



Beschwerde gutgeheissen:
Urteil A-265/2012 des
Bundesverwaltungsgerichtes

Nos références: 941-11-003

Berne, le 17 novembre 2011

DECISION

de la Commission fédérale de l'électricité (ElCom)

Composition : Carlo Schmid-Sutter (Président), Brigitta Kratz (Vice-présidente), Hans Jörg Schötzau (Vice-président), Anne Christine d'Arcy, Aline Clerc, Matthias Finger, Werner K. Geiger

en l'affaire : **[A. X.]**
représenté par [N]

(le requérant n. 1)

et **[B. X.]**

(le requérant n. 2)

contre **swissgrid SA**, Dammstrasse 3, Case postale 22, 5070 Frick

(la participante à la procédure)

concernant la révocation du 18 mars 2011 de la rétribution à prix coûtant du courant injecté RPC (projet-RPC [...]) conformément à l'article 3h alinéa 4 OEné 2009.



Table des matières

I	Exposé des faits	3
	Considérants	4
1	Compétence	4
.1	Compétence de l'EICOM	4
.2	Nature juridique des décisions de la participante à la procédure	4
2	Parties	6
3	Allégués des parties	6
.1	Requérants	6
.2	Participante à la procédure	7
4	Révocation de la rétribution à prix coûtant du courant injecté pour cause de non-respect des délais	8
.1	Bases légales	8
.2	Formalisme excessif	9
.3	Restitution du délai	11
.4	Conclusion	11
5	Emoluments	12
6	Dépens	12
	Dispositif	13
	Indication des voies de recours	14



I Exposé des faits

A.

- 1 Par courrier recommandé du 12 février 2009 (décision ; act. 1, annexe 1), la participante à la procédure a attribué à MM. [A. X.] et [B. X.] la rétribution à prix coûtant du courant injecté (RPC) pour le projet de biomasse « [...] » (catégorie « autres installations de biomasse ») au sens de l'article 7a de la Loi du 26 juin 1998 sur l'énergie (RS 730.0 ; LEne). Elle a alors fixé un délai au 14 février 2011 pour lui communiquer l'état d'avancement du projet conformément au ch. 6.9.2 de l'appendice 1.5 de l'Ordonnance du 7 décembre 1998 sur l'énergie dans son état au 1^{er} janvier 2009 (RS 730.01 ; OEne 2009). Elle les a rendus attentifs aux conséquences d'un défaut (possibilité de révocation) et à la faculté de prolonger ce délai sur requête (ch. 2 et 3 du courrier).
- 2 Par courriel du 5 janvier 2011 adressé à « [B. X.]@[...] » (« *reminder* », act. 1, annexe 6), la participante à la procédure a rappelé l'obligation de communiquer l'état d'avancement du projet et ses conséquences ainsi que la faculté de prolonger le délai. Elle a en outre listé les documents à produire. Par courrier du 2 février 2011 notifié à M. [A. X.] (act. 1, annexe 3), elle a réitéré ce rappel, sans toutefois énumérer les pièces manquantes.
- 3 Par courrier recommandé du 18 mars 2011 adressé au requérant n. 1 (décision ; act. 1, annexe 5), la participante à la procédure a révoqué la décision positive du 12 février 2009 (act. 1, annexe 1) conformément à l'article 3h alinéa 4 OEne 2009 en raison du fait que, à l'échéance du délai (14 février 2011), la communication de l'état d'avancement du projet n'était pas complète (absence du permis de construire et de la prise de position du gestionnaire de réseau de distribution) et qu'aucune demande de prolongation de délai ne lui était parvenue.

B.

- 4 Par courrier recommandé du 11 avril 2011, le requérant n. 1 a déposé un acte intitulé « recours » contre la décision du 18 mars 2011 de la participante à la procédure révoquant la décision positive du 12 février 2009 relative à l'annonce en vue de l'octroi de la RPC selon l'article 3g alinéa 3 OEne 2009 (act. 1). Par courrier recommandé du 20 avril 2011 intervenant dans le délai, il a complété son mémoire (act. 3).

C.

- 5 Par courriers recommandés du 11 mai 2011 aux parties, le Secrétariat technique a ouvert une procédure au sens de la Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021 ; PA). Il a invité la participante à la procédure à prendre position et lui a posé les questions nécessaires à la compréhension du dossier (act. 4 et 5).
- 6 Par prise de position du 31 mai 2011, la participante à la procédure a soutenu sa décision du 18 mars 2011 (act. 7).
- 7 Par courrier du 16 juin 2011 au requérant n. 1, le Secrétariat technique de l'EICom a exposé les règles applicables aux délais ainsi que les conditions de la restitution de délai (act. 8). Il a souligné que, à l'échéance du délai, la communication de l'état d'avancement du projet n'était pas complète et qu'aucune demande de prolongation de délais n'était parvenue à la participante à la procédure malgré les informations données à ce sujet par celle-ci. Il a expliqué que, à son sens, la décision de révocation de la participante à la procédure n'était pas erronée. Parallèlement, il lui a fixé un délai pour de-



mander une décision formelle de la Commission avec indication des voies de recours. Il a demandé d'éclaircir les relations juridiques entre les personnes impliquées.

