

# **ELCOM mode-de-calcul-et-période-de-comparaison-permettant-de-qualifier-une-petite-cent-H8okIT vom 15. April 2014**

ElCom, 2014-04-15, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/elcom\\_mode-de-calcul-et-période-de-comparaison-permettant-de-qualifier-une-petite-cent-H8okIT](https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/elcom_mode-de-calcul-et-période-de-comparaison-permettant-de-qualifier-une-petite-cent-H8okIT)

FR: ELCOM

mode-de-calcul-et-période-de-comparaison-permettant-de-qualifier-une-petite-cent-H8okIT du 15 avril 2014

IT: ELCOM

mode-de-calcul-et-période-de-comparaison-permettant-de-qualifier-une-petite-cent-H8okIT del 15 aprile 2014

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Compétence 16 Conformément à l'article 25, alinéa 1bis, LEne, 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 (articles 7, 7a et 15b, LEne ; ElCom, décision du 17 novembre 2011, 941-11-003, ch. marg. 12, p. 4). 17 En l'espèce, il y a lieu de déterminer si l'installation de la requérante doit être qualifiée d'installation notablement agrandie ou rénovée assimilable à une nouvelle installation, et, de ce fait doit être mise au bénéfice de la RPC au sens de l'article 7a, alinéa 1, de la loi du 23 mars 2007 sur l'approvisionnement en électricité (LApEl ; RS 734.7). 18 La compétence de l'ElCom est ainsi donnée. Elle se fonde sur l'article 25, alinéa 1bis, LEne. 19 Il résulte de l'interprétation historique et systématique que la version allemande de l'article 3g, alinéa 3, OEne doit se voir reconnaître la prévalence. Il convient donc de retenir que l'ElCom intervient en première instance dans le cadre des litiges concernant les conditions de raccordement des installations productrices d'énergie, au sens de l'article 25, alinéa 1bis, LEne. Ainsi, Swissgrid n'est pas autorité de première instance, puisqu'elle n'est pas autorité décisionnelle au sens de l'article 1, PA (Tribunal administratif fédéral [TAF], arrêt du 4 juillet 2013, A-265/2012, consid. 3, pp. 8 ss, en confirmation de ElCom, décision du 17 novembre 2011, 941-11-003, consid. 1.2, pp. 4 ss).

### **E. 2**

Parties 20 Sont admises comme parties au sens de l'article 6, PA les personnes dont les droits ou les obligations pourraient être touchés par la décision à prendre, ainsi que les autres personnes, organisations ou autorités, qui disposent d'un moyen de droit contre la décision. 21 En l'espèce, la requérante a introduit une requête en appréciation du litige prédécrit. Elle est destinataire de la décision. En conséquence, elle revêt la qualité de partie au sens de l'article 6, PA. 22 La participante à la procédure ne dispose certes pas du statut d'autorité précédente (cf. ch. marg. 19). Elle est toutefois concernée par l'objet du litige du fait de sa décision. C'est pourquoi elle dispose elle-même aussi de la qualité de partie au sens de l'article 6, PA.

### **E. 3**

Généralités sur la rétribution à prix coûtant du courant injecté (RPC) 23 Les gestionnaires de réseau sont tenus de reprendre sous une forme adaptée au réseau et de rétribuer toute l'électricité produite dans des installations nouvelles situées dans leur zone de desserte, adaptées au site concerné et utilisant l'énergie solaire, l'énergie géothermique, l'énergie éolienne, l'énergie hydraulique jusqu'à une puissance de 10 MW, ainsi que la biomasse et les déchets provenant de la biomasse (article 7a, alinéa 1, 1ère phrase, LEne). La rétribution est calculée d'après les coûts de production prévalant la même année pour les installations de référence qui correspondent à la technique la plus efficace (article 7a, alinéa 2, 1ère phrase, LEne). Le calcul des coûts de revient (au sens de « Gestehungskosten » – « coûts de production ») et la rétribution s'appuient sur les installations de référence définies dans les appendices 1.1 à 1.5 (article 3b, alinéa 1, OEne).

