



Nos références : 221-00356

Berne, le 16 novembre 2017

Recours rejeté par arrêt du TAF du
29.03.2019 ; A-262/2018

DECISION

de la Commission fédérale de l'électricité (ElCom)

Composition : Carlo Schmid-Sutter (président), Brigitta Kratz (vice-présidente),
Antonio Taormina (vice-président), Laurianne Altwegg, Anne Christine d'Arcy,
Christian Brunner, Matthias Finger

en l'affaire : **M. Daniel Hubert**, Rte de Gryon 27, 1880 Bex

et **Immo-Hydro SA**, Rte de Gryon 27, 1880 Bex

tous deux représentés par M^e Damien Hottelier, Etude Hottelier avocats,
Avenue du Crochetan 68, case postale 1369, 1870 Monthey 2

(les recourants)

contre **Swissgrid SA**, Werkstrasse 12, 5080 Laufenbourg

(l'autorité inférieure)

concernant la décision de révocation du 9 février 2017 de la décision positive du 14 novembre 2008 concernant la petite centrale hydraulique « PCH Centrale hydroélectrique Hubert » (Projet-RPC 12594)

Table des matières

I	Exposé des faits	3
II	Considérants	6
1	Compétence	6
2	Parties et droit d'être entendu	6
2.1	Parties.....	6
2.2	Droit d'être entendu	7
3	Principe de la bonne foi et formalisme excessif	7
4	Révocation de la décision.....	8
4.1	Généralités	8
4.2	Non-respect du délai de communication	8
4.3	Circonstances du retard imputables au requérant	9
4.3.1	Bases réglementaires et directive.....	9
4.3.2	Retard imputable au requérant	10
4.4	Synthèse	13
5	Emoluments.....	14
6	Dépens	14
III	Dispositif	15
IV	Indication des voies de recours	17

I Exposé des faits

A.

- 1 Par formule postée le 13 mai 2008 (pièce 4, annexe 6 et cf. pièce 4, annexe 7), M. Daniel Hubert a annoncé la petite centrale hydraulique « PCH Centrale hydroélectrique Hubert » (Projet-RPC 12594 ; la centrale litigieuse) à Swissgrid SA (ci-après : l'autorité inférieure) en vue de l'obtention de la rétribution à prix coûtant du courant injecté (RPC).
- 2 Par courrier recommandé du 14 novembre 2008 (pièce 4, annexe 7), l'autorité inférieure a rendu une décision positive en ce qui concerne la centrale litigieuse et a fixé le taux de rétribution provisoire à [...] cts / kWh. Ce courrier mentionne le 16 novembre 2012 comme date de communication de l'avancement du projet et le 17 novembre 2014 comme date d'avis de mise en service. Il précise également les conséquences légales d'un retard et se réfère à l'ancien article 3h, alinéa 4 de l'ordonnance du 7 décembre 1998 sur l'énergie (OEne ; RS 730.01) dans son état au 1^{er} mai 2008, lequel correspond en substance à l'actuel article 3h^{bis}, alinéas 1 et 2 OEne.

B.

- 3 Par courrier du 1^{er} mars 2011 (pièce 4, annexe 8) Immo-Hydro SA a communiqué à l'autorité inférieure avoir été créée avec le patrimoine de son administrateur, à savoir M. Daniel Hubert. Toutefois, aucune formule de changement de l'exploitant d'une installation n'est versée au dossier et il ne ressort pas du dossier que M. Daniel Hubert aurait formellement cédé à Immo-Hydro SA les droits à la RPC concernant la centrale litigieuse. La décision de révocation du 9 février 2017 (pièce 1, annexe 2 et pièce 4, annexe 26) est d'ailleurs adressée personnellement à M. Daniel Hubert. Le mémoire de recours du 13 mars 2017 (pièce 1) et la requête en décision du 12 mai 2017 (pièce 4) ont ainsi toutes deux été déposés conjointement par M. Daniel Hubert et Immo-Hydro SA.

C.

