



Beschwerde abgewiesen:
Urteil A-2901/2014 des
Bundesverwaltungsgerichts

Nos références : 221-00011 (anc. 941-12-065)

Berne, le 15 avril 2014

DECISION

de la Commission fédérale de l'électricité (ElCom)

Composition : Carlo Schmid-Sutter (Président), Antonio Taormina (Vice-président),
Christian Brunner, Aline Clerc, Matthias Finger

en l'affaire : **Bleue-Verte SA**, Choindez, 2830 Courrendlin
représentée par M^e Vincent Willemin, Etude BRWP, Place de la Gare 18,
case postale 169, 2800 Delémont

(la requérante)

contre **Swissgrid SA**, Régulation, Dammstrasse 3, case postale 22, 5070 Frick

(la participante à la procédure)

concernant la rétribution à prix coûtant du courant injecté (RPC) : mode de calcul et période
de comparaison permettant de qualifier une petite centrale hydraulique de nou-
velle au motif qu'elle est notablement agrandie ou renouvelée.



Table des matières

I	Exposé des faits	3
II	Considéranrs	7
1	Compétence	7
2	Parties	7
3	Généralités sur la rétribution à prix coûtant du courant injecté (RPC)	7
4	Objet du litige	8
5	Période de comparaison et légalité de l'article 3a, alinéa 2, OEne	8
5.1	Généralités	8
5.2	Du 1 ^{er} janvier 2006 comme date de lancement du programme RPC (article 7a, alinéa 1, 2 ^e phrase, LEne)	9
5.3	Du 1 ^{er} janvier 2010 comme date de référence déterminante pour la période de comparaison (article 3a, alinéa 2, OEne)	9
5.4	Hierarchie des normes	10
5.5	Synthèse	11
6	Mise en service	12
7	Conditions exigées par l'article 3a, alinéa 2, OEne en lien avec le chiffre 1.2.1 de l'appendice 1.1, OEne	12
8	Pas d'analogie avec l'OPB	13
9	Dépens	14
10	Emoluments	14
III	Dispositif	15
IV	Indication des voies de recours	16



I Exposé des faits

A.

- 1 Par courrier recommandé du 31 mai 2012 (act. 1, annexe 5), A SA, agissant en qualité de mandataire de Bleue-Verte SA (ci-après : la requérante), a déposé une annonce pour la rétribution à prix coûtant du courant injecté (ci-après : RPC) pour une petite centrale hydraulique. Celle-ci portait sur le projet dénommé « PCH Choindez » (Projet RPC : 85851). Il ressort de cette requête la chronologie suivante. L'aménagement hydraulique de Choindez est ancien. Depuis sa création par l'usine von Roll en 1844 afin d'exploiter l'énergie motrice hydraulique sans production d'électricité, il a fait l'objet de nombreuses adaptations au cours du temps. Depuis 1887, il est destiné à la production d'énergie électrique. La requérante a repris l'aménagement hydraulique de von Roll en 2002, sans qu'ait eu lieu d'interruption de production. Elle a depuis lors continuellement effectué des transformations visant à améliorer la production électrique. Selon elle, la somme des mesures appliquées entre le 1^{er} janvier 2006 et le 28 janvier 2012, date de mise en service annoncée, contribuent à une augmentation de production nette de 23.8% si l'on se réfère à l'année 2004 et de 21.5% si l'on considère l'année 2005 comme référence. La requérante estime ainsi que l'installation peut être qualifiée de considérablement agrandie selon les définitions de l'ordonnance du 7 décembre 1998 sur l'énergie (OEne ; RS 734.71).

B.