8/16

L'appendice 1.1, OEne, consacrée aux conditions de raccordement pour les petites centrales hydrauliques, est la base réglementaire pertinente en la matière.

#### **E. 4**

Objet du litige 24 La loi dispose que, sont considérées comme nouvelles, les installations mises en service, notamment agrandies ou rénovées après le 1er janvier 2006 (article 7a, alinéa 1, i.f., LEne) et l'ordonnance prévoit qu'une installation est également réputée notamment agrandie ou rénovée lorsque la production d'électricité ou le taux d'utilisation de l'électricité augmente par rapport à la moyenne des cinq dernières années d'exploitation complètes précédant le 1er janvier 2010 conformément aux exigences des appendices 1.1 à 1.5 ; le DETEC peut redéfinir dans les appendices la date de référence déterminante pour la période de comparaison (article 3a, alinéa 2, OEne). 25 Alors que la participante à la procédure considère ces deux dispositions légales comme complémentaires, l'ordonnance précisant la loi, la requérante les perçoit comme contradictoires, la seconde devant primer la première en vertu du principe de la hiérarchie des normes. Dès lors, le calcul de la requérante, qui ne repose pas sur le texte de l'ordonnance qu'elle juge contraire à la loi, s'oppose à celui effectué par la participante à la procédure pour lui refuser la RPC. 26 Il convient donc de contrôler la légalité du mode de calcul retenu par la participante à la procédure sur la base de l'article 3a, alinéa 2, OEne (consid. 5) et de l'appliquer au cas d'espèce (consid. 7) après s'être prononcé tant sur la période de comparaison (consid. 5.3) que sur la date de mise en service (consid. 6). Les questions de légalité du mode de calcul et de la détermination de la période de comparaison étant étroitement liées, elles seront traitées dans un chapitre commun. Enfin, la question de l'analogie avec le système développé dans le domaine de la protection contre le bruit, soulevée par la requérante, sera également abordée (consid. 8).

#### **E. 5**

Période de comparaison et légalité de l'article 3a, alinéa 2, OEne

##### **E. 5.1**

Généralités 27 La requérante requiert l'octroi de la RPC sur la base des articles 7a, LEne et 3a, alinéa 2, OEne, en lien avec le chiffre 1.2.1 de l'appendice 1.1, OEne, qui assimile à une installation notamment agrandie ou rénovée celle dont la production d'électricité augmente de 20% par rapport à la moyenne des cinq dernières années d'exploitation complète précédant le 1er janvier 2010. Toutefois, pour la requérante, l'article 3a, alinéa 2,

OENE entre en conflit avec l'article 7a, alinéa 1, 2e phrase, LENE qui dispose que sont considérées comme nouvelles les installations mises en service, notamment agrandies ou renouvelées après le 1er janvier 2006. Elle se prévaut ainsi du principe de la hiérarchie des normes qui suppose l'application de la loi au détriment de l'ordonnance. Il y a donc lieu d'analyser la nature des délais dont il est question aux articles 7a, alinéa 1, 2e phrase, LENE et 3a, alinéa 2, OENE.