- 4 Par courrier du 26 octobre 2012 (pièce 4, annexe 9), M. Daniel Hubert a requis de l'autorité inférieure une première prolongation de délai pour procéder à l'avis de mise en service de la centrale litigieuse d'environ 4 à 5 ans du fait qu'un rassemblement de partenaires souhaitant exploiter des centrales hydro-électriques sur le même cours d'eau n'a pas abouti par manque de volonté politique et de paroles données. Cette prolongation de délai a été partiellement octroyée par courrier de l'autorité inférieure du 13 décembre 2012 (pièce 4, annexe 10) au motif que les circonstances du retard ne lui seraient pas imputables. Ce courrier prolonge au 17 novembre 2014 la date de communication de l'avancement du projet et au 16 novembre 2016 la date d'avis de mise en service.
- 5 Par courrier du 3 juillet 2014 (pièce 4, annexe 12), Immo-Hydro SA a requis de l'autorité inférieure une deuxième prolongation de délai de deux ans pour procéder à l'avis de mise en service de la centrale litigieuse au motif que la procédure d'octroi des diverses autorisations n'est pas encore achevée. Par courrier du 18 juillet 2014 (pièce 4, annexe 13), l'autorité inférieure n'est pas entrée en matière sur cette requête de prolongation de délai du fait que celle-ci, déposée plus de deux ans avant l'échéance, est prématurée. Par courrier du 8 novembre 2014 (pièce 4, annexe 14), Immo-Hydro SA a réitéré sa deuxième prolongation de délai de deux ans pour procéder à l'avis de mise en service. Cette prolongation de délai a été octroyée par courrier de l'autorité inférieure du 5 décembre 2014 (pièce 4, annexe 15) au motif que les circonstances du retard ne lui seraient pas imputables. Ce courrier prolonge au 17 novembre 2016 la date de communication de l'avancement du projet et au 16 novembre 2018 la date d'avis de mise en service.

D.

- 6 Faisant suite à un courriel de l'autorité inférieure du 18 octobre 2016 (cf. pièce 4, annexe 24), Immo-Hydro SA a exposé, par écrit du même jour transmis par courriel, l'état d'avancement du projet concernant la centrale litigieuse (pièce 4, annexe 24). Il a réitéré cette démarche par courrier du 15 novembre 2016 (pièce 1, annexe 3 et pièce 4, annexe 25). Il ne ressort toutefois pas du dossier que les documents et éléments exigés au stade de la communication de l'avancement du projet (app. 1.1, ch. 5.2.2, OEne) auraient été joints à ces envois. Elle ne prétend d'ailleurs pas que tel aurait été le cas.
- 7 Par courrier recommandé du 9 février 2017 (pièce 1, annexe 2 et pièce 4, annexe 26 ; ci-après : la décision querellée), l'autorité inférieure a rejeté la troisième requête de prolongation de délai pour procéder à la communication de l'avancement du projet et, partant, faisant application de l'article 3^h^{bis}, alinéa 2 OEne, elle a prononcé la révocation de la décision positive du 14 novembre 2008 (pièce 4, annexe 7 ; ch. marg. 2). Elle justifie sa décision sur le constat qu'aucune communication de l'avancement du projet ne lui est parvenue dans les délais légaux et sur l'opinion que la requête de prolongation de délai pour procéder à la communication de l'avancement du projet déposée n'est pas fondée. L'autorité inférieure a ainsi traité le courrier d'Immo-Hydro SA du 15 novembre 2016 (pièce 1, annexe 3 et pièce 4, annexe 25 ; ch. marg. 6) comme une requête de prolongation de délai pour procéder à la communication de l'avancement du projet, quand bien même celui-ci ne contenait pas de conclusion en ce sens.

E.

- 8 Par mémoire de recours du 13 mars 2017 (pièce 1) adressé à l'autorité de céans, les recourants ont déposé les conclusions suivantes :
- « Daniel Hubert conclut à ce qu'il plaise à la Commission de l'électricité de statuer sous suite de frais et dépens :
1. La décision du 9 février 2017 rendue par Swissgrid SA est révoquée.
 2. La demande de prolongation formulée par Daniel Hubert le 15 novembre 2016 est acceptée.
 3. En conséquence, le délai pour l'avis de mise en service est prolongé au 16 novembre 2018 et l'avis d'avancement du projet est prolongé au 17 novembre 2018. »
- 9 Conformément à sa pratique lors de litiges portant sur la RPC, le Secrétariat technique de l'EICom (ST EICom) a notifié aux recourants son évaluation de la situation juridique du cas d'espèce par courrier du 11 avril 2017 (pièce 3 et pièce 4, annexe 28). Considérant que les circonstances du retard sont imputables aux recourants, il confirme que ceux-ci n'ont pas droit à une nouvelle prolongation de délai pour procéder à la communication de l'avancement du projet relatif à la centrale litigieuse. Il estime ainsi que la décision de révocation de l'autorité inférieure n'est pas contestable en l'espèce.

F.

- 10 Par courrier recommandé du 3 mai 2017 (pièce 4, annexe 30), Z a fait opposition contre le projet d'acte de concession complémentaire pour usage d'eau n° 2 / 501 portant sur la centrale litigieuse déposé à l'enquête auprès du greffe municipal de la Commune de Bex du 31 mars au 3 mai 2017 (pièce 4, annexe 29).

G.

11 Par courrier du 12 mai 2017 (pièce 4), les recourants ont requis une décision formelle et ont déposé les conclusions suivantes :

« Au vu de ce qui précède, les requérants, M. Daniel Hubert et Immo-Hydro SA, concluent à ce qu'il plaise à la Commission fédérale de l'électricité, sous suite de frais et dépens, reconsidérer l'évaluation du ST ECom du 11 avril 2017 et rendre une décision formelle qui modifie la décision de Swissgrid SA du 9 février 2017 comme suit : « La décision positive du 14 novembre 2008 est maintenue. Le délai de notification d'avancement du projet est prolongé jusqu'au 18 novembre 2018 et le délai de mise en service jusqu'au 18 novembre 2020 ».