- 8 Par courrier du 5 juillet 2011, le requérant n. 1 a demandé une décision formelle de l'EICom (act. 9). Il a précisé que MM. [B. X.] et [A. X.] sont père et fils et qu'ils collaborent conjointement sur la même exploitation agricole. Seule la participante à la procédure serait en mesure de savoir pourquoi la décision RPC a été notifiée conjointement au père et au fils.
- 9 Par courrier du 11 juillet 2011, le Secrétariat technique de l'EICom a invité les parties à déposer leurs remarques finales (act. 10). Par courrier du 19 juillet 2011, la participante à la procédure a confirmé sa prise de position antérieure sous suite de frais et dépens (act. 14). Dans ses remarques finales du 6 septembre 2011, le requérant n. 1 a, lui-aussi, confirmé sa prise de position antérieure mais il l'a précisé sur deux points (act. 15).
- 10 Par courrier du 19 octobre 2011, le Secrétariat technique de l'EICom a informé les parties qu'il estimait la procédure suffisamment instruite et que, sans nouvelles jusqu'au 3 novembre 2011, il considérerait que les parties renoncent à déposer une ultime prise de position et que l'échange des écritures est clos (act. 17). Les parties n'ont pas déposé de nouvelles pièces ni requis de compléments de preuve.
- 11 Par courriel du 9 novembre 2011 (act. 19), la participante à la procédure a produit le « Formulaire d'annonce Rétribution à prix coûtant du courant injecté » (act. 19, annexe 1) du projet faisant l'objet de la présente procédure. Il est signé conjointement par les requérants nn. 1 et 2.

II Considérants

1 Compétence

1.1 Compétence de l'EICom

- 12 Conformément à l'article 25 alinéa 1^{bis} 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 au sujet desquels aucune autorité cantonale de première instance n'aura encore statué au premier janvier 2009 (articles 7, 7a, 15b et 28a LEne ; article 29 alinéa 6 OEne).
- 13 En l'espèce, il y a lieu de déterminer si le non-respect de l'état d'avancement du projet constitue une cause de révocation de l'octroi de la RPC. Il s'agit dans ce sens d'un litige relatif aux conditions de raccordement pour les installations de production d'énergie et aux suppléments sur les coûts de transport. En outre, aucune autorité cantonale de première instance n'a encore statué avant le 1^{er} janvier 2009.
- 14 La compétence de l'EICom est ainsi donnée dans le cas d'espèce (article 25 alinéa 1^{bis} LEne).

1.2 Nature juridique des décisions de la participante à la procédure

- 15 Quiconque veut construire une nouvelle installation et recevoir la rétribution à prix coûtant doit annoncer son projet à la société nationale du réseau de transport (article 7a LEne en lien avec l'article 3g alinéa 1 OEne 2009). La société nationale du réseau de transport examine l'annonce et notifie le résultat de son examen au requérant au moyen d'une décision (article 3g alinéa 3 OEne 2009). Les litiges portant sur les conditions de raccordement des installations productrices d'énergie relèvent de l'EICom (article 25 alinéa 1^{bis} LEne). En conséquence, en cas de litige, l'EICom apprécie les décisions



de la société nationale de réseau. Dans le cas d'espèce, se pose la question de savoir s'il s'agit d'une appréciation de première instance ou d'une procédure de recours.