9/16

## **E. 5.2**

Du 1er janvier 2006 comme date de lancement du programme RPC (article 7a, alinéa 1, 2e phrase, LENE) 28 Sont considérées comme nouvelles les installations mises en service, notamment agrandies ou renouvelées après le 1er janvier 2006 (article 7a, alinéa 1, 2e phrase, LENE). 29 Afin de rentabiliser également la rénovation ou l'agrandissement d'installations mises en service avant le 1er janvier 2006, ou pour pouvoir éviter leur mise hors exploitation, il est aussi prévu de les faire bénéficier de la rétribution lorsqu'elles sont considérablement agrandies ou renouvelées. Ne seront réputées comme telles que les installations pour lesquelles, en 2006 ou ultérieurement, on aura consenti d'importants investissements ou celles qui présentent une progression marquée de leur production (Modifications de l'ordonnance sur l'énergie, Rapport explicatif concernant le projet mis en consultation du 27 juin 2007, commentaire ad article 3a, p. 6, téléchargeable sous [www.admin.ch](http://www.admin.ch) ■ Droit fédéral ■ Procédure de consultation ■ Procédure de consultation et d'audition terminées ■ Procédures ouvertes en 2007 ■ Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication, consulté le 14 avril 2014). 30 Il découle de ce qui précède que toute centrale de production mise en service après le 1er janvier 2006 est qualifiable selon le régime de la RPC. Elle peut ainsi bénéficier de la RPC si elle en remplit toutes les conditions. L'article 7a, alinéa 1, 2e phrase, LENE n'a dès lors pas d'autre portée que de fixer le point de départ du régime de la RPC (date de lancement du programme RPC) et de la condition de base pour en bénéficier.

## **E. 5.3**

Du 1er janvier 2010 comme date de référence déterminante pour la période de comparaison (article 3a, alinéa 2, OENE) 31 L'article 3a, OENE, qui précise la notion d'installations considérablement agrandies ou renouvelées au sens de l'article 7a, LENE, prévoit deux cas de figure dans lesquels cette qualification doit être retenue : celui de l'alinéa 1, et celui de l'alinéa 2. Tant la requérante que la participante à la procédure reconnaissent, à tout le moins implicitement, que les conditions d'application de l'alinéa 1 ne sont pas remplies en l'espèce. Or, comme l'EiCom ne dispose pas d'éléments permettant de mettre en doute cet état de fait, elle ne se penchera pas sur les conditions d'application de l'alinéa 1. L'alinéa 2 dispose, quant à lui, qu'une installation est également réputée notablement agrandie ou renouvelée lorsque la production d'électricité ou le taux d'utilisation de l'électricité augmente par rapport à la moyenne des cinq dernières années d'exploitation complètes précédant le 1er janvier 2010 conformément aux exigences des appendices 1.1 à 1.5 ; le DETEC peut redéfinir dans les appendices la date de référence déterminante pour la période de comparaison. 32 L'article 3a, OENE est entré en vigueur le 1er octobre 2011. Il a succédé à une ancienne disposition réglementaire qui fixait le 1er janvier 2006 comme date de référence. L'OFEN a expliqué comme suit cette modification : 33 « L'année de référence déterminante pour déterminer si une installation est notablement agrandie ou renouvelée n'est

plus actuelle et doit être redéfinie. Cela devra se répéter de manière périodique. La compétence correspondante doit donc être attribuée au Département. L'année de référence doit désormais s'appliquer de manière uniforme pour toutes les technologies. Il serait superflu de procéder à une actualisation périodique si au lieu de prendre une année précise comme référence, on optait pour un nombre d'années antérieures. Etant donné le risque d'abus (p. ex. mises hors service intentionnelles afin d'aller au-delà des critères), cela ne représente cependant pas une solution. » (Rapport explicatif du 10 février 2011 concernant la Révision de l'ordonnance sur l'énergie [OEne] : attestation

