3, p. 3 ainsi que, moins clairement, pièce 14, p. 2, 3e paragraphe) ; la prolongation de délai est octroyée jusqu'au doublement du délai initial au maximum (pièce 18, Ad III, pp. 2 s., a contrario). Ainsi, depuis 2016, Swissgrid SA a strictement aligné sur la directive sa pratique en matière de prolongation de délai. Les prolongations ont dès lors été accordées de manière plus restrictive afin d'atteindre l'objectif d'encouragement de la production d'électricité à partir d'énergies renouvelables prévu par l'aLEne (état le 1er janvier 2017). Cela découle du fait qu'il s'est avéré que des projets immatures ont été annoncés à diverses reprises dont la réalisation n'a pas eu lieu rapidement, de sorte que les fonds d'encouragement disponibles de façon limitée étaient bloqués à long terme (pièce 11, ch. 3, p. 3). La prise en compte de la maturité du projet est indiquée pour empêcher que des projets non mûrement réfléchis bloquent des fonds au moyen desquels on pourrait favoriser des projets déjà réalisés (pièce 14, p. 2). Cela correspond au courriel du 19 décembre 2016 (pièce 1, annexe 12) – soit de la même époque – par lequel une collaboratrice de Swissgrid SA reconnaît que dite pratique a été durcie (« verschärft »). - Depuis 2018 : octroi des prolongations de délai requises pour déposer la communication de l'avancement du projet, respectivement pour procéder à l'avis de mise en service, à la condition de l'existence d'un motif non imputable au requérant avec prise en compte de la maturité du projet (alignement de pratique sur la directive opéré en 2016 ; pièce 18, Ad II, p. 2 et pièce 11, ch. 3, p. 3 ainsi que, moins clairement, pièce 14, p. 2, 3e paragraphe) ; la prolongation de délai est octroyée au-delà du double du nombre d'années initialement prévues dans la communication de l'avancement du projet s'il y a des raisons imprévisibles et indépendantes de la volonté de l'intéressé (pièce 18, Ad III, pp. 2 s.).

24/35

101 Quant à la recourante, elle estime que les explications de la destinataire de la décision relatives à sa pratique en matière d'octroi de prolongation de délai pour déposer l'avis de mise en service ne sont pas compréhensibles (pièces 16 et 22). Ce n'est que suite à la production, par courrier du recommandé du 13 mai 2019 (pièce 26), par l'autorité inférieure, des pièces exigées par le ST ElCom par courrier du 18 avril 2019 (pièce 25), que la recourante a déposé sa prise de position par courrier recommandé du 28 juin 2019 (pièce 30). La recourante présente ainsi la pratique de l'autorité inférieure, respectivement celle de Swissgrid SA (pièce 30) : - Avant l'automne 2016 : octroi des prolongations de délai requises pour déposer la communication de l'avancement du projet, respectivement pour procéder à l'avis de mise en service, à l'unique condition de l'existence d'un motif non imputable au requérant appliqué de façon peu stricte ; la prolongation de délai est octroyée même au-delà du double du délai initial (pièce 30, ch. II, let. B, let. a, ch. marg. 29 s, p. 7). - A partir de l'automne 2016 : octroi des prolongations de délai requises pour déposer la communication de l'avancement du projet, respectivement pour procéder à l'avis de mise en service, à la condition de l'existence d'un motif non imputable au requérant appliqué de façon plus stricte et prise en compte des critères de la prévisibilité et de la maturité du projet ; la prolongation de délai est octroyée jusqu'au doublement du délai initial au maximum. (pièce 30, ch. II, let. B, let. b, ch. marg. 31 ss, pp. 7 ss). Il ne s'agirait pas là d'un changement de pratique dans la mesure où il ne présente pas un caractère général et durable (pièce 30, ch. II, let. B, let. b, ch. marg. 33 – 35, p. 7). En outre, il semblerait que l'autorité inférieure applique une pratique différenciée pour les installations éoliennes (pièce 30, ch. II, let. B, let. b, ch. marg. 37, p. 7). - Depuis juillet 2018 : octroi des prolongations de délai requises pour déposer la communication de l'avancement du projet,