- 16 Selon le texte allemand de l'article 3g alinéa 3, 2^e phrase OEnE 2009, « [Die nationale Netzgesellschaft] teilt dem Antragsteller das Resultat der Prüfung in einem Bescheid mit ». En revanche, les textes français et italien disposent que « [la société nationale du réseau de transport] notifie le résultat de son examen au requérant au moyen d'une décision » et « [La società nazionale di rete] comunica al richiedente il risultato dell'esame della richiesta mediante decisione ».
- 17 Ainsi, les textes français et italiens divergent du texte allemand en cela que ce dernier utilise les termes « *Bescheid* » et « *mitteilen* », lesquels ne font pas référence à une procédure formelle, alors que les deux autres utilisent les termes de « décision » et « notifier », respectivement « *decisione* » et « *notificare* », chargés d'une connotation formelle.
- 18 Selon la jurisprudence, la loi s'interprète en premier lieu d'après sa lettre. Si le texte légal n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, il faut rechercher la véritable portée de la norme, en la dégagant de sa relation avec d'autres dispositions légales, de son contexte, du but poursuivi, de son esprit ainsi que de la volonté du législateur, telle qu'elle résulte notamment des travaux préparatoires. A l'inverse, lorsque le texte légal est clair, l'autorité qui applique le droit ne peut s'en écarter que s'il existe des motifs sérieux de penser que ce texte ne correspond pas en tous points au sens véritable de la disposition visée et conduit à des résultats que le législateur ne peut avoir voulu et qui heurtent le sentiment de la justice ou le principe de l'égalité de traitement. De tels motifs peuvent résulter des travaux préparatoires, du fondement et du but de la prescription en cause, ainsi que de sa relation avec d'autres dispositions (ATF 134 I 184 consid. 5.1 p. 193 ; ATF 131 I 394 consid. 3.2 p. 396 et les arrêts cités).
- 19 Les versions allemande, française et italienne du texte légal ont en principe la même valeur. Dans la réalité, celles-ci ne se recouvrent cependant pas toujours, soit en raison d'une erreur survenue au cours du processus d'élaboration de la loi, soit en raison de différences de signification apparues ultérieurement, soit encore en raison de nuances linguistiques. Il convient alors – en procédant conformément à la jurisprudence précitée – de déterminer laquelle des versions doit prévaloir (ATF 135 IV 113, consid. 2.4.1 à 2.4.3 et références citées).
- 20 En l'espèce, la formulation allemande de l'article 3g alinéa 3, 2^e phrase OEnE 2009 a été reprise du projet de consultation du 27 juin 2007 (téléchargeable sur www.ofen.admin.ch -> Thèmes -> Approvisionnement en électricité -> Loi sur l'approvisionnement en électricité -> Message et procédure de consultation) à l'exception de l'adjectif « *verbindlich* » (« *verbindlich mitteilen* ») qui a été retiré. Dans ce même projet, la version française parlait d'« avis contraignant », et non de « décision ». Une interprétation fondée sur la genèse fait ainsi apparaître que la version allemande du texte réglementaire litigieux doit prévaloir sur les versions française et italienne, le détenteur du pouvoir réglementaire n'ayant pas souhaité conférer à la société nationale de réseau la compétence de rendre des décisions formelles.
- 21 A teneur de l'article 3g OEnE 2009, la participante à la procédure est responsable de l'exécution de la procédure d'annonce et de décision. Le pouvoir réglementaire ne parle pas de décision au sens formel (en allemand *Verfügung*), mais de notification du résultat de son examen par voie de décision (en allemand : « *teilt das Resultat in einem Bescheid mit* »). L'article 25 alinéa 1^{bis} LEne dispose que l'EICom statue sur les litiges relatifs aux conditions de raccordement pour les installations de production d'énergie. Alors que le titre « Voies de recours » indique l'EICom comme une autorité de recours, l'emploi du terme « litiges » parle en faveur d'une qualification de l'EICom comme autorité de première instance. En effet, le terme « litige » est également mentionné à l'article 22 alinéa 2 lettre a LAPeI



selon lequel l'ECom décide incontestablement en qualité d'autorité de première instance (Décision de l'ECom du 18 août 2011, 941-10-013, consid. 1.2 ; Décision de l'ECom du 9 juin 2011, 941-09-008, consid. 1.2 ; décision de l'ECom du 12 mai 2011, 941-09-037, consid. 1.2 téléchargeables sous www.elcom.admin.ch -> Documentation -> Décisions ; voir aussi Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-1989/2009 du 11 janvier 2011).

- 22 Pour cette raison, la participante à la procédure ne dispose pas de la compétence de rendre des décisions formelles au sens de l'article 5 PA en ce qui concerne l'octroi de la RPC. Ainsi, la décision de la participante à la procédure ne doit pas être considérée comme une décision formelle au sens de l'article 5 PA. De ce fait, la participante à la procédure ne revêt pas le statut d'autorité précédente. L'ECom est l'autorité de première instance instituée du pouvoir de décision.