10/16

d'origine, rétribution du courant injecté à prix coûtant [RPC], appels d'offres publics et contributions globales et la révision de l'ordonnance du DETEC sur l'attestation du type de production et de l'origine de l'électricité, commentaire ad article 3a, alinéa 2, p. 11, téléchargeable sous [www.admin.ch](http://www.admin.ch) ■ Droit fédéral ■ Procédure de consultation ■ Procédure de consultation et d'audition terminées ■ Procédures ouvertes en 2011 ■ Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication, consulté le 14 avril 2014). 34 Ainsi, il découle de ce qui précède que, au moment de la mise en service, la production d'électricité ou le taux d'utilisation de l'électricité de l'installation se prévalant de la qualification d'installation doit être comparée à la moyenne des cinq dernières années d'exploitation complètes (période de comparaison) précédant une date de référence déterminante. A l'issue de la procédure de consultation de 2007, le détenteur du pouvoir réglementaire a opté pour une période de comparaison précise basée sur une année de référence déterminante redéfinissable périodiquement sur décision du DETEC (actuellement les cinq dernières années d'exploitation complètes précédant le 1er janvier 2010 selon l'article 3a, alinéa 2, OEne). Ce choix s'est opéré sciemment au détriment d'une période mobile définie par un nombre déterminé d'années antérieures précédant la mise en service afin de lutter contre certains types d'abus (cf. ch. marg. 32). 35 Enfin, et contrairement à ce qu'affirme la requérante, il y a lieu de préciser que la fluctuation de production réalisée entre le 1er janvier 2006 et le 31 décembre 2009 ne disparaît pas. Elle est simplement prise en compte dans les périodes de comparaison successivement redéfinies. Ainsi, dans sa teneur au 1er janvier 2009, en vigueur jusqu'au 1er octobre 2011, le chiffre 1.2 de l'appendice 1.1, OEne arrêta la date de référence au 1er janvier 2006, laissant ainsi la possibilité aux porteurs de projet de faire prendre en compte l'accroissement de production réalisé entre le 1er janvier 2006 et le 30 septembre 2011. La période de comparaison actuelle, en vigueur depuis le 1er octobre 2011, en s'étendant aux cinq années précédant le 1er janvier 2010, couvre à nouveau une partie de l'ancienne période, limitant ainsi les effets abrupts d'un système en pallier. Il y a toutefois lieu de remarquer qu'à l'avenir, lorsque le DETEC redéfinira la période de comparaison comme l'ordonnance le lui en donne la compétence, le taux d'augmentation de la production d'électricité selon l'article 3a, alinéa 2, OEne s'abaissera encore par rapport à la nouvelle période de comparaison si aucun agrandissement ou rénovation complémentaires n'est réalisé par la requérante sur l'installation faisant l'objet de la présente procédure. 36 En d'autres termes, la période de comparaison actuelle s'étend aux cinq années précédant la date de référence déterminante du 1er janvier 2010.

#### **E. 5.4**

Hiérarchie des normes 37 Pour la requérante, l'état de la centrale au 1er janvier 2006 doit être comparé avec celui qui prévaut au moment de la requête, en tenant compte de toutes les

mesures d'amélioration effectuées entre-temps et en quantifiant, sur une base théorique, le potentiel d'augmentation de la production qu'entraînent tous les travaux effectués (appréciation par un spécialiste indépendant de la production d'électricité sur la base de la hauteur de chute, de la quantité d'eau disponible et du degré d'efficacité de l'ancienne et de l'actuelle installation) (cf. ch. marg. 5 et 13). Ainsi, à son sens, l'article 3a, alinéa 2, OEné contrevient à l'article article 7a, alinéa 1, 2e phrase, LEné. Dès lors, en vertu du principe de la hiérarchie des normes qui postule la primauté de la loi sur l'ordonnance, le second devrait primer le premier.