12 Le ST ECom a donc formellement ouvert la procédure au sens de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021) par courrier recommandé du 22 mai 2017 adressé tant à l'autorité inférieure qu'aux recourants (pièce 6). Il leur a simultanément transmis copie du dossier et a fixé un délai à l'autorité inférieure pour prendre position.

H.

13 Par prise de position du 20 juin 2017 (pièce 7) déposée par courrier recommandé, l'autorité inférieure a produit le dossier de la cause en sa possession et a conclu à ce qui suit :

« *Das Begehren vom 12. Mai 2017 sei vollumfänglich abzuweisen.*

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. »

14 Cette prise de position a été transmise aux recourants pour information par courrier recommandé du 21 juin 2017 (pièce 8).

15 Par courrier recommandé du 21 juillet 2017 (pièce 9), l'autorité inférieure s'est prévaluée de l'arrêt du Tribunal fédéral du 21 juin 2017 en la cause 1C_532/2016 opposant l'Association Paysage Libre Suisse – Freie Landschaft Schweiz à l'autorité inférieure dans un litige relevant du droit d'accès aux documents officiels (ci-après : arrêt Paysage Libre Suisse) pour porter à la connaissance de l'autorité de céans et des recourants qu'elle dispose du pouvoir décisionnel dans le cadre de la promotion des énergies renouvelables. Elle prend la conclusion complémentaire suivante :

« *Gemäss Art. 63 Abs. 2 Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG) seien Swissgrid im rubrizierten Verfahren keine Gerichtskosten aufzuerlegen. »*

16 Cette conclusion complémentaire a également été transmise aux recourants pour information par courrier du 7 août dernier (pièce 11).

I.

17 En date du 3 août 2017 (pièce 10), les recourants ont produits un procès-verbal de séance qui s'est tenue le 17 juillet 2017 sous l'égide de la Direction générale de l'Environnement (DGE) – Ressources en eau et économie hydraulique du Canton de Vaud dans le cadre de la demande de concession complémentaire et défrichement CAMAC 169906 (pièce 10, annexe 1).

18 Ces documents ont été transmis aux recourants pour information par courrier recommandé du 7 août 2017 (pièce 12).

19 Il sera revenu ci-après, en tant que besoin, sur les autres éléments du dossier.

II Considérants

1 Compétence

- 20 Conformément à l'article 25, alinéa 1bis de la loi du 26 juin 1998 sur l'énergie (LEne ; RS 730.0), la Commission de l'électricité statue sur les litiges relatifs aux conditions de raccordement pour les installations de production d'énergie et aux suppléments sur les coûts de transport (art. 7, 7a et 15b LEne ; EICom, décision du 14 septembre 2017, 221-00337, consid. 1, ch. marg. 21, p. 6 et références citées).
- 21 En l'espèce, il y a lieu de déterminer si c'est à raison que l'autorité inférieure a rejeté la troisième requête de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet et, partant, a révoqué – sur la base de l'article 3^hbis, alinéa 2 OEne – la décision positive d'octroi de la RPC au projet-RPC 12594 du 14 novembre 2008 concernant la petite centrale hydraulique « PCH Centrale hydroélectrique Hubert ». C'est pourquoi il s'agit d'un litige relatif aux conditions de raccordement pour les installations de production d'énergie au sens de l'article 25, alinéa 1bis LEne.
- 22 Présenté dans le délai (art. 50 al. 1 PA) et les formes (art. 52 al. 1 PA) prescrits par la loi, le recours est recevable et il convient donc d'entrer en matière.
- 23 La compétence de l'EICom est ainsi donnée. Elle se fonde sur l'article 25, alinéa 1bis LEne.
- 24 Le Tribunal fédéral a jugé que l'autorité inférieure rendait des décisions dans le cadre de la RPC (arrêt Paysage Libre Suisse, consid. 2.3 ; cf. ch. marg. 15), si bien que la présente procédure doit être qualifiée de procédure de recours et qu'elle est menée conformément au chapitre III de la PA, à savoir les articles 44 ss PA (EICom, décision du 14 septembre 2017, 221-00337, consid. 1, p. 6 et références citées).