2 Parties

- 23 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.
- 24 La participante à la procédure conteste la qualité pour agir du requérant n. 1.
- 25 Les requérants ont rempli conjointement la formule d'annonce de façon peu précise (act. 7, annexe 4 et act. 19, annexe 1). Ils l'ont signée tous les deux. Ils sont actifs sur la même exploitation agricole ou ils collaborent conjointement. Ils sont père et fils (act. 8). La participante à la procédure a adressé la décision du 12 février 2009 (act. 1, annexe 1) en commun aux deux requérants, le courriel du 5 janvier 2011 (act. 1, annexe 6) au requérant n. 2, et les autres courriers au requérant n. 1. Aucun des deux requérants ne pouvait dès lors ignorer la démarche entreprise par l'autre au nom de leur exploitation agricole commune. Il y a dès lors lieu d'inférer du comportement des requérants que chacun dispose des pouvoirs d'engager l'exploitation agricole et de représenter l'autre associé. Les actes de l'un d'entre eux engagent dès lors l'autre et sont imputables conjointement aux deux requérants.
- 26 En l'espèce, le requérant n. 1 a introduit une requête en appréciation du litige prédécrit. Il est destinataire de la décision ainsi que le requérant n. 2 qu'il représente. En conséquence, les requérants revêtent conjointement et solidairement la qualité de partie au sens de l'article 6 PA.
- 27 La participante à la procédure ne dispose certes pas du statut d'autorité précédente (voir ch. 1.2). Elle est toutefois concernée par l'objet du litige du fait de sa décision. C'est pourquoi elle dispose elle-aussi de la qualité de partie au sens de l'article 6 PA.

3 Allégués des parties

3.1 Requérants

- 28 Dans leur mémoire du 11 avril 2011 (act. 1.1), les requérants ont conclu :
- Le recours est admis.
 - La révocation de la décision est annulée.
 - Subsidiairement, un délai pour demander une prolongation de délai fondée sur l'article 3h, alinéa 4 OEn est accordé.
 - Le tout sous suite de frais et dépens.



- 29 A l'appui de leurs conclusions, ils font valoir en substance les arguments suivants.
- 30 Premièrement, la participante à la procédure aurait créé la confusion dans leur esprit en renvoyant aux annexes sur les éoliennes dans le formulaire (version 1.1) de communication de l'état d'avancement du projet pour l'installation pour les installations de biomasse qu'ils ont produit par courrier du 25 janvier 2011 (act. 1, annexe 2). En effet, ils auraient renoncé de bonne foi à produire des annexes supplémentaires qu'ils pensaient ne pas les concerner. De plus, la confusion aurait encore été entretenue par la participante à la procédure du fait que, dans l'échange de correspondance qui est intervenu à la suite de ce courrier, celle-ci se serait uniquement prononcée sur la question de l'augmentation de puissance de l'installation.
- 31 Deuxièmement, les requérants estiment que la participante à la procédure aurait dû les avertir de leur droit de demander une prolongation de délai. Ils soulèvent en outre, que, depuis l'entrée en vigueur de la modification de l'OEne au 1^{er} octobre 2011 (OEne 2011), le nouvel appendice 1.5 prolonge les délais de communication de l'avancement du projet et d'avis de mise en service à 3 et 6 ans.
- 32 Ensuite, le requérant n. 1 conteste avoir reçu personnellement ou par le biais de l'adresse courriel de son père un avis de rappel du délai de l'annonce de l'état d'avancement du dossier. En outre, une telle communication par courriel ne remplirait pas les critères de la notification suffisante. De plus, si une telle communication devait avoir été faite à son père, il y a lieu de la considérer comme une communication à un tiers, laquelle ne saurait être assimilée à une notification valable.
- 33 Enfin, les requérants qualifient de formalisme excessif, lequel est prohibé par la jurisprudence fédérale, le fait de révoquer une décision RPC positive du seul fait de ne pas avoir produit dans les délais la communication de l'état d'avancement du projet ou une demande de prolongation de délai.

3.2 Participante à la procédure

- 34 Dans sa prise de position du 31 mai 2011 (act. 7), la participante à la procédure a conclu :
- Die Zuständigkeit der Eidgenössischen Elektrizitätskommission zur Beurteilung des Antrags wird anerkannt.
 - Swissgrid bestreitet vorliegend nicht, dass ein Feststellungsinteresse gegeben ist. Die Beschwerdebefugnis des Gesuchstellers ist von Amtes wegen abzuklären.
 - Der Bescheid vom 12. Februar 2009 wurde zu Recht widerrufen.
- 35 Dans ses remarques finales du 19 juillet 2011 (act. 14), la participante à la procédure a renoncé à prendre une nouvelle fois position sur le dossier. Elle a toutefois complété ses conclusions dans ce sens :
- Das Gesuch vom 11/20. April 2011 sei vollumfänglich abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.
- 36 A l'appui de ses conclusions, la participante à la procédure fait valoir en substance les arguments suivants.
- 37 Premièrement, la participante à la procédure relève que l'obligation qui incombe aux requérants de lui communiquer l'avancement du projet découle de l'article 3h alinéa 1 OEne 2009. Les manquements à cette obligation sont sanctionnés par l'article 3h alinéa 4 OEne 2009 (« la décision perd son caractère obligatoire »).