11/16

38 Le principe de la hiérarchie des normes poursuit l'objectif d'assurer la cohérence de l'ensemble des différentes sources de droit en attribuant à chaque source un rang, en une construction pyramidale, où les règles de droit de rang supérieur l'emportent sur toutes celles de rangs inférieurs. En droit fédéral, la Constitution prime sur la loi qui elle-même prime sur l'ordonnance (cf. notamment MOOR PIERRE, *Droit administratif – Volume I – Les fondements généraux*, Berne 1994, ch. 2.2.1.1, p. 81). 39 Selon le principe de légalité, toute activité de l'Etat repose sur une base légale (article 5, alinéa 1, de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 ; Cst. ; RS 101). Lorsque le législateur transfère ses compétences législatives à l'autorité exécutive (au niveau fédéral notamment au Conseil fédéral), on parle de délégation législative. Le législateur, dans une loi au sens formel, donne ainsi à l'exécutif le pouvoir d'édicter des ordonnances de substitution. En revanche, les ordonnances d'exécution ne constituent pas un cas de délégation, étant donné que pour édicter ce type de prescriptions le Conseil fédéral dispose d'une compétence constitutionnelle directe (cf. article 182, alinéa 2, Cst. ; TSCHANNEN PIERRE in : EHRENZELLER / MASTRONARDI / SCHWEIZER / VALLENDER, *Die schweizerische Bundesverfassung – Kommentar [Kommentar BV]*, 2e édition, Zürich 2008, ch. marg. 34 ad article 164 ; SÄGESSER THOMAS, in : *Kommentar BV*, ch. marg. 17 ad article 182). 40 La délégation législative est admise lorsqu'elle n'est pas exclue par la Constitution, qu'elle figure dans une loi au sens formel, qu'elle se rapporte à une matière clairement déterminée, et que les lignes fondamentales de la réglementation déléguée, c'est-à-dire les règles de droit importantes, sont contenues dans la loi (article 164, alinéa 1 et 2 Cst. ; ATF 128 I 113 consid 3c ; TAF, arrêt du 25 mars 2009, A-1751/2006, consid. 2.2 ; ATAF 2010/49, consid. 8.3 et 8.3.1) 41 Pour la requérante, le principe de la hiérarchie des normes suppose l'application de la loi au détriment de l'ordonnance. Tel n'est toutefois pas le cas en l'espèce. En effet, premièrement, la Constitution n'interdit pas cette délégation de compétence. Deuxièmement, l'article 7a, alinéa 2, 3e phrase, LEné prévoit que le Conseil fédéral règle les modalités, ce qui constitue une norme formelle de délégation de compétence. Ensuite, celle-ci se rapporte à une matière déterminée, à savoir aux modalités d'application de la RPC, en particulier au mode de calcul. Enfin, la clause de délégation contient les lignes fondamentales de la réglementation déléguée (critères). En effet, l'article 7a, alinéa 2, LEné prévoit notamment que la rétribution est calculée d'après les coûts de production prévalant la même année pour les installations de référence qui correspondent à la technique la plus efficace. L'article 7a, alinéa 1, LEné prévoit en outre que sont considérées comme nouvelles les installations mises en service, notamment agrandies ou renouvelées après le 1er janvier 2006. Ainsi, dans le cas d'espèce, l'article 3a, alinéa 2, OEné ne contrevient pas à l'article 7a, alinéa 1, 2e phrase, LEné. En effet, alors que la disposition légale se limite à préciser le moment à partir duquel une installation peut éventuellement

être qualifiée de nouvelles installations susceptible de bénéficier du régime de la RPC, la disposition réglementaire précise et concrétise la notion d'installation considérablement agrandie ou rénovée assimilée à une nouvelle installation au sens de l'article 7a, LEn. Les dispositions légale et réglementaire ne sont dès lors pas contraires mais complémentaires. Elles n'entrent ainsi pas en collision, si bien que l'article 3a, alinéa 2, OEn ne s'applique pas et n'est pas rendu inefficace par l'article 7a, LEn, mais le complète.

### **E. 5.5**

Synthèse 42 L'article 3a, OEn précise et concrétise la notion d'installation considérablement agrandie ou rénovée au sens de l'article 7a, LEn alors que ce dernier se limite à préciser que ne sont susceptibles d'être qualifiées de nouvelles installations que celles mises en service, notamment agrandies ou rénovées, après le 1er janvier 2006. Ainsi, l'article 3a, alinéa 2, OEn ne contrevient pas à l'article 7a, alinéa 1, 2e phrase, LEn. En effet, la disposition réglementaire précise et concrétise la notion d'installations

12/16

considérablement agrandies ou rénovées qui sont assimilés à de nouvelles installations au sens de l'article 7a LEn. Ainsi, la date de référence déterminante pour la période de comparaison est le 1er janvier 2010. La période de comparaison s'étend dès lors aux cinq dernières années d'exploitation complète avant le 1er janvier 2010.