2 Parties et droit d'être entendu

2.1 Parties

- 25 A qualité pour recourir au sens de l'article 48, alinéa 1 PA, quiconque : a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure ou a été privé de la possibilité de le faire (a) ; est spécialement atteint par la décision attaquée (b), et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (c). Ces conditions sont cumulatives (MARANTELLI VERA / HUBER SAID, *Commentaire ad art. 48 PA*, in : WALDMANN BERNHARD / WEISSENBERGER PHILIPPE, *Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG)*, 2^e éd., Zurich 2016, ci-après : WALDMANN / WEISSENBERGER, ch. marg. 8, p. 964 et DUBEY JACQUES / ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, *Droit administratif général*, Bâle 2014, ch. marg. 2073, p. 731)
- 26 M. Daniel Hubert est le seul destinataire de la décision querellée (pièce 1, annexe 2 et pièce 4, annexe 26). Par ailleurs, aucune formule de changement de l'exploitant d'une installation n'est versée au dossier et il ne ressort pas du dossier que M. Daniel Hubert aurait formellement cédé à Immo-Hydro SA les droits à la RPC concernant la centrale litigieuse (ch. marg. 3). Ces éléments tendent à démontrer que M. Daniel Hubert est bel et bien l'exploitant de la centrale litigieuse et le bénéficiaire de la RPC, ce qui n'a d'ailleurs pas été contesté par ce dernier. Si Immo-Hydro SA est amenée à reprendre ces droits et obligations dans le futur, rien n'est encore formellement fait à ce jour.

27 M. Daniel Hubert, débouté par la décision querellée qui rejette la troisième requête de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet et révoque la décision positive d'octroi de la RPC au projet-RPC 12594 du 14 novembre 2008, a qualité pour recourir (art. 48 al. 1 PA). Il convient donc d'entrer en matière en ce qui le concerne. Par contre, le recours est irrecevable dans la mesure où il est introduit par Immo-Hydro SA, faute pour cette dernière de revêtir la qualité pour recourir.

2.2 Droit d'être entendu

28 Tant les recourants que l'autorité inférieure ont bénéficié de la faculté de prendre position dans le cadre de la présente procédure. Ainsi, d'une part, le mémoire de recours du 13 mars 2017 (pièce 1), la requête en décision formelle des recourants du 12 mai 2017 (pièce 4), ainsi que l'ensemble des pièces versées au dossier jusqu'alors ont été soumis à l'autorité inférieure pour prise de position par courrier d'ouverture de la procédure du 22 mai 2017 (pièce 6). D'autre part, le mémoire de réponse de l'autorité inférieure du 20 juin 2017 (pièce 7) a été transmis aux recourants par courrier du 21 juin 2017 (pièce 8).

29 Par ailleurs, la conclusion complémentaire de l'autorité inférieure basée sur l'arrêt Paysage Libre Suisse et déposée le 21 juillet 2017 (pièce 9) a été transmise aux recourants par courrier du 7 août 2017 (pièce 11). De même, le courrier des recourants du 3 août 2017 (pièce 10) a été transmis à l'autorité inférieure par courrier du 7 août 2017 (pièce 12).

30 Tant les conclusions des recourants que de l'autorité inférieure ainsi que leurs arguments ont été pris en compte par l'EiCom dans le cadre de l'appréciation matérielle du cas d'espèce. Ainsi, le droit d'être entendu est respecté (art. 29, PA).

3 Principe de la bonne foi et formalisme excessif

31 Pour M. Daniel Hubert, retenir après coup que le courrier du 15 novembre 2016 d'Immo-Hydro SA (pièce 1, annexe 3 et pièce 4, annexe 25 ; ch. marg. 6) ne constituerait pas une requête de prolongation de délai contreviendrait au principe de la bonne foi (pièce 1, ch. 2, pp. 2 s.). Par ailleurs, en ne l'interpellant pas pour lui demander de préciser s'il s'agissait-là d'une demande formelle en prolongation de délai, l'autorité inférieure aurait également enfreint l'interdiction du formalisme excessif (pièce 1, ch. 3, pp. 3 ss).

32 Dans le cas d'espèce, il ressort du texte de la décision querellée (pièce 1, annexe 2 et pièce 4, annexe 26 ; ch. marg. 7) que l'autorité inférieure a considéré le courrier du 15 novembre 2016 (pièce 1, annexe 3 et pièce 4, annexe 25 ; ch. marg. 6) d'Immo-Hydro SA comme une requête de prolongation de délai pour procéder à la communication de l'avancement du projet. Elle ne lui a cependant pas donné suite, estimant que celle-ci n'était pas fondée quant au fond. Cela ressort tant du fait que l'autorité inférieure a traité ce courrier comme une requête en prolongation de délai que des passages suivants tirés de la page 1 de la décision querellée (pièce 1, annexe 2 et pièce 4, annexe 26 ; ch. marg. 7) : « Par votre courrier du 15 novembre 2016, vous nous demandiez une prolongation du délai de notification d'avancement du projet. Cette requête nous n'avons pas accueillir. *[sic]* » et « [...] ni aucune demande fondée de prolongation de délai ne nous sont parvenus dans les délais légaux [...] ». Il découle de ces formulations que l'autorité inférieure ne nie pas l'existence d'une requête de prolongation de délai mais qu'elle conteste que celle-ci soit fondée. Nous ne sommes donc pas dans un cas d'interprétation trop restrictive du courrier du 15 novembre 2016 (pièce 1, annexe 3 et pièce 4, annexe 25 ; ch. marg. 6) refusant de le considérer comme une requête implicite de prolongation de délai. Dès lors, tout l'argumentaire de M. Daniel Hubert basé sur le fait que l'autorité inférieure n'aurait pas agi de bonne foi en ne considérant

