

ELCOM 221-00510-B5SwoK vom 13. September 2018

ElCom, 2018-09-13, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/elcom_221-00510-B5SwoK

FR: ELCOM 221-00510-B5SwoK du 13 septembre 2018

IT: ELCOM 221-00510-B5SwoK del 13 settembre 2018

Erwägungen

E. 1

Objet du litige 37 Par courrier du 12 octobre 2017 (pièce 1, annexe 21), Swissgrid SA a rejeté la troisième demande de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet et l'avis de mise en service. Sa motivation se limite toutefois à la mention de la base réglementaire (art. 3hbis, al. 2, aOEne [état le 1er janvier 2017]), au renvoi à la pratique selon laquelle elle étend ce délai d'au plus la longueur initiale du délai, soit quatre ans, et au constat que le délai a déjà été prolongé de cinq ans. Ce courrier ne contient ni indication des voies de droit, ni mention qu'il s'agirait d'une décision formelle susceptible d'être attaquée par-devant une autorité de recours. 38 Suite à une demande de reconsidération datée du 25 octobre 2017 (pièce 1, annexe 22), Swiss- grid SA a notifié à la recourante le courrier recommandé du 9 novembre 2017 (pièce 1, annexe 1). Elle y confirme son rejet de la demande de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet et l'avis de mise en service, d'une part, et révoque la décision positive (« nous réitérons notre révocation »), d'autre part. Certes ce courrier ne se réfère à aucune base légale ou réglementaire précise, mais elle renvoie à l'aOEne d'une manière générale ainsi qu'à différentes décisions de l'autorité de céans. Elle mentionne en outre une voie de droit (« Libre à vous néanmoins de soumettre l'affaire à l'ElCom pour contrôle »). C'est donc contre ce courrier que la recourante a déposé un recours auprès de l'autorité de céans en date du 11 décembre 2017 (pièce 1). C'est pour toutes ces raisons qu'il y a lieu de considérer le courrier recommandé du 9 novembre 2017 (pièce 1, annexe 1) comme étant la décision susceptible de recours.

E. 1.5

OEne) indépendantes de sa volonté et imprévisibles en dépit d'une planification professionnelle. Pour obtenir une prolongation du délai, le requérant présentera une demande écrite dûment motivée à Swissgrid. » 84 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. 3hbis, al. 1, OEne). Il est fait exception à cette règle en cas de circonstances indépendantes de la vo- lonté 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 profession- nelle. » 85 Une prolongation de délai pouvant être accordée au requérant lorsque les circonstances du retard pour procéder à la communication de l'avancement du projet 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 7 juin 2018, 221-00377, consid. 6.2.1, pp. 14 s. et références citées).

E. 2

Compétence 39 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. 40 La recourante a déposé un recours auprès de l'ElCom en date du 11 décembre 2017 (pièce 1). 41 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. 5 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). 42 En l'espèce, le litige porte sur le rejet de la troisième demande de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet et l'avis de mise en service et sur la révocation des décisions positives 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 litigieuse en 2017 selon le droit alors en vigueur. La compétence de l'ElCom est ainsi donnée.

9/22

43 Le 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]). 44 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. 45 Présenté dans le délai (art. 50, al. 1, PA) et les formes (art. 52, al. 1, PA) prescrits par la loi, le recours est recevable et il convient donc d'entrer en matière (cf. ElCom, décision du 6 mars 2018, 221-00443, consid. 1, ch. marg. 9 ss, p. 4).

E. 3

Parties et droit d'être entendu

E. 3.1

Parties 46 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 BERNHARD / WEISSENBERGER PHILIPPE, Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG), 2e éd., Zurich 2016, ci-après : WALDMANN / WEISSENBERGER, ch. marg. 8, p. 964 et DUBEY JACQUES / ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, Droit administratif général, Bâle 2014, ci-après : DUBEY / ZUFFEREY, ch. marg. 2073, p. 731). 47 La recourante a

pris part à la procédure menée par Swissgrid SA dont elle était la destinataire de la décision querellée (pièce 1, annexe 1). La recourante est donc également destinataire de la présente décision. Elle dispose ainsi de la qualité pour recourir. 48 En sa qualité de porteuse du projet et de future exploitante de la centrale 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 (ElCom, décision du 7 juin 2018, 221-00377, consid. 2.1, ch. marg. 37, p. 9 et références citées).