respectivement pour procéder à l'avis de mise en service, à la condition de l'existence d'un motif non imputable au requérant (interprétation souple de la notion d'imputabilité) ; la prolongation de délai est octroyée au-delà du double du nombre d'années initialement prévues dans la communication de l'avancement du projet s'il y a des raisons imprévisibles et indépendantes de la volonté de l'intéressé (pièce 30, ch. II, let. B, let. c, ch. marg. 45 ss, pp. 10 s.). 102 Il y a dès lors lieu d'analyser les décisions de Swissgrid SA, respectivement de l'autorité inférieure, en matière d'octroi de prolongation de délai pour déposer l'avis de mise en service, en particulier sous l'angle du changement de pratique, et de la confronter à la solution retenue dans la décision querellée (pièce 1, annexe 1). L'analyse des décisions est toutefois limitée à la période s'écoulant du 1er janvier 2014 au 20 novembre 2018. Cette période suffit en effet pour déterminer si Swissgrid SA a ou non opéré un changement de pratique en 2016 (cf. ch. marg. 16) et quelle était la situation applicable le 31 octobre 2017, date de la décision querellée (pièce 1, annexe 1). 103 A titre préalable, il convient de souligner que l'article 3hbis, alinéa 2 aOEné (état le 1er janvier 2017) est une disposition potestative. Swissgrid SA n'était donc pas légalement tenue d'accorder la demande de prolongation de délai pour déposer l'avis de mise en service de l'installation litigieuse (consid. 5.2.2, ch. marg. 94 et références citées). Chaque demande doit ainsi être analysée au cas par cas (ElCom, décision du 5 mars 2019, 221-00413, consid. 7, ch. marg. 97, p. 23). 104 Le critère mentionné par Swissgrid SA, respectivement par l'autorité inférieure, dans la grande majorité des décisions produites portant sur l'octroi ou non de la prolongation de délai requise pour procéder à la communication de l'avancement du projet, respectivement pour déposer l'avis

25/35

de mise en service, et rendues entre janvier 2014 et fin 2018 (annexes aux pièces 14, 18 et surtout 26), est la question du caractère imputable ou non du retard au requérant. Alors certes les annexes 9, 10, 28, 35, 38, 43 et 49 à la pièce 26 (soit les annexes 7, 8, 26, 33, 36, 41 et 47 à la pièce 14 ainsi que les annexes 7 et 8 à la pièce 18) ne se réfèrent pas à la notion de motif imputable ou non aux requérants respectifs. Toutefois, le motif invoqué par les requérants en ce qui concerne les installations relatives aux annexes précitées relève à chaque fois du droit de la construction ou de l'octroi des concessions, respectivement du traitement d'une procédure de recours contre l'octroi du permis de construire, motifs qui ont été qualifiés de non imputable au requérant dans plusieurs des cas documentés par d'autres annexes à la pièce 18 (p. ex. pièce 26, annexes 1, 2, 3, 4, 11, 13, 17, 33, etc.). L'on est dès lors en droit de penser que Swissgrid SA a octroyé les prolongations des délais requises dans ces cas en raison de l'existence d'un motif non imputable au requérant. Il y a lieu de souligner que, à ce stade de la réflexion, la question n'est pas de savoir s'il était ou non opportun d'octroyer les prolongations de délai requises, mais plutôt de savoir pour quel motif celles-ci ont ou non été octroyées. La pièce 26, annexe 28 (pièce 14, annexe 26) octroie quant à elle une prolongation de délai pour procéder à la communication de l'avancement du projet d'une installation éolienne, en précisant qu'elle intervient à titre exceptionnel et sans préjudice en raison des conditions juridiques peu claires et non réglées dans de nombreux cantons. Il s'agit-là d'une dérogation expressément mentionnée comme telle et qui est, par nature, toujours possible. A noter que dans ce cas, le motif invoqué par la requérante relève également du droit de l'aménagement du territoire. Ensuite, la pièce 26, annexe 35 (pièce 14, annexe 33), datée de juillet 2017, mentionne quant à elle comme motif du rejet de la demande de prolongation de délai pour procéder à la communication de

l'avancement du projet, que le délai ne peut être prolongé au maximum que jusqu'à son doublement. Il devenait dès lors superflu d'analyser la question du caractère imputable ou non du retard au requérant puisque, selon l'autorité inférieure, la prolongation de délai ne pouvait alors être octroyée que jusqu'au doublement du délai initial au maximum (cf. ch. marg. 100, 2e tiret). Par ailleurs, les annexes 43 et 49 à la pièce 26 (annexes 41 et 47 à la pièce 14) mentionnent la nouvelle pratique en vigueur depuis 2018 pour justifier l'octroi des prolongations de délai requises pour procéder à la communication de l'avancement du projet, respectivement à l'avis de mise en service. Or, cette pratique n'est pas pertinente en l'espèce, si bien qu'il n'y a pas lieu de retenir ces décisions en l'espèce. 105 A souligner que, parmi les décisions mentionnées sous le chiffre marginal qui précède, un certain nombre de demandes de prolongation de délai pour procéder à la communication de l'avancement du projet, respectivement à l'avis de mise en service, ont été refusées au motif que le retard pour procéder à la communication de l'avancement du projet, respectivement pour déposer l'avis de mise en service, serait imputable aux requérants respectifs (cf. notamment pièce 26, annexes 19 – 27, 29 – 31, 34 et 39 à 41 [soit pièce 14, annexes 17 – 25, 27 – 29, 32 et 37 – 39]). 106 A relever encore que très rares sont les décisions de Swissgrid SA, respectivement de l'autorité inférieure, qui mentionnent la question de la maturité du projet (pièce 26, annexes 38, 43 et 49 [soit pièce 14, annexes 36, 41 et 47]) ou son corrolaire, le manque de professionnalisme dans la planification du projet (pièce 26, annexes 40, 41 et 44 [soit pièce 14, annexes 38, 39 et 42]). Toutefois, selon l'autorité inférieure, la prise en compte de la maturité du projet est intervenue lors de l'alignement de pratique sur la directive opéré en 2016 (pièce 11, ch. 3, p. 3), si bien que celle-ci est intervenue dans le cadre plus large de l'analyse de la condition de l'existence d'un motif non imputable au requérant. Il n'est dès lors pas étonnant qu'elle ne soit pas toujours mentionnée expressément dans la décision. Il en découle que l'analyse des décisions produites ne permet pas d'établir à partir de quand Swissgrid SA, respectivement l'autorité inférieure, a commencé à prendre en compte la maturité du projet (alignement de pratique sur la directive) dans le cadre de l'octroi ou non des prolongations de délai pour procéder à la communication de l'avancement du projet, respectivement à l'avis de mise en service. Aucun élément ne permet