pas le courrier du 15 novembre 2016 (pièce 1, annexe 3 et pièce 4, annexe 25 ; ch. marg. 6) comme une requête de prolongation de délai est sans objet, la décision querellée portant sur le fond (rejet de la demande) et non sur la forme (irrecevabilité faute de demande déposée dans les délais). Il n'y a donc pas eu de violation du principe de la bonne foi. Pour le même motif et *a fortiori*, il n'y a pas plus eu d'infraction à l'interdiction du formalisme excessif.

33 Au vu de ce qui précède, force est de constater que ces griefs de violation du principe de la bonne foi et d'infraction à l'interdiction du formalisme excessif sont infondés en l'espèce.

4 Révocation de la décision

4.1 Généralités

34 Dans la décision querellée (pièce 1, annexe 2 et pièce 4, annexe 26 ; ch. marg. 7), l'autorité inférieure a d'abord rejeté la requête en prolongation de délai pour procéder à la communication de l'avancement du projet avant de révoquer la décision positive d'octroi de la RPC du 14 novembre 2008. Est donc litigieuse la question de savoir à quelles conditions une décision positive d'octroi de la RPC peut être révoquée.

35 A teneur de l'article 3*h*^{bis}, alinéa 1, lettre a OEne, la décision perd son caractère obligatoire lorsque le requérant ne respecte pas les délais de notification de l'avancement du projet ou de mise en service fixés dans les appendices 1.1 à 1.5. L'alinéa 2 de la même disposition réglementaire dispose quant à lui que la société nationale du réseau de transport révoque alors la décision, sauf s'il existe dans le cas de l'al. 1, let. a, c ou d, des circonstances qui ne sont pas imputables au requérant. Si un délai (al. 1, let. a) ne peut pas être respecté pour des raisons du même ordre, la société nationale du réseau de transport peut le prolonger sur demande.

36 Il découle de ce qui précède que la décision positive du 14 novembre 2008 (pièce 4, annexe 7 ; ch. marg. 2) doit être révoquée si M. Daniel Hubert n'a pas respecté la double condition du respect du délai de communication (art. 3*h*^{bis}, al. 1, let. 4 OEne), d'une part, et de l'absence d'une circonstance qui lui serait non-imputable (art. 3*h*^{bis}, al. 1, let. 4 OEne), d'autre part.

37 Le respect de ces deux conditions sera analysé dans les considérants suivants.

4.2 Non-respect du délai de communication

38 L'article 3*h*^{bis}, alinéa 1, lettre a OEne dispose que la décision perd son caractère obligatoire lorsque le requérant ne respecte pas les délais de notification de l'avancement du projet ou de mise en service fixés dans les appendices 1.1 à 1.5. A teneur du chiffre 5.2.2. de l'appendice 1.1 de l'OEne, quatre ans au plus tard après la notification de la décision positive, l'avancement du projet doit faire l'objet d'une communication comportant au minimum les éléments suivants : permis de construire, concession (a) ; prise de position du gestionnaire de réseau concernant l'annonce visée à l'art. 3*i* (b) ; modifications par rapport au ch. 5.1 (c) ; date prévue de mise en service (d).

39 Dans le cas d'espèce la centrale litigieuse a bénéficié d'une décision positive datée du 14 novembre 2008 (pièce 4, annexe 7 ; ch. marg. 2). Suite à l'octroi de deux prolongations de délai successives (pièce 4, annexe 10 ; ch. marg. 4 et pièce 4, annexe 15 ; ch. marg. 5) la date de communication de l'avancement du projet a été fixé au 17 novembre 2016.

40 Par écrit transmis par courriel du 18 octobre 2016 (cf. pièce 4, annexe 24 ; ch. marg. 6) et par courrier du 15 novembre 2016 (pièce 1, annexe 3 et pièce 4, annexe 25 ; ch. marg. 6), Immo-