E. 3.2

Droit d'être entendu 49 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).

10/22

E. 4

Allégués des parties

E. 4.1

Allégués de la recourante 50 Quant à la forme, la recourante estime principalement que la décision querellée est une décision finale qui peut faire l'objet d'un recours, cela d'autant plus qu'elle mentionne expressément le terme « révocation ». Elle estime subsidiairement que la décision querellée serait quand même séparément susceptible de recours du fait qu'elle crée un préjudice irréparable en privant la centrale litigieuse de la RPC. De plus, l'admission du recours conduirait immédiatement à une décision finale. Elle estime également que le recours a été déposé dans le délai, du fait que le courrier du 12 octobre 2017 (pièce 1, annexe 21) ne remplirait pas les conditions exigées pour être qualifiée de décision formelle. 51 En ce qui concerne le fond et premièrement, pour la recourante, la décision querellée constaterait les faits de façon inexacte du fait que la maturité du projet ne serait pas un critère d'examen de l'opportunité de prolonger ou non un délai selon l'aOENE (état le 1er janvier 2017), et que, qui plus est, le projet serait parfaitement mature. 52 La recourante estime deuxièmement que la décision querellée constitue une violation du droit fédéral. Pour elle en effet, il y a lieu d'interpréter l'article 3hbis, alinéa 1, lettre a et alinéa 2 aOENE (état le 1er janvier 2017) dans le sens que la décision octroyant la RPC garde son caractère obligatoire et que les délais pour déposer la communication de l'avancement du projet et l'avis de mise en service doivent être prolongés lorsque, pour des raisons qui ne lui sont pas imputables, le requérant se trouve dans l'impossibilité de les respecter. La recourante estime ainsi que les délais pour déposer la communication de l'avancement du projet et l'avis de mise en service ne pourront certes pas être respectés, mais que les motifs du retard ne lui seraient pas imputables du fait qu'ils découlent de procédures de recours menées par des organisations de défense de l'environnement (cf. ch. marg. 5 et 7) qui ont finalement été rejetées par le TF (pièce 1, annexe 10). 53 Troisièmement, la décision

querellée violerait le principe de la bonne foi protégé par l'article 5, alinéa 3 et l'article 9 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101) du fait que Swissgrid SA aurait fournis des renseignements inexacts en ne mentionnant pas sa pratique consistant à ne pas prolonger les délais pour une durée supérieure au délai initiale tout en sachant que la centrale litigieuse faisait l'objet de procédures judiciaires susceptibles de durer de nombreuses années. Celle-ci aurait également adopté des comportements contradictoires en refusant la troisième demande de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet et l'avis de mise en service en se prévalant du même motif que celui par lequel elle avait accordé les deux premières prolongations. En conséquence, le seul moyen de supprimer cette contradiction serait d'accorder lesdites prolongations de délai. 54 Quatrièmement, la décision querellée violerait également l'interdiction de l'arbitraire au motif que la manière dont Swissgrid SA a appliqué l'article 3hbis, alinéa 2, aOEn (état le 1er janvier 2017) dénaturerait le but et la portée de cette norme et aboutit à un résultat que le législateur ne peut avoir voulu. 55 Cinquièmement, la décision querellée violerait le principe de proportionnalité. Le projet relatif à la centrale litigieuse ayant été reconnu conforme au droit suisse et aux objectifs fixés par la Stratégie énergétique 2050 par le TF, il y a de grandes chances que le projet se réalise, si bien que les fonds RPC bloqués par ce projet ne le sont pas inutilement. Dès lors, les moyens mis en œuvre par Swissgrid SA afin que les fonds RPC ne soient pas bloqués inutilement ne se trouvent pas