- 38 Deuxièmement, la participante à la procédure souligne qu'elle a suffisamment et correctement informé les requérants de la prochaine échéance du délai de communication de l'avancement du projet et de la faculté de demander une prolongation de délai dans la décision d'octroi de la RPC du 12 février 2009 d'abord (act. 1, annexe 1, ch. 2 et 3), par courriel du 5 janvier 2011 ensuite (« *reminder* » ; act. 1, annexe 6) adressé à « [B. X.]@[...] », et par courrier du 2 février 2011 enfin (act. 1, annexe 3). L'adresse électronique est celle indiquée par les requérants eux-mêmes sur la formule d'annonce (act. 8, annexe 5). Une éventuelle reprise d'exploitation par un tiers ou une modification d'adresse électronique devaient être signalées spontanément (voir notamment article 3*h* alinéa 4 OEné 2011). Elle souligne en outre que l'annonce mentionne [A. X.] comme nom d'entreprise mais nomme M. [B. X.] comme personne de contact.
- 39 Ensuite, la participante à la procédure estime ne pas avoir été en mesure de faire plus que de faire parvenir le courriel du 5 janvier 2011 (act. 1, annexe 6) suivi du courrier du 2 février 2011 (act. 1, annexe 3). Pour elle, le courrier du 2 février 2011 est une réaction adéquate. En effet, les conséquences d'un dépôt tardif ou incomplet d'une communication d'avancement du projet sont réglées par l'article 3*h* alinéa 4 *i.f.* OEné 2009, lequel ne prévoit nullement l'envoi de rappel. De plus, il lui était impossible de répondre dans les temps au courrier du requérant n. 1 du 11 février 2011 (act. 1, annexe 4, act. 7, annexe 5) reçu le 14 février 2011, à savoir le jour même de l'échéance du délai d'annonce de l'avancement du dossier.
- 40 Enfin, la participante à la procédure estime ne pas être autorisée à ne pas retirer la RPC à certains projets dont les requérants n'ont pas procédé aux annonces nécessaires, et ceci en raison du respect du principe de l'égalité de traitement.

4 Révocation de la rétribution à prix coûtant du courant injecté pour cause de non-respect des délais

4.1 Bases légales

4.1.1 Application dans le temps

- 41 Conformément à l'article 3*h* alinéa 4, 1^{ère} phrase OEné 2009, si le requérant ne respecte pas le délai d'annonce d'avancement du projet, la décision perd son caractère obligatoire ; elle est alors révoquée par la société nationale du réseau de transport. Le délai d'annonce d'avancement du projet pour les autres installations de biomasse est fixé par le ch. 6.9.2 de l'appendice 1.5 OEné. Ces normes ont été modifiées par ordonnance du 17 août 2011. Les modifications sont entrées en vigueur le 1^{er} octobre 2011 et ne prévoient aucune disposition transitoire. A cette occasion, le délai d'annonce d'avancement du projet a été porté de 2 à 3 ans.
- 42 En vertu du principe de la non-rétroactivité, le droit ne s'applique pas aux faits antérieurs à sa mise en vigueur. Ainsi, 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, *Droit administratif – Volume I – Les fondements généraux*, 2^e édition, Berne 1994, ci-après MOOR, n. 2.5.2.3, pp. 170 s.). En présence d'un événement unique dont la location dans le temps est tout à fait déterminée, on applique le droit en vigueur au moment où le fait s'est produit (ATF 101 IB 410 « Simona » consid. 3, pp. 412 s. ; MOOR, n. 2.5.2.3, p. 171 et références citées ; voir aussi : Obergericht). Ainsi, le nouveau droit ne s'applique pas lorsqu'un état de fait est entièrement révolu (Obergericht SH, arrêt du 9 novembre 2001, 67/2000/3).



- 43 A l'expiration du délai d'annonce de deux ans (14 février 2011) à compter de la décision d'octroi de la RPC (12 février 2009), les requérants n'ont déposé ni d'annonce complète d'avancement du projet, ni de requête en prolongation de délai. La décision de la participante à la procédure d'octroi de la RPC du 12 février 2009 (act. 1, annexe 1) perdait dès lors son caractère obligatoire de par la loi (article 3h alinéa 4, 1^{ère} phrase OEne 2009). La participante à la procédure a révoqué sa décision par décision du 18 mars 2011 (act. 1, annexe 5) comme l'article 3h alinéa 4, 1^{ère} phrase le lui en fait obligation. Cette révocation est intervenue avant même la modification de l'appendice 1.5 de l'OEne. A cette date, l'état de fait était complètement révolu, le projet des requérants étant sorti du programme RPC.
- 44 L'état de fait étant complètement révolu avant même l'adoption – et donc avant l'entrée en vigueur des nouvelles normes – il y a lieu d'appliquer les normes dans leur état au 18 mars 2011. Plus précisément, il y a lieu d'appliquer les articles 3 ss OEne et l'appendice 1.5 OEne dans leur état au 1^{er} janvier 2009 (OEne 2009) et ceci conformément à la jurisprudence et à la doctrine citée plus avant.
- 45 En conséquence, la communication de l'état d'avancement du projet ou la requête de prolongation de délai devait intervenir dans les deux ans à compter de la décision d'octroi de la RPC du 12 février 2009 (act. 1, annexe 1), à savoir le 14 février 2011.