Hydro SA a exposé l'état d'avancement du projet concernant la centrale litigieuse. Il ne ressort pas du dossier que la formule intitulée « Rétribution à prix coûtant du courant injecté (RPC) : formulaire de notification d'avancement du projet » aurait été produite dans le délai prolongé ni que les documents et éléments exigés par le ch. 5.2.2 de l'appendice 1.1 OEné dans le cadre de la communication de l'avancement du projet auraient été fournis. Or, ce courrier du 15 novembre 2016 avait précisément pour vocation de faire office de communication de l'avancement du projet. Vraisemblablement en raison du fait que celui-ci ne remplissait pas les conditions fixées au ch. 5.2.2 de l'appendice 1.1 OEné, l'autorité inférieure l'a considéré comme une requête de prolongation de délai pour procéder à la communication de l'avancement du projet qu'elle a rejetée (pièce 1, annexe 2 et pièce 4, annexe 26 ; ch. marg. 7). Elle a en effet estimé en substance qu'aucune communication de l'avancement du projet ni aucune requête en prolongation de délai fondée ne lui était parvenue dans le délai. Sur la base de l'article 3^h^{bis}, alinéa 2 OEné, l'autorité inférieure a donc simultanément rejeté la troisième requête de prolongation de délai pour procéder à la communication de l'avancement du projet et révoqué la décision positive d'octroi de la RPC au projet-RPC 12594 du 14 novembre 2008 concernant la petite centrale hydraulique « PCH Centrale hydroélectrique Hubert ».

- 41 Il découle de ce qui précède que M. Daniel Hubert n'a pas respecté le délai de communication de l'avancement du projet pourtant déjà prolongé deux fois. Il reste maintenant à analyser si l'autorité inférieure aurait dû lui octroyer une prolongation de délai pour y remédier.

4.3 Circonstances du retard imputables au requérant

4.3.1 Bases réglementaires et directive

- 42 L'article 3^h^{bis}, alinéa 2 OEné précise que la société nationale du réseau de transport révoque alors la décision, sauf s'il existe dans le cas de l'al. 1, let. a, c ou d, des circonstances qui ne sont pas imputables au requérant ; si un délai (al. 1, let. a) ne peut pas être respecté pour des raisons du même ordre, la société nationale du réseau de transport peut le prolonger sur demande.

- 43 L'Office fédéral de l'énergie (OFEN) a précisé ce qui suit à propos de l'article 3^h^{bis}, alinéa 2 OEné :

*« L'avis n'est pas révoqué si le requérant peut faire valoir des circonstances indépendantes de sa volonté et imprévisibles malgré une **planification professionnelle**. Le délai peut être prolongé (al. 1, let. a, OEné) si le requérant présente une demande écrite dûment motivée à Swissgrid.*

L'appendice 1 de la présente directive indique de manière exemplaire ce qu'on entend par circonstances indépendantes de la volonté du requérant. »

(« Directive relative à la rétribution à prix coûtant du courant injecté (RPC) – Art. 7a LEné – Partie générale, version 1.7 du 1^{er} janvier 2017 », ci-après : directive, téléchargeable sur www.ofen.admin.ch > Thèmes > Mesures d'encouragement > Rétribution de l'injection > Documents utiles > Directives, consulté le 9 novembre 2017, p. 11).

- 44 Selon l'annexe 1 de cette directive, sont notamment reconnus comme étant des circonstances qui ne sont pas imputables au requérant : le dépôt d'oppositions à une construction dans les zones prévues expressément pour la construction de cette catégorie d'installation, le décès du requérant ou dans son entourage direct, la faillite d'un fournisseur principal de composants, le non-respect des délais de livraison, confirmés par écrit, pour des composants entrant dans la

construction de l'installation ou encore des retards dus à la météo lors de dégâts dus aux intempéries.

- 45 En page 11 toujours mais plus loin, cette directive précise encore ce qui suit à propos de l'article 3h^{bis}, alinéa 4 OEné :

*L'avis ne sera pas révoqué malgré le non-respect des délais ou des écarts de l'annonce si le requérant peut faire valoir des circonstances (cf. appendices 1.1 – 1.5 OEné) indépendantes de sa volonté et imprévisibles en dépit d'une **planification professionnelle**. Pour obtenir une prolongation du délai, le requérant présentera une demande écrite dûment motivée à Swissgrid.*

- 46 En page 21 ensuite, l'annexe 1 de la directive précise ce qui suit :

*Le requérant est tenu de respecter les délais prévus par les annexes 1.1 – 1.5 de l'OEné (art. 3h, al. 1 et 2 OEné). S'il ne respecte pas ces délais, la décision perd son caractère obligatoire et elle est alors révoquée par Swissgrid (art. 3h^{bis}, al. 1, OEné). Il est fait exception à cette règle en cas de circonstances indépendantes de la volonté du requérant. Tel est le cas, s'il avance des motifs qui ne sont pas apparus par sa propre faute et qu'il n'aurait pas pu prévoir malgré une **planification professionnelle**.*

- 47 Une prolongation de délai pouvant être accordée au requérant lorsque les circonstances du retard pour procéder à la communication de l'avancement du projet ne lui sont pas imputables, il reste maintenant à analyser si, dans le cas d'espèce, ce retard est imputable à M. Daniel Hubert et si celui-ci disposait d'un droit à l'octroi d'une troisième prolongation de délai fondé sur l'octroi d'une deuxième prolongation de délai.