- 2 Par lettre recommandée du 29 août 2012 (act. 1, annexe 2), Swissgrid SA (ci-après : la participante à la procédure) a rejeté cette annonce en vue de la RPC. Pour elle en effet, l'installation de production de la requérante ayant été mise en service avant le 1^{er} janvier 2006, elle ne pourrait éventuellement prétendre à la RPC qu'au titre d'installation notablement agrandie ou rénovée au sens des articles 7a, de la loi du 26 juin 1998 sur l'énergie (LEne ; RS 730.0) et 3a, alinéas 1 et 2, OEne. Or, les conditions exigées par cette dernière disposition réglementaire pour qu'une installation soit qualifiée de notablement agrandie ou rénovée ne seraient pas remplies en l'espèce.
- 3 La lettre recommandée de la participante à la procédure du 29 août 2012 (act. 1, annexe 2), qualifiée de « décision » par elle-même, indique notamment, sous le titre « Possibilité d'évaluation de la décision par l'EiCom » : « Si vous n'approuvez pas cette décision, vous pouvez, dans un délai de 30 jours à compter de la date où elle a été rendue, demander à la Commission de l'électricité (EiCom) de statuer sur votre demande. Une demande respective est à envoyer à la Commission fédérale de l'électricité, 3003 Berne. ».

C.

- 4 Par mémoire de demande du 28 septembre 2012 (act. 1), la requérante, agissant par M^e Vincent Willemin, avocat à Delémont, conclut :
« En annulation de la décision de Swissgrid SA du 29 août 2012 :
 1. Constaté que l'installation de la demanderesse remplit les conditions pour la rétribution à prix coûtant du courant injecté au sens de l'art. 7a al. 1 LEne.
 2. Partant, admettre la demande de rétribution à prix coûtant présentée par Bleue-Verte SA le 31 mai 2012.
 3. Sous suite des frais et dépens. »



- 5 A l'appui de sa demande, la requérante se prévaut notamment des éléments essentiels suivants. Premièrement, elle estime que l'article 3a, alinéa 2, OEn est contraire à l'article 7a, LEn dans la mesure où son application aurait pour conséquence de ne pas prendre en considération les agrandissements ou rénovations intervenues entre le 1^{er} janvier 2006 et le 31 décembre 2009. En outre, le recours à la production effective durant ces années-là ferait essentiellement dépendre l'admission à la RPC de la pluviométrie et des conditions climatiques. Ainsi, la participante à la procédure serait dans l'erreur lorsqu'elle compare la production projetée au jour de la mise en service selon l'avis de mise en service avec la production moyenne de l'installation pour les années 2005 à 2009 comme le prévoit l'ordonnance. Pour la requérante en effet, la loi qualifie de nouvelles installations les installations mises en service, notamment agrandies ou rénovées après le 1^{er} janvier 2006. Elle se prévaut dès lors du principe de la hiérarchie des normes qui suppose l'application de la loi au détriment de l'ordonnance et conteste ainsi le mode de calcul pris en considération dans l'ordonnance qui ne serait pas conforme au sens et à l'esprit de la loi. Selon elle en effet, il conviendrait d'apprécier la réalisation de la condition de l'agrandissement ou de la rénovation notable au regard du pourcentage d'augmentation de production qu'entraîne chacun des travaux de rénovation ou d'agrandissement effectués. Cette appréciation devrait être effectuée par un expert neutre. Selon ses propres calculs pour lesquels elle a répertorié toutes les mesures d'amélioration effectuées entre le 1^{er} janvier 2006 et le 28 janvier 2012, date de mise en service annoncée, l'augmentation de production induite s'élèverait à 23.8% sur la base de production de l'année 2004 et à 21.5% sur la base de production de l'année 2005 (act. 1, p. 5 et annexes 6 et 7).

D.

- 6 Par mémoire de réponse du 11 avril 2013 (act. 4), la participante à la procédure conclut :
- « Das Gesuch vom 28. September 2012 sei vollumfänglich abzuweisen.
Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. »*
- 7 A l'appui de ses conclusions, la participante à la procédure s'est notamment prévalu des éléments essentiels suivants. Premièrement, elle soulève que, pour qu'une installation puisse être considérée comme notablement agrandie ou rénovée au sens de l'article 7a, LEn, il faut qu'elle remplisse les conditions de l'article 3a, alinéas 1 ou 2, OEn. Ainsi, la requérante serait dans l'erreur en soulevant la contrariété de cette disposition réglementaire avec la disposition légale. Pour elle en effet, l'ordonnance concrétise la loi en précisant quand une installation peut être qualifiée de nouvelle installation au sens de l'article 7a, LEn. Ainsi, pour pouvoir prétendre à cette qualification, les agrandissements ou rénovations doivent préalablement avoir été réalisés après le 1^{er} janvier 2006. Or, selon l'article 3a, alinéa 2, OEn, 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 1^{er} janvier 2010 conformément aux exigences des appendices 1.1 à 1.5 ; le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication DETEC peut redéfinir dans les appendices la date de référence déterminante pour la période de comparaison. Pour la participante à la procédure, les cinq ans qui précèdent le 1^{er} janvier 2010 ne constituent en fait que la période de comparaison à laquelle est comparée la production d'électricité, respectivement le taux d'utilisation de l'électricité, issue d'installations ayant subies des agrandissements ou rénovations notables postérieures au 1^{er} janvier 2006. Cette période de comparaison sera à nouveau adaptée après l'écoulement d'un certain temps. En outre, la prolongation de la période de deux à cinq ans introduite avec la révision d'octobre 2011 vise à réduire l'impact de la pluviométrie dans le calcul.