11/22

dans un rapport raisonnable avec l'atteinte qualifiée d'immense aux droits de la recourante à voir la centrale litigieuse se réaliser et à bénéficier de la RPC. 56 Sixièmement, la décision querellée violerait le principe de l'égalité de traitement du fait que, en- core quelques jours à peine avant le prononcé de la décision querellée, Swissgrid SA aurait ac- cordé une demande de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet et l'avis de mise en service à un autre projet hydraulique au-delà de la limite qu'elle prétendrait elle-même pratiquer, toutefois sans préciser ni lieu, ni date, ni personnes impliquées, ni références (cf. pièce 1, ch. marg. 119 s., p. 17). Après la production par l'autorité inférieure d'un certain nombre de courriers et courriels censés être représentatifs de sa pratique en matière de prolongation de délai de notification de l'avancement et de mise en service du projet entre le 1er janvier 2009 et le 31 décembre 2017, la recourante a précisé cet allégué. Sur la base de ces documents, elle a ainsi affirmé que cinq projets ont bénéficié de prolongations de délais allant au-delà de la prétendue nouvelle pratique de l'autorité inférieure, soit neuf ans au plus entre la décision positive et l'échéance du délai prolongé pour procéder à la communication de l'avance- ment du projet. A l'appui de ses dires, elle cite comme référence la pièce 11, annexes 14, 21, 29, 31 et 32. 57 Septièmement, la décision querellée serait inopportune. Elle irait en effet à l'encontre de la Stra- tégie énergétique 2050 en compromettant la réalisation de centrales de production dont la rentabilité, et donc la réalisation, dépendent de la RPC, d'une part, et accorderait trop de poids aux recours déposés par les organisations de défense de l'environnement du fait qu'il suffirait de faire traîner une procédure de recours pour compromettre la réalisation de la centrale par révocation de la décision positive, d'autre part. 58 Huitièmement et enfin, la recourante constate que, selon toute vraisemblance, Swissgrid SA a changé sa pratique en matière de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avan- cement du projet et l'avis de mise en service mais que celui-ci ne serait pas autorisé du fait qu'il n'en

remplirait pas les conditions légales.

E. 4.2

Allégués de Swissgrid SA et de l'autorité inférieure 59 A titre préalable, il y a lieu de souligner que l'autorité inférieure estime ne pas avoir révoqué la décision positive. Le terme « révocation » ayant selon elle été mentionné par erreur dans la décision querellée (pièce 9, pp. 3 s.). 60 Quant à la forme, l'autorité inférieure estime que la décision querellée est une décision incidente relative à la marche de la procédure qui n'est pas séparément susceptible de recours du fait qu'elle ne cause pas de préjudice irréparable au sens de l'article 46, alinéa 1, lettre a, PA, d'une part, et que l'admission du recours ne permet pas d'aboutir à une décision finale immédiate, d'autre part. 61 Quant au fond et premièrement, l'autorité inférieure maintient que le projet relatif à la centrale litigieuse ne présentait pas une maturité suffisante. Les précautions prises par la recourante déjà avant l'annonce du projet n'y change rien car elle n'a en fin de compte pas pu respecter le délai pour déposer la communication de l'avancement du projet, si bien qu'il en découle que le projet a bel et bien été annoncé trop tôt. 62 Deuxièmement, la recourante renonce à prendre position sur la question de l'interprétation de l'article 3hbis, alinéa 1, lettre a et alinéa 2 aOEne (état le 1er janvier 2017) du fait que celui-ci ne laisse aucune latitude de jugement à Swissgrid SA, respectivement à l'autorité inférieure, en ce sens où, en l'absence de motif imputable à la requérante, elle ne peut pas accorder de

12/22

prolongation de délai de deux ans pour déposer la communication de l'avancement du projet et l'avis de mise en service. 63 Troisièmement, l'autorité inférieure estime que Swissgrid SA puis elle-même ont accordé de façon plus restrictive des prolongations de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet et l'avis de mise en service dans le but d'atteindre l'objectif d'encouragement aux énergies renouvelables prévus dans l'aLEne (état le 1er janvier 2017). Ce mode de procéder remplirait les conditions permettant de reconnaître un changement de pratique. De plus, pour elle, la pratique antérieure à 2016 n'est pas pertinente du fait que la pratique ne pouvait porter ses fruits qu'au plus tôt huit ans après le prononcé des premières décisions positives. 64 Quatrièmement et enfin, en ce qui concerne une éventuelle violation au principe de l'égalité de traitement, l'autorité inférieure estime que les conditions de l'exception à ce principe qui prévoit un droit à l'égalité dans l'illégalité ne seraient pas remplies en l'espèce. Elle rappelle également dans ce cadre le fait que la pratique antérieure à 2016 n'est pas pertinente, ni d'ailleurs la comparaison avec des projets dans le domaine de l'énergie éolienne.