26/35

toutefois d'affirmer que telle n'a pas été le cas à partir de l'automne 2016 comme l'affirme l'autorité inférieure (cf. ch. marg. 100, 2e tiret). La recourante arrive d'ailleurs également à la conclusion selon laquelle Swissgrid SA a pris en compte le critère de la maturité du projet à partir de l'automne 2016 (ch. marg. 101, 2e tiret). 107 Par ailleurs, les cas dont se prévaut la recourante dans sa prise de position du 28 juin 2019 (pièce 30, ch. II, let. B, let. b, ch. marg. 40, pp. 8 s.) pour démontrer que « Pronovo rend systématiquement des décisions arbitraires et en violation du principe de l'égalité de traitement » (pièce 30, ch. II, let. B, let. b, ch. marg. 44, p. 10) ne sont pas probants de l'existence ou non d'une pratique de l'autorité inférieure. En effet, l'analyse de la recourante ne se base pas sur le texte des décisions telles que notifiées aux administrés concernés, mais sur un tableau Excel ayant valeur d'outil de travail interne de l'autorité inférieure. L'existence de frimousses (« smilies » ; cf. pièce 30, ch. II, let. B, let. b, ch. marg. 40, 5e tiret, p. 8) dans ce document ne s'explique précisément que par son caractère interne. Ainsi, les motifs qui y figurent ne sont pas nécessairement ceux finalement retenus dans le texte de la décision d'octroi de la prolongation de délai requise pour procéder à la communication de l'avancement du projet,

respectivement pour déposer l'avis de mise en service. L'on peut dès lors raisonnablement penser qu'une motivation plus cohérente a finalement été donnée dans les décisions finalement notifiées aux administrés concernés. Ainsi, ce document interne, dans la mesure où il n'est pas accompagné des décisions formelles effectivement notifiées aux administrés concernés, ne permet pas à lui seul de retenir une violation du principe de l'égalité de traitement. 108 Par ailleurs, la recourante a notamment produit six décisions formelles en annexe à sa prise de position du 28 juin dernier (pièce 30, annexes 102 – 107). L'une d'elle, datée d'octobre 2016, concerne un cas très particulier relatif à des installations éoliennes (pièce 30, annexe 102). Elle n'est pas pertinente en l'espèce car l'état de fait est particulier (conditions juridiques peu claires voire non réglées dans de nombreux cantons) et la prolongation de délai pour procéder à la communication de l'avancement du projet est accordée expressément à titre exceptionnel et sans préjudice de ne pas appliquer la pratique dans d'autres cas. En ce qui concerne les quatre autres décisions formelles produites par la recourante (pièce 30, annexes 103 – 107), elles ont été rendues entre octobre et novembre 2018. Dans la mesure où elles ne concernent pas la période couverte par la pratique applicable à la décision querellée, elles ne sont pas pertinentes en l'espèce. De plus, la recourante reconnaît elle-même que les erreurs qu'elles contiennent ont été corrigées ultérieurement par l'autorité inférieure (pièce 30, ch. II, let. B, let. c, ch. marg. 53, p. 11).