### **E. 6**

Mise en service 43 Dans le cas d'espèce, la requérante a réalisé plusieurs modifications successives entre le 1er janvier 2006 et le 28 janvier 2012, date de mise en service annoncée. Dans la mesure où, même en retenant le 28 janvier 2012 comme unique date de mise en service, l'installation de la requérante ne remplit pas les conditions lui permettant d'être assimilée à une nouvelle installation en application de l'article 3a, alinéa 2, OEn en lien avec le chiffre 1.2.1 de l'appendice 1.1 (cf. consid. 7), la question de savoir si cette date, indiquée par la requérante dans son annonce datée du 31 mai 2012 (act. 1, annexe 5) et qui lui est favorable, doit être considérée comme date unique de mise en service peut rester ouverte en l'espèce.

### **E. 7**

Conditions exigées par l'article 3a, alinéa 2, OEn en lien avec le chiffre 1.2.1 de l'appendice 1.1, OEn 44 Une installation est également réputée notablement agrandie ou rénovée lorsque la production d'électricité ou le taux d'utilisation de l'électricité augmente par rapport à la moyenne des cinq dernières années d'exploitation complètes précédant le 1er janvier 2010 conformément aux exigences des appendices 1.1 à 1.5 (article 3a, alinéa 2, OEn). 45 Cette disposition réglementaire dispose qu'il existe deux manières qui permettent d'établir qu'une installation est notablement agrandie ou rénovée : une augmentation de la moyenne de la production d'électricité d'une part, et du taux d'utilisation de l'électricité, d'autre part. Dans les deux cas, la comparaison se fait par rapport à la moyenne des cinq dernières années d'exploitation complètes précédant le 1er janvier 2010. Toutefois, l'adjonction « conformément aux appendices 1.1 à 1.5 » expose que ces notions sont également précisées dans l'ordonnance. Or, dans les appendices mentionnés, seule l'une ou l'autre des deux manières permettant d'établir qu'une installation est notablement agrandie ou rénovée est reconnue pour chacune des technologies soutenues. Pour les petites centrales hydrauliques, le chiffre 1.2.1 de

l'appendice 1.1 dispose que « l'augmentation de la production d'électricité selon l'art. 3, al. 2, doit atteindre au moins 20% ». Aucune mention du taux d'utilisation de l'électricité n'y est faite. En conséquence, force est donc de constater que, en ce qui concerne les petites centrales hydrauliques, le détenteur du pouvoir réglementaire a retenu que, dans le cadre de l'article 3a, alinéa 2, OEn, seule une augmentation d'au moins 20% de la moyenne de la production d'électricité permettait de qualifier une installation de notablement agrandie ou renouvelée. 46 En outre, la requérante ne saurait être suivie lorsqu'elle requiert l'application de la procédure d'appréciation de production d'électricité à l'origine dont il est question dans la Directive relative à la rétribution à prix coûtant du courant injecté [RPC] Art. 7a LEn Petites centrales hydrauliques [appendice 1.1 OEn] – version 1.3 du 1er octobre 2011, 2, ch. 1.2, page 3, dernier paragraphe (act. 7, p. 3 ; ch. marg. 11). Premièrement, l'argumentation de la requérante selon laquelle le système actuel fait dépendre l'octroi de la RPC de la pluviométrie et des conditions climatiques ne saurait être suivie. En effet, cet élément a été pris en compte par le détenteur du pouvoir réglementaire au moment où il a adopté les dispositions réglementaires pertinentes. En prolongeant de deux à cinq ans la période de référence (cf. consid. 5.3), la révision d'octobre 2011 a eu pour conséquence d'atténuer les effets de variation de pluviométrie et des conditions climatiques, une année a forte ou faible pluviométrie ayant un impact moins important dans un calcul basé sur cinq années plutôt que sur deux. Ensuite, dans la