- 8 La participante à la procédure admet que le fait que l'installation ait été mise en service en 1960 au lieu de 2002 ne change rien à la décision. Elle interprète le fait que la requérante ne se soit pas prononcée sur la question de l'application de l'article 3a, alinéa 1, OEné, comme une reconnaissance par celle-ci qu'elle n'en remplit pas les conditions d'application. Elle expose ensuite le calcul qui lui permet de dire que la production d'électricité de l'installation de la requérante ne remplit pas les conditions lui permettant d'être qualifiée d'installation notablement agrandie ou rénovée au sens de l'article 3a, alinéa 2. Le calcul concret réalisé par la participante à la procédure est le suivant (décision du 29 août 2012 de la participante à la procédure ; act. 1, annexe 2 et act. 4, lettre c, p. 7) :

*« La production d'électricité projetée de l'installation annoncée s'élève ici à 3'400'000.00 kWh/a. 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. La moyenne des cinq dernières années d'exploitation complètes avant le 1^{er} 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'environ **2 %** au lieu des 20% minimaux requis. »*

- 9 Enfin, la participante à la procédure se prévaut des articles 25, alinéa 1bis, LEné, 63, alinéa 1, de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021), 4a, lettre b, de l'ordonnance du 10 septembre 1969 sur les frais et indemnités en procédure administrative (RS 172.041.0), 4, alinéa 2, de l'ordonnance du 22 novembre 2006 sur les émoluments et les taxes de surveillance dans le domaine de l'énergie (Oémol-En ; 730.05) et 3, alinéa 2, lettre a, de l'ordonnance générale sur les émoluments du 8 septembre 2004 (OGE mol ; RS 172.041.1) pour requérir l'octroi de dépens.

E.

- 10 Par courrier du 29 mai 2013 (act. 6), la participante à la procédure a produit deux classeurs de pièces faisant partie intégrante du dossier et déposées auprès d'elle par la requérante.

F.

- 11 Par mémoire non-sollicité du 5 juin 2013 (act. 7), la requérante confirme son argumentation qu'elle complète par les éléments essentiels suivants. La méthode appliquée par la participante à la procédure aurait pour conséquence de diluer, sans aucun fondement, l'effet des mesures d'amélioration à la centrale hydraulique de la requérante appliquées sur plusieurs années plutôt que sur une seule dans la mesure où le débit des cours d'eau est variable et que les travaux ont été effectués en continu et pas uniquement à une date précise. Elle réitère ainsi qu'il y a lieu de comparer l'état de la centrale au 1^{er} janvier 2006 avec celui qui prévaut au moment de la requête, en tenant compte de toutes les mesures d'amélioration effectuées entre-temps et en qualifiant, sur une base théorique, le potentiel d'augmentation de la production qu'entraînent tous les travaux effectués. Elle requiert également l'application du mode de calcul applicable aux cas d'espèce où les données de production des cinq dernières années complètes précédant le 1^{er} janvier 2010 ne sont plus disponibles (Directive relative à la rétribution à prix coûtant du courant injecté [RPC] Art. 7a LEné Petites centrales hydrauliques [appendice 1.1 OEné] – version 1.3 du 1^{er} octobre 2011, page 3).
- 12 Enfin, la requérante compare le calcul qui permet de déterminer si une installation peut être considérée comme notablement agrandie ou rénovée à celui appliqué en matière de protection contre le bruit. Ainsi, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral en la matière, lors de transformations répétées opérées dans un établissement public, on appliquera les valeurs de planification, prévues pour les installations nouvelles, en lieu et place des valeurs d'immission, si, et par rapport à la date déterminante du 1^{er} janvier 1985 (entrée en vigueur de la loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la