109 Ainsi, en d'autres termes et brièvement, dès l'automne 2016 au moins, il apparaît comme acquis – tant selon l'interprétation de la recourante (cf. ch. marg. 101) que de l'autorité de céans (cf. ch. marg. 100) – que l'octroi ou non d'une prolongation de délai requise pour procéder à la communication de l'avancement du projet, respectivement pour déposer l'avis de mise en service, se basait sur le critère de l'existence d'un motif non imputable au requérant avec prise en compte de la maturité du projet (alignement de pratique sur la directive opéré en 2016). Pour l'autorité de céans, le critère de la prévisibilité dont se prévaut la recourante est inhérent à l'existence d'un motif non imputable au requérant, respectivement à son corrolaire, le manque de professionnalisme dans la planification du projet (cf. consid. 5.2), raison pour laquelle elle ne le mentionne pas expressément dans ses décisions. Au moment du prononcé de la décision querellée (pièce 1, annexe 1), il n'y a donc pas de pratique d'octroi automatique, par Swissgrid SA, de la première demande de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet, respectivement pour procéder à l'avis de mise en service de l'installation litigieuse. Le grief de la recourante selon lequel la décision querellée, datée du 31 octobre 2017 (pièce 1, annexe 1), a été rendue en violation du droit à l'égalité de traitement est dès lors infondé dans la mesure où la décision querellée est motivée par le critère du caractère imputable du retard à la recourante, ce qui était conforme aux autres décisions alors rendues par Swissgrid SA à cette période.

27/35

110 Par ailleurs, si l'alignement de pratique sur la directive opéré en 2016 devait être qualifié de changement de pratique, force serait de constater qu'il en remplirait les conditions, et ce pour les motifs suivants. 111 A teneur de l'article 8, alinéa 1 Cst., tous les êtres humains sont égaux devant la loi. Le principe de l'égalité devant la loi s'adresse aux organes d'application du droit, administration et tribunaux. Il signifie que la loi doit être appliquée de façon égale, dans des situations d'espèce, par l'autorité qui est chargée de cette application (AUER ANDREAS / MALINVERNI GIORGIO / HOTTELIER MICHEL, Droit constitutionnel suisse – Volume II – Les droits fondamentaux, 3e édition, Berne 2013,

ch. marg. 1064, p. 496). Selon la jurisprudence, une décision viole le principe de l'égalité de traitement lorsqu'elle établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer ou lorsqu'elle omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et lorsque ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. Il faut que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante (ATF 131 I 394, consid. 4.2, p. 399 et références citées ; ElCom, décision du 5 mars 2019, 221-00413, consid. 7, ch. marg. 105, pp. 25 s. et références citées). 112 Eu égard au principe de l'égalité de traitement et au postulat de la sécurité juridique, le Tribunal fédéral a subordonné le changement de pratique administrative et judiciaire aux conditions cumulatives suivantes. Le changement doit : - être justifié par des motifs sérieux et pertinents : ce critère rappelle mutatis mutandis celui applicable de manière générale en matière d'égalité de traitement – comme d'ailleurs d'arbitraire ; il est notamment rempli lorsque l'autorité a acquis une meilleure connaissance de l'intention du législateur ou lorsqu'elle réagit à un changement de circonstances auquel s'attachent de nouveaux dangers ; - présenter un caractère durable et général : en d'autres termes, il ne doit pas s'agir d'un changement ponctuel dicté par des considérations particulières, mais d'un véritable changement de pratique visant à l'avenir tous les cas semblables ou assimilables ; - ne pas contrevenir au principe de la sécurité juridique : selon le Tribunal fédéral, tel n'est le cas que s'il s'agit de tenir compte d'une meilleure connaissance de la ratio legis de la norme en cause, si les conditions matérielles ont changé ou si les conceptions juridiques ont évolué ; - ne pas contrevenir au principe de la bonne foi : un administré ne doit pas subir de désavantage juridique, dès lors qu'il s'est fié de bonne foi à la manière dont une autorité avait pour pratique d'appliquer une loi, et qu'il a vu cette confiance légitime déçue par ce changement de pratique ; en matière de droit de fond, le Tribunal fédéral s'en est pour l'heure toujours tenu au principe selon lequel la bonne foi ne prémunit nullement contre les changements dans l'application de la loi (cf. DUBEY / ZUFFEREY, ch. marg. 686, pp. 240 s. ; ElCom, décision du 5 mars 2019, 221-00413, consid. 7, ch. marg. 106, p. 26 et références citées). 113 Par ailleurs, une pratique doit être changée lorsqu'il est établi que le droit n'a pas été appliqué de façon correcte jusqu'alors ou qu'une autre application du droit correspond mieux au sens de la loi ou que les circonstances ont changé (WIEDERKEHR RENÉ / RICHLI PAUL, *Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts – Eine systematische Analyse der Rechtsprechung – Band I*, Zurich 2012, ch. marg. 1660, p. 591 ; ElCom, décision du 5 mars 2019, 221-00413, consid. 7, ch. marg. 107, p. 26 et références citées). 114 Dans le cas d'espèce, l'alignement de pratique sur la directive opéré en 2016 par Swissgrid SA en matière d'octroi de prolongation de délai pour déposer l'avis de mise en service remplit concrètement les conditions du changement de pratique.