E. 5

Droit applicable 65 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 7 juin 2018, 221-00377, consid. 4, ch. marg. 48, p. 11 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). 66 Dans le cas d'espèce, au moyen de la décision querellée datée du 9 novembre 2017 (pièce 1, annexe 1), Swissgrid SA a rejeté la demande de prolongation du délai pour déposer la communication de l'avancement du projet et l'avis de mise en service, d'une part, et a révoqué la décision positive, d'autre part. Or, il n'existe pas de disposition transitoire réglant la question du droit intertemporel en matière de révocation des décisions positives prononcées 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. 67 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 BENOÎT, Procédure administrative, 2e édition, Berne 2015, ci-après : BOVAY, p. 249 ; cf. TAF, arrêt du 21 décembre 2016, A-6840/2015, consid. 3.1.2, ElCom, décision du 7 juin 2018, 221-00377, consid. 4, ch. marg. 50, p. 11 et références citées). En matière de procédure, l'autorité de céans applique donc le droit actuellement en vigueur 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 7 juin 2018, 221-00377, consid. 4, ch. marg. 50, pp. 11 s. et réf. citées).

13/22

E. 6

Qualification de la décision querellée et entrée en matière 68 Par mémoire de recours du 11 décembre 2017 (pièce 1), la recourante estime principalement que la décision querellée est une décision finale qui peut faire l'objet d'un recours, cela d'autant plus que celle-ci mentionne expressément le terme « révocation ». Par mémoire de réponse du 2 février 2018 (pièce 9), l'autorité inférieure conclut de son côté à l'irrecevabilité du recours, estimant en substance que la décision querellée est une décision incidente relative à la marche de la procédure qui n'est pas séparément susceptible de recours du fait qu'elle ne cause pas de préjudice irréparable au sens de l'article 46, alinéa 1, lettre a PA. Il y a dès lors lieu de clarifier la question de savoir si la décision querellée est une décision finale 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. 69 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, p. 357 ; art. 46 PA). 70 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 / ZUFFEREY, ch. marg. 917, p. 329). 71 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 / 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 TF 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 ; ECom, décision du

E. 7

Prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet et l'avis de mise en service

E. 7.1

Non-respect du délai de communication de l'avancement du projet 76 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 1.1, chiffre 5.2.2 de l'aOEne (état le 1er janvier 2017), quatre ans au plus tard après la notification de la décision positive, l'avancement du projet doit faire l'objet d'une communication comportant au minimum les éléments suivants : permis de construire, concession (a) ; prise de position du gestionnaire de réseau concernant l'annonce visée à l'art. 3i (b) ; modifications par rapport au ch. 5.1 (c) ; date prévue de mise en service (d). 77 Dans le cas d'espèce, la centrale litigieuse est au bénéfice d'une décision positive datée du 13 janvier 2009 (pièce 1, annexe 5). La date pour déposer la communication de l'avancement du projet qui y est fixée a été prolongée deux fois, la dernière fois au 15 janvier 2018 (pièce 1, annexe 17). 78 Par courrier du 15 décembre 2016 (pièce 1, annexe 18), la recourante a déposé une troisième demande de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet, respectivement l'avis de mise en service, d'une durée de deux ans. Cette demande a été rejetée par Swissgrid SA par courrier du 12 octobre 2017 (pièce 1, annexe 21) confirmé par la décision querellée et qui contient en outre la phrase : « nous réitérons notre révocation ». Il ne ressort pas des pièces au dossier que, dans l'intervalle, la recourante aurait procédé à la communication de l'avancement du projet. Le délai pour y procéder est par conséquent échu depuis le 15 janvier dernier sans avoir été utilisé. 79 Il découle de ce qui précède que la recourante n'a pas respecté le délai de communication de l'avancement du projet. Il reste maintenant à analyser si l'autorité inférieure aurait dû ou non lui accorder une prolongation de délai pour y remédier.