4.3.2 Retard imputable au requérant

- 48 M. Daniel Hubert exploite déjà une petite centrale hydraulique sise sur le site où doit trouver place la centrale litigieuse (pièce 1, p. 1) et il dispose d'un droit d'eau qualifié de droit réel limité non inscrit au registre foncier, faute d'immatriculation de la parcelle domaniale grevée, mais néanmoins immatriculé comme droit distinct et permanent au registre foncier depuis 1953 (droit emphytéotique perpétuel ; pièce 4, annexe 2).
- 49 Dans le cadre du développement de son industrie, M. Daniel Hubert a déposé auprès de l'autorité inférieure une annonce en vue de l'obtention de la RPC pour une nouvelle petite centrale hydraulique (pièce 4, annexe 6, ch. marg. 1).
- 50 Contrairement à ce qu'affirme M. Daniel Hubert dans ses prises de positions successives, il ressort de l'annonce du 13 mai 2008 (pièce 4, annexe 6 ; ch. marg. 1) qu'il n'avait initialement pas l'intention de réaliser une chute unique, l'annonce mentionnant une hauteur de chute brute de 16.27 m (pièce 4, annexe 6, réponse à la question 33 « Hauteur de la chute brute ») seulement. Or, celle-ci correspond aux conditions fixées dans la concession actuelle (pièce 4, ch. II, let. a, pp. 1 s. qui mentionne une chute brute de 16.345 m ; cf. également ch. marg. 11) alors que la réalisation d'une chute unique aurait vraisemblablement permis d'atteindre une hauteur de 120 – 125 m (pièce 4, annexe 9).
- 51 Le projet a ensuite pris du retard en raison des démarches rendues nécessaires par la modification de projet générée par la volonté de regrouper trois projets de centrales hydrauliques sur une chute unique, volonté qui n'a pas pu se concrétiser. En effet, la centrale litigieuse se trouve entre deux autres petites centrales hydrauliques, à savoir le projet de A SA en amont,

et celui de B SA en aval. La centrale litigieuse a pour vocation de remplacer la centrale actuelle et consiste en une augmentation importante du débit turbinable de façon à ce qu'il soit équivalent aux paliers immédiatement aval et amont. Le projet inclut une augmentation très sensible du rendement en raison du remplacement des installations techniques. Selon M. Daniel Hubert, le projet portait initialement sur une chute unique, co-exploitée par Immo-Hydro SA, A SA et B SA (pièce 4, ch. II, let. c, ch. marg. 24 ss., pp. 5 s.). Dès lors, et comme il le reconnaît lui-même, le retard a essentiellement été engendré par le fait qu'il a préféré développer un nouveau concept centré sur une chute unique, laissant temporairement de côté leur projet initial : « Daniel Hubert s'est toujours montré favorable au projet d'une chute unique. C'est d'ailleurs notamment en raison des transactions avec ces trois partenaires que son projet avait pris de retard depuis 2011 déjà » (pièce 4, ch. II, let. c, ch. marg. 26 s., p. 5).