28/35

115 Premièrement, l'alignement de pratique sur la directive opéré en 2016 par Swissgrid SA se justifie par des motifs sérieux et pertinents dans la mesure où celui-ci permet de corriger une application erronée du droit. En effet, dans le cas d'espèce, la demande de prolongation de délai pour déposer l'avis de mise en service de l'installation litigieuse est imputable à la recourante en raison d'un manquement à la planification professionnelle concrétisé par un manque de maturité du projet (consid. 5.2.2). Ainsi, ne pas accorder une première demande de prolongation de délai pour céder à l'avis de mise en service de

l'installation litigieuse dans une configuration telle que présentée ci-dessus et dans laquelle la réalisation de l'installation de production apparaît d'emblée compromise pour des raisons juridiques (interdiction du changement d'emplacement de la décision positive), d'une part, et organisationnel (manquement à la planification professionnelle concrétisé par un manque de maturité du projet tant à l'emplacement initial qu'au nouvel emplacement), d'autre part, permet de libérer plus rapidement en faveur de projets déjà réalisés mais inscrits en liste d'attente des fonds destinés à la promotion des énergies soutenues dans le cadre du programme RPC et bloqués par des installations de production en liste d'attente et dont les chances de réalisation sont douteuses (ch. marg. 95). Par ailleurs, et comme déjà démontré, l'aOEne (état le 1er janvier 2017) n'octroie pas de droit à obtenir une première prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet, respectivement pour procéder à l'avis de mise en service de l'installation litigieuse. Il ressort au contraire de l'article 3hbis, alinéa 2 aOEne (état le 1er janvier 2017) que les conditions doivent être analysées au cas par cas et dans chaque cas concret (ch. marg. 103), faculté précisément instaurée par l'alignement de pratique sur la directive opéré en 2016. 116 Deuxièmement, l'alignement de pratique sur la directive opéré en 2016 par Swissgrid SA présente un caractère durable et général. En effet, l'autorité inférieure a déclaré avoir « strictement aligné sa pratique en matière de prolongations de délai, depuis 2016, sur la directive » (pièce 11, ch. 3, p. 3 ; cf. également pièce 18, ad II, p. 2 et ch. marg. 100, 2e tiret ci-avant). Le critère mentionné par Swissgrid SA dans la grande majorité des décisions produites (aux pièces 15, 22, 24 et 26, cf. toutefois les nuances développées sous ch. marg. 104) portant sur l'octroi ou non de la prolongation de délai requise pour procéder à la communication de l'avancement du projet, respectivement pour déposer l'avis de mise en service, est d'ailleurs la question du caractère imputable ou non du retard au requérant. Du fait que l'alignement de pratique sur la directive a été stabilisé dès l'automne 2016 (ch. marg. 109) et que la décision querellée a été rendue plus d'un an après, une éventuelle pratique antérieure n'est pas pertinente en l'espèce. Au contraire, la recourante n'a pas démontré que l'alignement de pratique sur la directive opéré en 2016 n'aurait pas été entrepris dans tous les cas similaires. En ce sens, l'alignement de pratique sur la directive opéré en 2016 présente un caractère durable et général. 117 Troisièmement, l'alignement de pratique sur la directive opéré en 2016 par Swissgrid SA ne contrevient pas au principe de la sécurité juridique dans la mesure où il permet de tenir compte d'une meilleure connaissance de la ratio legis. En effet, cet alignement de pratique sur la directive opéré en 2016 permet de mieux protéger la liste d'attente RPC voulue par le législateur et codifiée à l'article 3gbis aOEne (état le 1er janvier 2017 ; cf. ch. marg. 95 s. et 115). D'ailleurs, aucun droit acquis n'a été concédé ni aucune assurance n'a été fournie à la recourante lui garantissant l'octroi d'un certain nombre de prolongations de délai pour déposer l'avis de mise en service de l'installation litigieuse. Il ressort au contraire de la formulation de l'article 3hbis, alinéa 2 aOEne (état le 1er janvier 2017) que Swissgrid SA n'était pas légalement tenue d'accorder la demande de prolongation de délai pour procéder à l'avis de mise en service de l'installation litigieuse (ch. marg. 94). Le législateur n'a ainsi pas souhaité créer un tel droit en faveur des porteurs de projets. 118 Quatrièmement, l'on ne voit pas en quoi l'alignement de pratique sur la directive opéré en 2016 par Swissgrid SA contreviendrait au principe de la bonne foi. La recourante ne le démontre d'ailleurs pas non plus.