protection de l'environnement [LPE ; RS 814.01], article 67), les étapes successives de développement de l'établissement en cause sont telles que ce changement doit être assimilé à la réalisation d'une installation nouvelle. Par analogie, elle en conclut que, pour le cas d'espèce, il faut prendre en considération les mesures d'amélioration effectuées depuis le 1^{er} janvier 2006 globalement et examiner si, par rapport à la situation actuelle, celles-ci, en les cumulant, permettent une augmentation de la production d'électricité de 20%. Or, tel serait précisément le cas en l'espèce.

- 13 En d'autres termes, la requérante conteste non seulement la date de référence de la période de comparaison (1^{er} janvier 2006 en lieu et place du 1^{er} janvier 2010), mais également le mode de calcul pris en considération dans l'ordonnance. Ainsi, pour elle, il faut comparer l'état de la centrale au 1^{er} janvier 2006 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). Pour elle, les mesures d'amélioration effectuées ainsi calculées permettent une augmentation de la production de 20% permettant de qualifier son installation de notablement agrandie ou rénovée (sur le détail du calcul, cf. act. 7 en parallèle avec l'act. 1, annexes 6 et 7).

G.

- 14 Sur question du Secrétariat technique de l'EiCom du 24 février 2014 (act. 9), la requérante a déposé, en date du 6 mars 2014, une prise de position par courrier et courriel (act. 11). Elle établit l'augmentation du taux d'utilisation de l'électricité et expose la méthode retenue et les formules appliquées.

H.

- 15 Il sera revenu ci-après autant que nécessaires sur les éléments de faits.



II Considérants

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, OEna 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).

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 de la qualité de partie au sens de l'article 6, PA.

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, 1^{ère} 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, 1^{ère} 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, OEna).



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

4 Objet du litige

- 24 La loi dispose que, sont considérées comme nouvelles, les installations mises en service, notamment agrandies ou rénovées après le 1^{er} janvier 2006 (article 7a, alinéa 1, *i.f.*, LEne) et l'ordonnance prévoit qu'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 1^{er} 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).

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

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 notablement 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 1^{er} janvier 2010. Toutefois, pour la requérante, l'article 3a, alinéa 2, OEne entre en conflit avec l'article 7a, alinéa 1, 2^e phrase, LEne qui dispose que sont considérées comme nouvelles les installations mises en service, notamment agrandies ou rénovées après le 1^{er} 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, 2^e phrase, LEne et 3a, alinéa 2, OEne.



5.2 Du 1^{er} janvier 2006 comme date de lancement du programme RPC (article 7a, alinéa 1, 2^e phrase, LEne)

- 28 Sont considérées comme nouvelles les installations mises en service, notamment agrandies ou renouvelées après le 1^{er} janvier 2006 (article 7a, alinéa 1, 2^e phrase, LEne).
- 29 Afin de rentabiliser également la rénovation ou l'agrandissement d'installations mises en service avant le 1^{er} 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 → 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 1^{er} 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, 2^e 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.

5.3 Du 1^{er} 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 1^{er} 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 1^{er} octobre 2011. Il a succédé à une ancienne disposition réglementaire qui fixait le 1^{er} 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



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 → 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 1^{er} janvier 2010 selon l'article 3a, alinéa 2, OEné). 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 1^{er} 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 1^{er} janvier 2009, en vigueur jusqu'au 1^{er} octobre 2011, le chiffre 1.2 de l'appendice 1.1, OEné arrêta la date de référence au 1^{er} janvier 2006, laissant ainsi la possibilité aux porteurs de projet de faire prendre en compte l'accroissement de production réalisé entre le 1^{er} janvier 2006 et le 30 septembre 2011. La période de comparaison actuelle, en vigueur depuis le 1^{er} octobre 2011, en s'étendant aux cinq années précédant le 1^{er} 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, OEné 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 1^{er} janvier 2010.