4.1.2 Bases légales pertinentes

- 46 La communication de l'avancement du projet doit parvenir à la société nationale du réseau au plus tard dans les deux ans à compter de la décision positive relative à l'annonce en vue de l'octroi de la RPC (article 3h alinéa 1 et ch. 6.9.2 de l'appendice 1.5 OEne 2009). Sur demande, la société nationale du réseau prolonge le délai (article 3h alinéa 4 *i.f.* OEne 2009). L'inobservation du délai entraîne la perte du caractère obligatoire de la décision (article 3h alinéa 4 OEne 2009).

4.2 Formalisme excessif

- 47 Les requérants reprochent également à la participante à la procédure d'avoir fait preuve de formalisme excessif en révoquant la décision RPC positive du 12 février 2009 (décision ; act. 1, annexe 1) du seul fait qu'ils n'aient pas déposé dans le délai fixé par l'ordonnance la communication de l'état d'avancement du projet ou une demande de prolongation de délai.
- 48 A teneur de l'article 3h alinéa 4 OEne 2009, la décision perd son caractère obligatoire si les délais prévus aux alinéas 1 et 2 ne sont pas respectés. La société nationale du réseau de transport révoque alors la décision.
- 49 La prohibition du formalisme excessif découle de l'article 29 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101 ; Cst.). Il y a formalisme excessif lorsqu'une règle de procédure impose un comportement aux conséquences graves sans justification raisonnable ou lorsqu'une règle de forme de peu d'importance est violée et que cette violation entraîne une sanction grave et disproportionnée, telle que par exemple une décision d'irrecevabilité (MOOR PIERRE / POLTIER ETIENNE, *Droit administratif – Volume II : Les actes administratifs et leur contrôle*, 3^e éd., Berne 2011, ci-après : MOOR / POLTIER, ch. 2.2.4.6, pp. 303 s. et références citées)
- 50 La révocation de la décision d'octroi de la RPC en cas de non-respect du délai de communication de l'état d'avancement du projet est une règle qui impose un comportement aux conséquences graves. La sanction se justifie toutefois par le but poursuivi par la disposition légale, à savoir garantir la sécurité de la planification du contingent des fonds à disposition de la RPC (voir notamment : *Modifications de l'ordonnance sur l'énergie – Rapport explicatif concernant le projet mis en consultation du 27 juin 2007*, commentaire ad article 3g, page 8). Ainsi, la procédure retenue permet d'écarter les projets qui



ne sont pas suffisamment avancés. En outre, ce système est proportionné dans la mesure où il permet aux requérants de demander des prolongations de délais en cas de circonstances indépendantes de leur volonté (article 3*h* alinéa 4 *i.f.* OEnE 2009).