119 Enfin, le droit n'ayant pas été appliqué de façon correcte jusqu'alors (cf. ch. marg. 115) – c'est-à-dire de manière conforme à la volonté du législateur – la pratique, si tant est qu'il y en ait une, doit être changée. 120 Il découle de ce qui précède que les conditions du changement de pratique sont remplies en l'espèce, si bien que, sous cet angle également, Swissgrid SA avait le droit de procéder à l'alignement de pratique sur la directive opérée en 2016. 121 Par ailleurs, et même si les conditions du changement de pratique n'étaient pas remplies, l'autorité de céans, en sa qualité d'autorité de recours, ne serait pas liée par les décisions de Swissgrid SA, respectivement de l'autorité inférieure (ATF 90 I 8, consid. 2; ATF 91 I 171, ATF 102 la 81, consid. 3, p. 87; MOOR / FLÜCKIGER / MARTENET, ch. 6.2.1.3, p. 849 et références citées; ElCom, décision du 5 mars 2019, 221-00413, consid. 7, ch. marg. 115, p. 27 et références citées).

E. 7

Révocation de la décision positive

E. 7.1

Généralités 122 Dans sa prise de position du 28 juin 2019 (pièce 30), la recourante se prévaut d'une décision incidente du Tribunal administratif fédéral datée du 11 septembre 2011 (recte : 2018; pièce 30, annexe 108) rendu en une cause similaire et dans laquelle il est dit en substance que la question du changement d'emplacement / transfert d'une décision positive, d'une part, et celle de l'octroi ou non d'une prolongation de délai pour procéder à la communication de l'avancement du projet, d'autre part, sont liées et appellent un traitement coordonné. La recourante estime qu'il est dès lors nécessaire de traiter dans un premier temps la question du transfert de la décision positive. Elle en conclut que la révocation de la décision positive du 1er juillet 2016 (pièce 1, annexe 5) dans le cadre de la présente procédure est exclue. 123 Il y a dès lors lieu de se pencher d'abord sur la question de la coordination entre la question du transfert de la décision positive et celle de l'octroi ou non d'une prolongation de délai pour déposer l'avis de mise en service de l'installation litigieuse (consid. 7.2) avant d'aborder la question de la révocation de la décision positive à proprement parler (consid. 7.3).

E. 7.2

Traitement coordonné de la question du changement d'emplacement / transfert de la décision positive et de celle de l'octroi ou non d'une prolongation de délai pour déposer l'avis de mise en service de l'installation litigieuse 124 Le raisonnement selon lequel il est nécessaire de traiter dans un premier temps la question du changement d'emplacement / transfert de la décision positive ne saurait être suivi, et ce pour les motifs suivants. 125 A titre préalable, il y a lieu de souligner que traitement coordonné ne signifie pas encore traitement simultané des différentes questions juridiques concernées. Il n'est en effet pas rare que, pour des raisons d'économie de procédure, l'autorité chargée de l'application tranche d'abord une question juridique dont la résolution exclut le traitement d'une autre.

30/35

126 Ensuite, il y a lieu de rappeler que la présente procédure porte uniquement sur la question de l'octroi ou non de la demande de prolongation de délai pour déposer l'avis de mise en service de l'installation litigieuse et non sur la question du changement d'emplacement / transfert de la décision positive d'octroi de la RPC. Or, la question de savoir si une telle prolongation doit ou non être accordée s'analyse au regard de l'article

3hbis, alinéa 2 aOEne (état le 1er janvier 2017). Les conditions d'octroi d'une telle prolongation sont indépendantes de la question de savoir si un changement d'emplacement / transfert doit ou non être autorisé dans chaque cas d'espèce. En effet, les dispositions légales ne prévoient pas qu'une prolongation de délai pour déposer l'avis de mise en service de l'installation litigieuse doive être accordée en cas d'autorisation de changement d'emplacement / transfert de la décision positive. 127 Par contre, lorsque la demande de prolongation de délai pour déposer l'avis de mise en service de l'installation litigieuse est rejetée et que le délai initial ne peut pas être tenu, cela conduit irrémédiablement à la révocation de la décision positive, et ce conformément à l'article 3hbis, alinéa 2 aOEne (état le 1er janvier 2017). La formulation de l'article 3hbis, alinéa 2 aOEne (état le 1er janvier 2017) ne laisse en effet aucune latitude de jugement à Swissgrid SA, respectivement à l'autorité inférieure, dans la mesure où celle-ci doit révoquer la décision positive lorsque le délai pour déposer l'avis de mise en service de l'installation litigieuse n'est pas respecté et qu'une prolongation ne peut pas être accordée (cf. ch. marg. 44 ss). En ce sens, la présente procédure peut donc bel et bien conduire à la révocation pure et simple de la décision positive relative à l'installation litigieuse. La révocation découle en effet uniquement du non-respect du délai pour déposer l'avis de mise en service de l'installation litigieuse et non des conditions liées au changement d'emplacement / transfert. L'on ne saurait donc retenir qu'il est nécessaire de traiter dans un premier temps la question du changement d'emplacement / transfert, puis seulement celle de l'octroi ou non d'une prolongation de délai pour déposer l'avis de mise en service de l'installation litigieuse. Le traitement en premier de la question du changement d'emplacement / transfert ne préjuge donc pas non plus de l'issue de la question portant sur l'octroi ou non d'une prolongation de délai pour déposer l'avis de mise en service de l'installation litigieuse. 128 Dès lors, pour des raisons d'économie de procédure, il est pertinent de traiter la question de la prolongation du délai pour déposer l'avis de mise en service de l'installation litigieuse avant celle du changement d'emplacement / transfert. En effet, si la demande de prolongation de délai est rejetée, la question du changement d'emplacement / transfert devient sans objet du fait que la recourante n'a aucun intérêt à transférer une décision révoquée. En l'espèce donc, si la demande de prolongation de délai devait être rejetée dans le cadre de la présente procédure, la question du changement d'emplacement / transfert faisant l'objet de la procédure 221-00348 deviendrait ainsi sans objet du fait que la recourante n'a plus aucun intérêt à transférer une décision révoquée. Il convient donc de ne traiter la question du changement d'emplacement / transfert que dans un second temps. Ce grief n'empêche dès lors pas la révocation de la décision positive du 1er juillet 2016 (pièce 1, annexe 5). Il reste donc à analyser si les conditions de la révocation sont données.