E. 7.2

Circonstances du non-respect du délai

E. 7.2.1

Bases réglementaires et directive 80 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. 81 En page 11 de la directive, il est 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. 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. »

16/22

82 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, confirmés par écrit, pour des composants entrant dans la construction de l'installation ou encore des retards dus à la météo lors de dégâts dus aux intempéries. Toujours selon l'annexe 1, le dépôt d'oppositions à une construction dans les zones prévues expressément pour la construction de cette catégorie d'installation est reconnu comme étant des circonstances qui ne sont pas imputables au requérant du fait que l'« on peut partir du principe qu'il n'y aura pas d'oppositions ». 83 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. 7.2.2

Non-respect du délai non imputable à la requérante 86 Par formule du 19 novembre 2008 (pièce 1, annexe 4), la recourante a annoncé la centrale litigieuse en vue de l'obtention de la RPC avant que celle-ci ne soit au bénéfice des autorisations spéciales, permis de construire, et concessions nécessaires à sa réalisation. Suite à des difficultés relevant des [...], la recourante a requis et obtenu, en mai 2011, le droit de procéder à une variation de l'emplacement d'environ 80 mètres pour réaliser la centrale litigieuse (cf. ch. marg. 2). Elle a ensuite demandé une première prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet et l'avis de mise en service. Celle-ci lui a partiellement été accordée en octobre 2012 (cf. ch. marg. 3). S'en est suivie la procédure d'octroi des autorisations cantonales spéciales ainsi que les procédures de recours y relatives auprès de la CDAP puis du TF entre juillet 2013 et août 2017 (cf. ch. marg. 4, 5, 7) engagées par des organisations de défense de l'environnement. La seconde demande de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet et l'avis de mise en service est intervenue dans le courant de ces procédures. Elle a été accordée partiellement en avril 2015 (cf. ch. marg. 6). La troisième demande de prolongation de délai pour déposer la communication de

l'avancement du projet et l'avis de mise en service a, quant à elle, été déposée en décembre 2016 (pièce 1, annexe 18) et réitérée en septembre 2017 (pièce 1, annexe 20). Elle a été rejetée par courrier du

17/22

E. 12

octobre 2017 (pièce 1, annexe 21), confirmé par la décision querellée datée du 9 novembre 2017 (pièce 1, annexe 1 ; cf. ch. marg. 8 – 12). C'est contre cette dernière décision qu'un recours a été intenté auprès de l'autorité de céans. 87 Pour la recourante, le non-respect du délai pour procéder à la communication de l'avancement du projet relatif à la centrale litigieuse ne lui serait pas imputable du fait qu'il découle de procédures de recours menées par des organisations de défense de l'environnement. Elle estime que ces dernières sont en mesure de porter atteinte à un projet annoncé à la RPC en faisant traîner les procédures de recours, et ce même dans l'hypothèse où celles-ci seraient d'emblée infondées. Elle conteste en outre que le projet n'était pas assez mature au moment du dépôt de l'annonce (pièce 1, let. A et B, pp. 7 ss, pièce 13, let. C, pp. 2 s. et ch. marg. 51). 88 Pour l'autorité inférieure au contraire, le projet relatif à la centrale litigieuse ne présentait pas la maturité nécessaire au moment où il a été annoncé. En effet, quand bien même la recourante aurait déjà entrepris des démarches et réalisé des travaux préparatoires avant de procéder à l'annonce, celle-ci est toutefois intervenue trop tôt dans la mesure où la recourante n'a pas été à même de déposer la communication de l'avancement du projet dans les délais fixés. Ne pas tenir compte du manque de maturité des projets dans le cadre de l'octroi des prolongations de délai pour procéder à la communication de l'avancement du projet aurait pour conséquence de bloquer inutilement l'argent destiné à la promotion des énergies soutenues dans le cadre du programme RPC. Un tel comportement contreviendrait au principe de l'égalité de traitement et est contraire à l'intérêt public. La décision querellée serait dès lors proportionnée au vu de l'importance de l'intérêt public en jeu (pièce 11, pp. 3 s. et ch. marg. 61). 89 L'objection soulevée par la requérante selon laquelle le retard pour procéder à la communication de l'avancement du projet ne serait pas imputable à la recourante au sens de l'article 3hbis, alinéa 2 aOEn (état le 1er janvier 2017) – et justifierait ainsi l'octroi d'une prolongation de délai – du fait qu'elle ne serait pas responsable des recours déposés par des organisations de défense de l'environnement est justifiée, et ce pour les motifs suivants. 90 Si l'annexe 1 de la directive reconnaît le dépôt d'oppositions à une construction dans les zones prévues expressément pour la construction de cette catégorie d'installation comme étant des circonstances qui ne sont pas imputables au requérant, c'est parce que l'« on peut partir du principe qu'il n'y aura pas d'oppositions ». 91 En l'espèce et selon le TF, « la Cour cantonale a relevé que le plan directeur cantonal ne prévoit pas de stratégie relative aux petites centrales électriques. Le département cantonal compétent a toutefois élaboré un cadastre hydraulique, qui recense les installations existantes, les sites potentiels à exploiter à court et moyen terme, ainsi que les sites intéressants à long terme (MHYLAB, Cadastre hydraulique du canton de Vaud: eaux de surface, eaux de réseau, 2008). L'YY figure dans les sites potentiels à exploiter à court et moyen terme » (TF, arrêt du 23 novembre 2016, 1C_231/2015 [pièce 1, annexe 10], consid. 3.2, p. 7). Dès lors, si le site où doit trouver place la centrale litigieuse n'a certes pas été formellement mis en zone prévue expressément pour accueillir une telle petite centrale hydraulique, force est toutefois de constater que, non seulement « l'YY figure dans les sites potentiels à exploiter à court et moyen terme » (TF, arrêt du 23 novembre 2016,