- 51 En conséquence, la révocation de la RPC sur la base de l'article 3*h* alinéa 4 OEnE 2009 n'est pas constitutive de formalisme excessif.
- 52 De plus, et bien qu'elle n'y soit pas contrainte légalement, la participante à la procédure a rendu attentif les requérants par courriel du 5 janvier 2011 déjà (act. 1, annexe 6) – soit plus d'un mois avant l'échéance du délai – que leur communication n'était pas complète. Elle a listé les pièces manquantes à produire, elle a rappelé les conséquences d'un défaut, et les a informés des possibilités de prolonger le délai. Les requérants disposaient dès lors de suffisamment de temps pour requérir une prolongation de délai en bonne et due forme, pour rassembler cette documentation, ou pour contester cet état de fait. Ils ne l'ont cependant pas fait. Il y a lieu de constater que la participante à la procédure les a rendus attentif suffisamment tôt au vice de procédure qu'elle a constaté dans le dépôt de leur communication de l'état d'avancement du projet. Le fait qu'elle n'ait pas toujours invoqué les bases légales pertinentes dans sa documentation de rappel n'y change rien (voir notamment les renvois aux annexes 1.1 [énergie hydraulique] et 1.3 [énergie éolienne] OEnE 2009 mentionnés sur formule d'annonce remplie par les requérants [act. 2, annexe 2, page 2] ou encore la mention faite aux petites centrales hydraulique dans le courrier du 2 février 2011 [act. 1, annexe 3]). En effet, les documents demandés et les délais fixés correspondent à ceux exigés en matière de biomasse et non en matière de production éolienne ou hydraulique. En outre, la participante à la procédure ne s'est pas contentée d'un simple renvoi aux dispositions réglementaires, elle a énuméré les pièces nécessaires, tant dans la décision d'octroi de la RPC du 12 février 2009 (act. 1, annexe 1, ch. 2 et 3), que dans la formule d'annonce remplie par le requérant n. 1 (act. 1, annexe 2, page 2) ou encore dans son courriel du 5 janvier 2011 (act. 1, annexe 6). Dans son courrier du 2 février 2011 (act. 2, annexe 2, page 2), elle s'est par contre limitée à renvoyer aux bonnes dispositions réglementaires tout en décrivant la procédure en prolongation de délai.
- 53 Les requérants contestent avoir reçu le courriel du 5 janvier 2011. Cet allégué semble peu crédible. Premièrement, c'est les requérants eux-mêmes qui ont produit la pièce dans leur mémoire de requête déjà (act. 1, annexe 6). Deuxièmement, il ressort du libellé du courriel que celui-ci a bel et bien été envoyé à l'adresse mentionnée dans la formule d'annonce du projet remplie par les requérants, laquelle n'est par ailleurs pas remplie avec la plus grande exactitude (inversion nom / prénom, numéro de téléphone erroné, divergence entre le nom de la personne de contact et le titulaire de l'adresse électronique, ... ; act. 7, annexe 4). Les requérants ne démontrent pas qu'ils auraient effectué un changement d'adresse électronique. L'erreur de notification leur est donc imputable. Enfin, et quand bien même ils n'auraient jamais pris connaissance du courriel du 5 janvier 2011, les requérants auraient encore eu le temps de demander une prolongation de délai après réception du courrier postal du 2 février 2011 (act. 1, annexe 3). Ils y ont d'ailleurs répondu par courrier du 11 février 2011 (act. 1, annexe 4, act. 7, annexe 5), sans toutefois demander une prolongation de délai et en se contentant de répondre aux questions concernant l'augmentation de puissance. Certes le courrier du 2 février 2011 (act. 1, annexe 4) contenait deux aspects, à savoir des questions relatives à l'augmentation de puissance éventuelle proposée par les requérants d'une part, et la description de la procédure en prolongation de délais d'autre part. Ce second aspect se détachait toutefois distinctement du premier (paragraphe séparé) et bénéficiait même d'un caractère particulier (caractère gras). Il apparaissait dès lors clairement que le fait de fournir les informations supplémentaires demandées par la participante à la procédure ne dispensait pas les requérants de l'obligation de requérir formellement une prolongation de délai. Ceci est d'autant plus exact que la démarche entamée par ceux-ci en ce qui concerne l'augmentation de puissance était conditionnelle dans le sens où la demande d'augmentation de puis-



sance devenait caduque si elle devait conduire à une révocation de la RPC (voir courrier du 11 février 2011 ; act. 1, annexe 4, act. 7, annexe 5). En effet, par leur démarche, les requérants démontrent leur volonté de mener à bien la procédure initiale et non d'en commencer une nouvelle. L'aboutissement de la première procédure suppose le respect des délais initiaux. Ainsi, le fait de ne pas avoir demandé de prolongation de délai pour procéder à la communication de l'état d'avancement du projet comme l'article 3h alinéa 4 *i.f.* OEnE 2009 le permet est dès lors opposable aux requérants. Cette disposition légale leur ayant été communiquée à deux reprises au moins par la participante à la procédure, ils ne peuvent pas ignorer son existence. Dès lors, ce manquement ne peut pas être reproché à la participante à la procédure.

- 54 La révocation de la RPC sur la base de l'article 3h alinéa 4 OEnE 2009 est une règle qui impose un comportement aux conséquences graves (révocation de la RPC). La sanction est toutefois justifiée par un intérêt public (soutien prioritaires aux projets mûrs) et proportionnée (faculté de requérir une prolongation de délai). En outre, dans le cas d'espèce, après réception du courrier postal du 2 février 2011 (act. 1, annexe 3) au plus tard, les requérants disposaient de suffisamment de temps pour demander une prolongation de délai et la participante à la procédure les a suffisamment informés sur la procédure à suivre. Les faits ne sont dès lors pas constitutifs de formalisme excessif.