31/35

E. 7.3

Révocation de la décision positive à proprement parler 129 Le fait que l'autorité de céans ait rejeté la demande de prolongation de délai pour procéder à l'avis de mise en service de l'installation litigieuse (cf. consid. 5) a pour double conséquence que la décision positive perd son caractère obligatoire en vertu de l'article 3hbis, alinéa 1, lettre a, aOEne (état le 1er janvier 2017) et que, partant, la société nationale du réseau de transport n'a dès lors pas d'autre choix que de la révoquer (cf. ch. marg. 44 s.). Il reste dès lors à analyser si l'autorité de céans peut ou non révoquer elle-même la décision positive. 130 A teneur de l'article 62, alinéa 2 PA, l'autorité de recours peut modifier au détriment d'une partie la décision

attaquée, lorsque celle-ci viole le droit fédéral ou repose sur une constatation inexacte ou incomplète des faits : pour inopportunité, la décision attaquée ne peut être modifiée au détriment d'une partie, sauf si la modification profite à la partie adverse. 131 Dans le cas d'espèce, la révocation de la décision positive (pièce 1, annexe 5) par l'autorité de céans ne se fait pas au détriment de la recourante. En effet, la révocation par l'autorité de céans de la décision positive (pièce 1, annexe 5) aboutit – en raison du texte clair de l'article 3hbis, alinéa 2 aOEne (état le 1er janvier 2017) (cf. ch. marg. 44) – au même résultat matériel que le rejet pur et simple du recours tel qu'il ressort des conclusions des parties. La seule différence est de nature formelle et réside dans le fait que, dans ce second cas, la décision de révocation serait prise par l'autorité inférieure en lieu et place de l'autorité de céans. Nous ne sommes donc pas dans un cas de modification au détriment de la recourante (reformatio in pejus) (ElCom, décision du 5 mars 2019, 221-00413, consid. 8, ch. marg. 118, p. 28 et références citées). 132 Par ailleurs, même si on devait retenir que le fait de révoquer la décision positive (pièce 1, annexe 5) constitue une modification au détriment de la recourante (reformatio in pejus), force est de constater qu'elle serait tout de même admissible. En effet, en procédure administrative, l'objet du litige devant l'instance de recours est certes délimité par les conclusions du recourant ; le juge est ainsi lié par l'objet des conclusions et c'est dans ce cadre limité qu'il exerce ses compétences conformément à la maxime d'office (MOOR PIERRE / POLTIER ETIENNE, Droit administratif – Volume II – Les actes administratifs et leur contrôle, 3e éd., Berne 2011, pp. 819 ss). Des conclusions purement cassatoires n'empêchent toutefois pas l'instance de recours de statuer à nouveau sur le litige, pour autant que la nouvelle décision s'inscrive dans le cadre de l'objet du litige (cf. HÄNER ISABELLE, Die Anforderungen an eine Beschwerde, in : HÄNER ISABELLE / WALDMANN BERNHARD, Brennpunkte im Verwaltungsprozess, Fribourg 2013, p. 30). Dans le cas d'espèce, la question de l'octroi ou non de la prolongation de délai pour procéder à l'avis de mise en service est centrale. En effet, ledit délai étant échu depuis le 2 octobre 2017 (ch. marg. 1), le rejet du présent recours implique la révocation de la décision positive (art. 3hbis, al. 2, aOEne [état le 1er janvier 2017]). Dès lors, se prononcer sur la révocation de la décision positive s'inscrit clairement dans le cadre de l'objet du litige. L'autorité de céans peut ainsi statuer sur ce point, et ce quand bien même il ne s'inscrit pas strictement dans le cadre délimité par les conclusions de la recourante, qui, d'ailleurs, a pris des conclusions réformatoires. De plus, le fait que Swissgrid SA n'ait pas révoqué la décision positive est constitutif d'une violation du droit fédéral dans la mesure où, en application de l'article 3hbis, alinéa 2 aOEne (état le 1er janvier 2017), le rejet de la prolongation de délai pour procéder à l'avis de mise en service de l'installation litigieuse implique, dans le cas d'espèce, la révocation de la décision positive. L'autorité de céans, en sa qualité d'autorité de recours, peut ainsi modifier la décision querellée au détriment de la recourant, et ce, conformément à l'article 62, alinéa 2 PA (ElCom, décision du 5 mars 2019, 221-00413, consid. 8, ch. marg. 119, p. 28 et références citées). 133 Les parties ont été informées par le ST ElCom par courrier recommandé du 7 janvier 2019 (pièce 15, ch. marg. 18) que, si, dans le cadre de ses investigations, il devait arriver à la conclusion que la décision de Swissgrid SA du 31 octobre 2017 (pièce 1, annexe 1) par laquelle celle-