13/16

mesure où la disposition réglementaire établit une procédure conforme à la loi (cf. consid. 5.4), un calcul différent tel que proposé par la requérante ne saurait entrer en ligne de compte. De plus, la procédure dont se prévaut la requérante est clairement supplétive dans la mesure où elle n'est pas explicitement prévue dans l'ordonnance et que sa formulation subordonne l'appréciation de production à la réalisation de la condition de l'absence des données de production effectives. Le texte dispose en effet que « si les données de production des cinq dernières années d'exploitation complètes précédant le 1er janvier 2010 ne sont plus disponibles, il faut apprécier la production d'électricité à l'origine sur la base de la hauteur de chute, de la quantité d'eau disponible et du degré d'efficacité de l'ancienne ou de l'actuelle installation. Un spécialiste dûment qualifié doit procéder à une appréciation correspondante, par exemple dans le cadre d'une étude préliminaire. » Le caractère subsidiaire de cette procédure d'estimation étant établi, celle-ci ne saurait être appliquée au cas d'espèce dans la mesure où la production effective des cinq dernières années d'exploitation complètes précédant le 1er janvier 2010 de l'installation de production de la requérante est connue (act. 1, annexe 2, act. 4 et act. 7). Il y a dès lors lieu de la considérer comme établie, si bien qu'il n'y a pas de place pour l'application d'une telle procédure supplétive dans le cas d'espèce. L'article 3a, alinéa 2, OEn est donc pleinement applicable au cas d'espèce. 47 Ainsi, dans le cas d'espèce, la production d'électricité projetée s'élève à 3'400'000.00 kWh/a (annonce, p. 5 [act. 1, annexe 5 ; act. 6] et décision du 29 août 2012 de la participante à la procédure [act. 1, annexe 2]). En 2009, cette dernière était de 3'021'028.00 kWh/a, en 2008 de 3'439'408.00 kWh/a, en 2007 de 3'865'335.00 kWh/a, en 2006 de 3'400'260.00 kWh/a et en 2005 de 2'884'260.00 kWh/a (annonce p. 6, act. 1, annexe 5 ; act. 6 ; act. 7, annexe 1). La moyenne des cinq dernières années d'exploitation complètes avant le 1er janvier 2010 s'élevait donc à 3'322'058.20 kWh/a. Les 3'400'000.00 kWh/a projetés ne constitueraient donc qu'une hausse d'un peu plus de 2.3 % au lieu des 20% minimaux requis, ce qui ne permet pas de qualifier

l'installation de la requérante de notablement agrandie ou rénovée au sens de l'article 3a, alinéa 2, OEn. La requête du 28 septembre 2012 doit donc être rejetée. 48 De plus, il y a lieu de préciser que si le détenteur du pouvoir réglementaire avait retenu que la date de référence était mobile et correspondait à la date d'avis de mise en service de l'installation de production (cf. également consid. 5.3), en l'espèce les cinq dernières années d'exploitation complètes précédant le 28 janvier 2012, l'augmentation de production serait encore plus faible, la moyenne, prenant déjà en compte les agrandissements réalisés, étant nécessairement plus élevée.

## **E. 8**

Pas d'analogie avec l'OPB 49 La notion d'installation notablement modifiée est mentionnée à l'article 8, de l'ordonnance du 15 décembre 1988 sur la protection contre le bruit (OPB ; RS 814.41). L'OPB est une ordonnance d'exécution de la LPE entrée en vigueur le 1er janvier 1985. 50 Dans son mémoire du 5 juin 2013 (act. 7, ch. marg. 11), la requérante relève à titre de comparaison que, en matière de protection contre le bruit, l'on compare la situation actuelle avec celle existante au 1er janvier 1985, date d'entrée en vigueur de la LPE. Elle en tire deux conclusions : la première réside dans le fait que la date déterminante est celle de l'entrée en vigueur de la loi, et non de l'ordonnance, et la seconde est que l'on ne compare pas le développement d'un établissement public chaque fois isolément par rapport à la dernière transformation intervenue, mais globalement et par rapport à la situation de l'établissement tel qu'elle se présentait au 1er janvier 1985. 51 Premièrement, en ce qui concerne la date de référence déterminante, force est de constater que le système LPE / OPB se distingue du système de la RPC développé dans la LEn / OEn en ceci que