1C_231/2015 [pièce 1, annexe 10], consid. 3.2, p. 7), mais encore qu'« une mesure de planification n'est pas requise pour une telle installation » (TF, arrêt du 23 novembre 2016, 1C_231/2015 [pièce 1, annexe 10], consid. 4, p. 8). Or, si aucune mesure de planification n'est requise, il n'y a pas lieu d'attendre une mise en zone du site retenu pour accueillir la centrale litigieuse. Dès lors, en retenant comme site d'implantation un site recensé dans le cadastre hydraulique comme étant un « site potentiel à exploiter à court et moyen terme », la recourante n'a pas fait preuve de manquement à la planification professionnelle. Elle ne devait en effet pas s'attendre à ce qu'il soit fait droit à d'éventuels recours déposés par des organisations de défense

18/22

de l'environnement contre un projet de petite centrale hydraulique à implanter sur le site retenu pour la centrale litigieuse. Alors certes il ressort du dossier que cinq oppositions ont bel et bien été déposées en juin 2012 contre la réalisation de la centrale litigieuse (Pro Natura, Pro Natura Vaud, WWF SUISSE, WWF VAUD et la Société vaudoise des pêcheurs en rivière, pièce 1, annexe 8, pp. 16 s.). Toutefois, et quand bien même des recours ont fait suite à ces oppositions, ils ont finalement tous été définitivement rejetés à l'issue d'une procédure menée jusqu'au TF (TF, arrêt du 23 novembre 2016, 1C_231/2015 [pièce 1, annexe 10]). Cet arrêt a ensuite été mis en œuvre par un nouvel arrêt de la CDAP datée du 28 août 2017 (pièce 1, annexe 12 ; AC.2016.0406) rejetant le recours des organisations de défense de l'environnement et confirmant la décision du DGE du 8 juillet 2013 (pièce 1, annexe 8) puis concrétisé par la concession n° 124 / 500 du 20 juillet 2018 (pièce 24, annexe 29). 92 Par courrier du 20 août 2018 (pièce 24) faisant suite à la demande du ST ElCom du 26 juin 2018 (pièce 21), la recourante a également produit divers documents par lesquels elle informe que la communication de l'avancement du projet est susceptible d'être déposée complète – c'est-à-dire avec chacun des documents mentionnés à l'appendice 1.1, chiffre 5.2.2 aOENE (état le 1er janvier 2017) – en date du 15 janvier 2020. Parmi ces documents, figure notamment un courrier co-signé par le Chef de la Division Ressources en eau et économie hydraulique de la DGE (DGE-EAU). Ce document expose que la suite du processus passe par le dépôt d'un dossier de demande d'approbation du projet définitif qui contient la demande de permis de construire qui est de la compétence des communes concernées, soit R et S. La demande suppose une mise à l'enquête publique par la DGE-EAU dans les communes concernées en parallèle à la consultation des services de l'Etat pour obtention des préavis et autorisations nécessaires. Du fait qu'une procédure juridique exhaustive a déjà été menée en l'espèce, la DGE-EAU estime que la probabilité d'opposition est faible et que, dans l'hypothèse d'absence de recours, cette procédure devrait prendre entre quatre et six mois dès la mise à l'enquête (pièce 24, annexe 30). La recourante a également joint à son envoi divers offres, devis et commandes ainsi que la prise de position du gestionnaire de réseau (pièce 24, annexes 31 – 35) qui informent qu'elle est à même d'avancer rapidement dans ce dossier dès que tous les permis et autorisations spéciales auront été délivrés. Dans son courrier du 20 août 2018 (pièce 24) toujours, la recourante estime que le projet est parfaitement mature, que la communication de l'avancement du projet pourra intervenir d'ici le 15 janvier 2020, et qu'une mise en service le 15 janvier 2022 est envisageable. 93 Enfin, en date du 20 juillet 2018, la concession (pièce 24, annexe 29) a été délivrée. Il n'y a donc pas lieu de ne pas suivre la recourante lorsqu'elle s'estime capable de déposer la communication de l'avancement du projet avant l'échéance du délai prolongé au 15 janvier 2020. 94 Il découle de ce qui