32/35

ci a rejeté la demande prolongation de délai pour procéder à l'avis de mise en service de l'installation litigieuse était correcte, il proposerait à l'autorité de céans de révoquer

elle-même la décision positive du 1er juillet 2016 (pièce 1, annexe 5) sur la base de l'article 3hbis, alinéa 2 aOEne (état le 1er janvier 2017). Par ailleurs, la recourante a encore été invitée à deux reprises à se déterminer sur la question de la révocation de la décision positive, soit par courrier A+ du 18 février 2019 (pièce 19 ; ch. marg. 22) et par courrier A+ du 15 mai 2019 (pièce 27 ; ch. marg. 28). La recourante en a par ailleurs fait usage en prenant position sur la question (pièce 30, ch. II, let. E, ch. marg. 70 ss, p. 13). Le droit d'être entendu des parties a donc été respecté. De plus, la décision de l'autorité de céans étant susceptible d'être attaquée par-devant le Tribunal administratif fédéral puis par-devant le Tribunal fédéral, le principe de la double instance est également respecté (cf. ElCom, décision du 5 mars 2019, 221-00413, consid. 8, ch. marg. 120, p. 29 et références citées). 134 Ainsi, et en application de l'article 3hbis, alinéa 2 aOEne (état le 1er janvier 2017), l'autorité de céans révoque la décision positive datée du 1er juillet 2016 (pièce 1, annexe 5) et relative à l'installation litigieuse.

E. 8

Emoluments 135 A teneur de l'article 63, alinéa 1 PA, en règle générale, les frais de procédure comprenant l'émolument d'arrêté, les émoluments de chancellerie et les débours sont mis, dans le dispositif, à la charge de la partie qui succombe ; si celle-ci n'est déboutée que partiellement, ces frais sont réduits : à titre exceptionnel, ils peuvent être entièrement remis. 136 En l'espèce et comme démontré (consid. 7), le rejet du recours contre la décision de rejet de la demande de prolongation de délai pour déposer l'avis de mise en service de Swissgrid SA implique la révocation des décisions positives par l'autorité de céans (art. 3hbis, al. 2, aOEne [état le 1er janvier 2017]). L'on peut donc ainsi considérer que la recourante succombe en tous points dans la mesure où il n'est pas fait droit à ses conclusions. Il n'y a dès lors pas lieu de réduire les frais de procédure. Les frais de procédure sont donc mis entièrement à la charge de la recourante. 137 En application de l'article 63, alinéa 4bis lettre b PA et de l'article 2, alinéa 2 de l'ordonnance du

E. 10

septembre 1969 sur les frais et indemnités en procédure administrative (RS 172.041.0), les frais de procédure sont arrêtés en l'occurrence à [...] francs. Conformément à l'article 63, alinéa 1 PA, ils sont intégralement mis à la charge de la recourante. 9 Dépens 138 A teneur de l'article 64, alinéa 1 PA, l'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés. L'article 8, alinéa 5 de l'ordonnance du 10 septembre 1969 sur les frais et indemnités en procédure administrative précise que les frais inutiles, les frais d'autorités fédérales parties et, en règle générale, les frais d'autres autorités parties ne donnent pas droit à une indemnité (cf. également : MAILLARD MARCEL, Commentaire ad art. 64 PA, in : WALDMANN / WEISSENBERGER, ch. marg. 14, p. 1327 ; ElCom, décision du 5 mars 2019, 221-00413, consid. 10, p. 29 et références citées). 139 Dans la mesure où la recourante succombe, il n'y a pas lieu de leur allouer une indemnité à titre de dépens. D'autre part, l'autorité inférieure n'a elle-même pas droit à des dépens.

33/35

III Dispositif

Sur la base de ces considérants, l'ElCom prononce :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.