4.3 Restitution du délai

- 55 La restitution d'un délai est exceptionnelle. Elle est accordée lorsque l'inobservation est due à un empêchement non fautif (voir aussi : MOOR / POLTIER, ch. 2.2.6.7, pp. 303 s.). Il n'y a pas matière à restitution lorsque l'inobservation du délai est due à la faute de la partie elle-même, de son mandataire ou d'un auxiliaire (TF, arrêt du 12 mars 2008, 2C_98/2008, consid. 3 et ATF 114 Ib 67 consid. 2 p. 69 ss et les références citées). En outre, une restitution de délai ne peut pas être accordée ensuite d'une simple ignorance de droit qui ne constitue pas un motif suffisant pour la justifier (ATF 125 V 262, consid. 5c, p. 264). Enfin, ce n'est qu'exceptionnellement qu'un changement de législation peut conduire à la révocation d'une décision administrative (ATF 109 IB 246, consid. 4d, p. 253).
- 56 Dans le cas d'espèce, l'inobservation du délai est imputable aux requérants (ch. 4.2). Leur empêchement est donc fautif. Leur ignorance et le fait qu'ils agissaient seuls n'y change rien. En outre, le changement de législation dont ils se prévalent est intervenu après la décision de révocation de la RPC du 18 mars 2011 (act. 1, annexe 5). En conséquence, les conditions de la restitution du délai n'étant pas remplies, aucun délai supplémentaire pour demander une prolongation de délai fondée sur l'article 3h alinéa 4 OEnE 2009 n'est accordé.

4.4 Conclusion

- 57 Il n'est pas contesté que la communication de l'état d'avancement du projet n'était pas complète à l'échéance du délai légal. En effet, il ressort du courrier du 25 janvier 2011 adressé par le requérant n. 1 à la participante à la procédure (act. 1, annexe 2) que le permis de construire et la prise de position positive du gestionnaire de réseau n'avait pas encore été rendu à cette date (« les démarches sont en cours pour - l'étude d'impact demandée par le canton de Vaud, - l'accord pour l'implantation de la centrale, - le raccordement au réseau MT/BT de Romande Energie. »). Les requérants n'ont par ailleurs pas démontré qu'ils auraient produits de telles pièces ultérieurement.
- 58 La révocation a été prononcée dans un délai connu, celui-ci étant déjà mentionné dans le courrier recommandé du 12 février 2009 (act. 1, annexe 1, ch. 2 et 3), puis rappelé dans le courriel du 5 janvier 2011 (act. 1, annexe 6), et le courrier du 2 février 2011 (act. 1, annexe 3). Ces documents mentionnent à chaque fois les conséquences d'un défaut ainsi que la possibilité de déposer une requête



en prolongation de délai. Il ressort en outre de ce qui précède qu'aucun formalisme excessif ne peut être reproché à la participante à la procédure (ch. 4.2) et que nous ne sommes pas en présence d'un cas de restitution de délai (ch. 4.3)

- 59 En conséquence, la révocation de la rétribution à prix coûtant du 18 mars 2011 par la participante à la procédure (act. 1, annexe 5) était conforme à la législation. Elle ne saurait dès lors être remise en cause par l'EICom. L'EICom ne restituera pas le délai pour demander une prolongation de délai fondée sur l'article 3h alinéa 4 OEne 2009.

5 Emoluments

- 60 Pour ses décisions dans les domaines de l'approvisionnement en électricité et de production d'énergie, l'EICom prélève des émoluments (article 21 alinéa 5 LApEI, article 13a de l'Ordonnance sur les émoluments et les taxes de surveillance dans le domaine de l'énergie du 22 novembre 2006 [Oémol-En ; RS 730.05]). 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).

Pour la présente décision, l'émolument perçu s'élève à CHF [...], représentant [...] heure 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 160.-. 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 de l'Ordonnance générale sur les émoluments du 8 septembre 2004 [OGEmol ; RS 172.041.1]). Or, en l'espèce, les requérants ont provoqué la présente décision par sa demande. Par conséquent, l'émolument de la présente procédure est mis solidairement à la charge des requérants..

- 62 Les requérants demandent que des dépens leur soient alloués. 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).



III Dispositif

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

1. L'EiCom confirme que swissgrid SA avait raison de révoquer, en date du 18 mars 2011, sa décision positive du 12 février 2009 concernant le projet-RPC [...] « [...] ».
2. Aucun délai pour demander une prolongation de délai n'est accordé.
3. L'émolument pour la présente procédure s'élève à CHF [...]. Il est mis solidairement à la charge des requérants nn. 1 et 2. La facture sera envoyée après l'entrée en force de la présente décision.
4. La présente décision est notifiée aux requérants nn. 1 et 2 ainsi qu'à la participante à la procédure par lettre recommandée.

Berne, le 17 novembre 2011

Commission fédérale de l'électricité (EiCom)

Carlo Schmid-Sutter
Président

Renato Tami
Chef du Secrétariat technique de l'EiCom

Envoi:

À notifier par lettre recommandée à :

- [N] ;
- [B. X.] ;
- swissgrid SA, Régulation, Dammstrasse 3, Case postale 22, 5070 Frick.

Pour information :

- Office fédéral de l'énergie OFEN, 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, 3000 Berne 14. 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).