5.4 Hiérarchie des normes

- 37 Pour la requérante, l'état de la centrale au 1^{er} 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 7a, alinéa 1, 2^e 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.



- 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]*, 2^e 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, 3^e phrase, LEne 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, LEne 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, LEne prévoit en outre que sont considérées comme nouvelles les installations mises en service, notamment agrandies ou rénovées après le 1^{er} janvier 2006. Ainsi, dans le cas d'espèce, l'article 3a, alinéa 2, OEne ne contrevient pas à l'article 7a, alinéa 1, 2^e phrase, LEne. 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, LEne. 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, OEne n'est pas rendu inefficace par l'article 7a, LEne, mais le complète.

5.5 Synthèse

- 42 L'article 3a, OEne précise et concrétise la notion d'installation considérablement agrandie ou rénovée au sens de l'article 7a, LEne 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 1^{er} janvier 2006. Ainsi, l'article 3a, alinéa 2, OEne ne contrevient pas à l'article 7a, alinéa 1, 2^e phrase, LEne. En effet, la disposition réglementaire précise et concrétise la notion d'installations



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

6 Mise en service

- 43 Dans le cas d'espèce, la requérante a réalisé plusieurs modifications successives entre le 1^{er} 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, OEné 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.

7 Conditions exigées par l'article 3a, alinéa 2, OEné en lien avec le chiffre 1.2.1 de l'appendice 1.1, OEné

- 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 1^{er} janvier 2010 conformément aux exigences des appendices 1.1 à 1.5 (article 3a, alinéa 2, OEné).
- 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 1^{er} 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, OEné, seule une augmentation d'au moins 20% de la moyenne de la production d'électricité permettait de qualifier une installation de notablement agrandie ou rénovée.
- 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 LEné Petites centrales hydrauliques [appendice 1.1 OEné] – version 1.3 du 1^{er} 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 à forte ou faible pluviométrie ayant un impact moins important dans un calcul basé sur cinq années plutôt que sur deux. Ensuite, dans la



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 1^{er} 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 1^{er} 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, OEne 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 1^{er} 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, OEne. 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.

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 1^{er} 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 1^{er} 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 1^{er} 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 LEne / OEne en ceci que



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 LEné / OEné, 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, OEné (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.

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).

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 [...], représentant [...] heures de travail facturée au tarif de CHF 250/heure, [...] heures de travail facturées au tarif de CHF 200/heure et [...] 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.



III Dispositif

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

1. L'EiCom rejette la requête de rétribution à prix coûtant de Bleue-Verte SA.
2. L'EiCom n'alloue pas de dépens aux parties.
3. L'émolument pour la présente procédure s'élève à CHF [...].. Il est mis à la charge de Bleue-Verte SA. La facture sera envoyée après l'entrée en force de la présente décision.
4. La présente décision est notifiée aux parties par lettre recommandée.

Berne, le 15 avril 2014

Commission fédérale de l'électricité (EiCom)

Carlo Schmid-Sutter
Président

Renato Tami
Directeur de l'EiCom

Envoi :

À notifier par lettre recommandée à :

- Bleue-Verte SA, Choindez, 2830 Courrendlin
représentée par M^e Vincent Willemin, Etude BRWP, Place de la Gare 18, case postale 169,
2800 Delémont
- Swissgrid SA, Régulation, à l'attention de [...], Dammstrasse 3, case postale 22, 5070 Frick

Pour information :

- Office fédéral de l'énergie OFEN, Section Droit de l'énergie et droit général (AR), 3003 Berne



IV Indication des voies de recours

Il peut être formé recours contre la présente décision dans les 30 jours dès la notification. Le recours doit être adressé au Tribunal administratif fédéral, Case postale, 9023 St-Gall. Le délai ne court pas :

- a) du 7^e jour avant Pâques au 7^e jour après Pâques inclusivement ;
- b) du 15 juillet au 15 août inclusivement ;
- c) du 18 décembre au 2 janvier inclusivement (articles 23 LApEI, 22a et 50 PA).

Le recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire. La décision attaquée et les pièces invoquées comme moyens de preuve, lorsqu'elles se trouvent en mains du recourant, sont à joindre au recours (article 52, alinéa 1, PA).