précède que le grief selon lequel le projet relatif à la centrale litigieuse ne présentait pas une maturité suffisante au moment où il a été annoncé en vue de l'octroi de la RPC est infondé. Force est donc de constater que les circonstances qui ne permettent pas à la recourante de procéder à la communication de l'avancement du projet dans les délais réglementaires ne lui sont pas imputables au sens de l'article 3hbis, alinéa 2 aOEne (état le 1er janvier 2017). 95 Le recours est dès lors admis et la décision de Swissgrid SA du 9 novembre 2017 (pièce 1, annexe 1) est annulée. 96 A teneur de l'article 61, alinéa 1 PA, l'autorité de recours statue elle-même sur l'affaire ou exceptionnellement la renvoie avec des instructions impératives à l'autorité inférieure. 97 Ainsi, et en application de l'article 3hbis, alinéa 2 aOEne (état le 1er janvier 2017), l'autorité de céans prolonge au 15 janvier 2020 le délai pour procéder à la communication de l'avancement du projet et prolonge au 15 janvier 2022 le délai pour déposer l'avis de mise en service.

19/22

98 Le recours ayant été admis, la décision de Swissgrid SA du 9 novembre 2017 ayant été annulée (ch. marg. 95) et les délais pour procéder à la communication pour l'avancement du projet et à l'avis de mise en service ayant été prolongés (ch. marg. 97) pour les motifs développés ci-dessus, les autres griefs soulevés par la recourante sont sans portée. Ils ne seront donc pas traités par l'autorité de céans. 8 Emoluments 99 En application de l'article 63, alinéas 1 et 4bis PA et de l'article 2 de l'ordonnance du 10 septembre 1969 sur les frais et indemnités en procédure administrative (RS 172.041.0), les frais de procédure sont mis à la charge de la partie qui succombe. Toutefois, aucun frais de procédure ne peut être mis à la charge d'une autorité inférieure. 100 En l'occurrence, vu l'issue de la procédure, il n'est pas perçu de frais de procédure et l'avance de frais de [...] francs est remboursée à la recourante après l'entrée en force de la décision. 9 Dépens 101 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 (art. 64, al. 1, PA, art. 8, al. 1, 2e phrase et al. 2 de l'ordonnance du 10 septembre 1969 sur les frais et indemnités en procédure administrative (RS 172.041.0) et art. 8 – 13 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF ; RS 173.320.2]). Dans la mesure où la recourante obtient en l'espèce gain de cause et où elle a eu recours aux services d'un mandataire professionnel, l'autorité inférieure – qui succombe – lui versera une indemnité à titre de dépens. En l'occurrence, cette indemnité est fixée d'office à [...] francs selon la libre appréciation de l'autorité de céans (art. 8, al. 1 de l'ordonnance du 10 septembre 1969 sur les frais et indemnités en procédure administrative).

20/22

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.