14/16

le premier tend à limiter les nuisances sonores alors que le second instaure un programme de soutien aux énergies renouvelables qui a pour vocation l'augmentation permanente de la production d'électricité. A la différence du système LEn / OEn, ni la LPE, ni l'OPB ne contiennent expressément de date de référence déterminante. Faute de date de référence déterminante expresse, la jurisprudence ne s'est pas prononcée sur la conformité de l'ordonnance à la loi mais a rattaché l'entrée en vigueur du nouveau régime à la date d'entrée en vigueur de la loi. De ce point de vue le cas est donc différent et la requérante ne saurait dès lors être suivie. 52 Deuxièmement, la question de savoir s'il y a lieu de retenir chaque développement pris isolément par rapport à la dernière transformation intervenue ou globalement et par rapport à la situation de l'installation tel qu'elle se présentait à la date de référence déterminante peut rester ouverte en l'espèce. En effet, même en retenant le 28 janvier 2012 comme date unique de mise en service, l'installation de la requérante ne remplit pas les conditions lui permettant d'être assimilée à une nouvelle installation en application de l'article 3a, alinéa 2, OEn (cf. consid. 6 et 7). 53 Ainsi, la jurisprudence concernant la date de référence déterminante en matière de protection contre le bruit et la question de la mise en service ne peut être appliquée par analogie au régime de la RPC.

## **E. 9**

Dépens 54 Tant la requérante (act. 1) que la participante à la procédure (act. 4) concluent à l'octroi de dépens. Toutefois, ni la législation sur l'approvisionnement en électricité, ni la PA ne prévoient l'allocation de dépens dans le cadre d'une procédure de première instance. En outre, il n'y a pas de place pour une application par analogie de l'article 64, PA, lequel concerne la procédure de recours, à la procédure de première instance. En effet, il ne s'agit

pas d'une lacune proprement dite. Au contraire, le législateur connaissait cette particularité et il l'a voulue (ATF 132 II 47, consid. 5.2 et références citées). En conséquence, il n'y a pas lieu d'allouer de dépens en l'espèce (voir notamment : ElCom, décision partielle du 17 octobre 2013, 233-00011 [anc. 922-12-021], consid. 8, p. 32 et références citées).

#### **E. 10**

Emoluments 55 Pour ses décisions dans les domaines de l'approvisionnement en électricité et de production d'énergie, l'ElCom prélève des émoluments (article, 21 alinéa 5, LApEl, article 13a, Oémol-En). Ces émoluments sont calculés en fonction du temps consacré au dossier et varient suivant la classe de fonction du personnel exécutant de CHF 75.- à 250.- l'heure (article 3, Oémol-En). 56 Pour la présente procédure, l'émolument perçu s'élève à CHF [V], représentant [V] heures de travail facturée au tarif de CHF 250/heure, [V] heures de travail facturées au tarif de CHF 200/heure et [V] heures au tarif de CHF 180/heure. 57 Celui qui provoque une décision est tenu de payer l'émolument (article 1 alinéa 3 Oémol-En en lien avec l'article 2 alinéa 1, OGEmol). 58 Or, en l'espèce, la requérante qui succombe a provoqué cette décision par sa demande dans la mesure où ses griefs n'étaient pas fondés. Par conséquent, l'émolument de la présente procédure est mis à la charge de la requérante.

15/16

#### **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.