- 52 Cette solution de chute unique, préconisée par le Canton de Vaud et M. Daniel Hubert, ne sera finalement pas réalisée du fait qu'aucun accord n'a pu être trouvé entre les partenaires. Les trois projets ont donc finalement dus être développés séparément (pièce 4, ch. II, let. c, ch. marg. 24 ss., pp. 5 s.). Il ressort en ces termes du mémoire de recours du 12 mai 2017 (pièce 4, ch. II, let. c, ch. marg. 30, p. 5 ; ch. marg. 11) que M. Daniel Hubert n'a à ce jour à nouveau plus l'intention de réaliser une telle chute unique : « Malheureusement, aucun accord n'a pu être trouvé entre les partenaires et les trois projets ont finalement dus être développés séparément ». Il y a encore lieu de soulever que le caractère non contraignant des exigences du Canton de Vaud relatives à la chute unique ressort du courrier du 9 mai 2017 de Mme Jacqueline de Quattro, Cheffe du Département du territoire, et de l'environnement qui dispose que : « Ces dernières années, l'Etat a toujours été partisan de l'exploitation d'une chute unique qui englobe ces trois paliers. Immo-Hydro a par ailleurs soutenu notre démarche, mais malheureusement aucun accord n'a pas pu être trouvé et les 3 projets sont désormais développés séparément. » (pièce 4, annexe 17). M. Daniel Hubert mentionnait déjà en ces termes ce revers dans sa première demande en prolongation de délai du 26 octobre 2012 adressée à l'autorité inférieure (pièce 4, annexe 9) : « Par un manque de volonté politique le Service des eaux a dernièrement autorisé A SA à présenter seule son projet de 75.50 m indépendamment de la chute unique réunissant, plusieurs partenaires pour environ 120 – 125 m de chute ».
- 53 Malgré l'existence d'un droit d'eau immatriculé comme droit distinct et permanent au registre foncier (droit emphytéotique perpétuel), les changements nécessaires à la réalisation du projet faisant l'objet de la présente procédure sont toutefois tout de même soumis à concession en ce qui concerne l'usage d'un débit supplémentaire et l'utilisation des eaux dérivées comme force motrice pour la production d'énergie électrique. Ainsi, le projet d'acte de concession prévoit un débit turbinable maximum de 7.0 m³/s, dont 1.2 m³/s proviennent du droit emphytéotique perpétuel, si bien que le projet d'acte de concession permet l'usage d'un débit supplémentaire maximum de 5.8 m³/s (pièce 4, annexe 29, article 5, alinéa 7 ; ch. marg. 10). En conséquence, le projet d'acte de concession complémentaire pour usage d'eau n° 2 / 501 portant sur la centrale litigieuse a été déposé à l'enquête auprès du greffe municipal de la Commune de Bex du 31 mars au 3 mai 2017 (pièce 4, annexe 29 ; ch. marg. 10). Z a fait opposition contre ce projet d'acte de concession par courrier recommandé du 3 mai 2017 (pièce 4, annexe 30 ; ch. marg. 10). L'on est dès lors en droit de penser que le traitement de cette opposition prendra un certain temps. L'on ne peut également pas exclure des recours judiciaires contre la décision sur opposition, laquelle n'a semble-t-il toujours pas été rendue à ce jour. Dès lors, l'octroi notamment de la concession et du permis de construire dans le délai de communication de l'avancement du projet prolongé au 18 novembre 2018 (pièce 4, conclusions ; ch. marg. 11) apparaît comme peu probable au regard de l'opposition déposée et de l'état d'avancement du projet. A noter au passage que les autres éléments listés à l'appendice 1.1, ch. 5.2.2 OEne doivent également être produits dans ce délai. Il ne ressort pas du dossier que ces pièces aient été produites ni qu'elles puissent l'être dans le délai. M. Daniel Hubert ne s'en prévaut d'ailleurs pas.

- 54 Depuis la décision positive du 14 novembre 2008 (pièce 4, annexe 7 ; ch. marg. 2), M. Daniel Hubert a connaissance du délai pour procéder à la communication de l'avancement du projet de la centrale litigieuse. Il sait également que ce délai doit impérativement être tenu. Il a d'ailleurs déposé deux demandes en prolongation de délai qui lui ont été octroyées (cf. ch. marg. 4 et 5). Il a ainsi bénéficié d'un délai supplémentaire total de quatre années, portant à huit ans un délai initialement fixé à quatre ans par l'OEne, soit un doublement du délai initial. M. Daniel Hubert n'a toutefois pas mis à profit ce temps imparti pour prendre les mesures techniques, organisationnelles et administratives nécessaires afin de pouvoir procéder à cette communication de l'avancement du projet en ce qui concerne la centrale litigieuse telle qu'initialement annoncée. Bien plus, il a préféré développer un nouveau concept centré sur une chute unique, laissant temporairement de côté son projet initial. Ainsi, M. Daniel Hubert a perdu du temps à développer un projet qui ne s'est finalement pas concrétisé. Ce temps a été perdu aux dépens du temps qui aurait dû être utilisé pour mener à bien les procédures administratives et de suivi de planification de réalisation du projet tel qu'initialement annoncé à l'autorité inférieure et tel qu'il est désormais à nouveau envisagé de le réaliser. Ce comportement tend à démontrer que la planification n'a pas été menée avec suffisamment de professionnalisme. Or, il ressort de la directive que « la planification professionnelle de chaque projet est la condition préalable à une annonce réussie » (directive, commentaire ad art. 3g, p. 7 ; cf. également consid. 4.3.1 où l'on voit que la directive insiste lourdement sur la notion de planification professionnelle des projets).
- 55 Par ailleurs, M. Daniel Hubert se prévaut du fait que, jusqu'à la deuxième prolongation de délai octroyée par l'autorité inférieure par décision du 5 décembre 2014 (pièce 4, annexe 15 ; ch. marg. 5), l'autorité inférieure a admis que le retard ne lui était pas imputable. Il prétend donc au même traitement pour la troisième requête de prolongation de délai déposée postérieurement à cette date (cf. pièce 4, ch. marg. 23, p. 4 ; ch. marg. 11). Toutefois, l'autorité de céans, en sa qualité d'autorité de recours, ne serait pas lié par les décisions de l'autorité inférieure (ATF 90 I 8 consid. 2, 162 consid. 2 ; ATF 91 I 171 / 172 ; ATF 102 Ia 81, consid. 3, p. 87 ; MOOR PIERRE / FLÜCKIGER ALEXANDRE / MARTENET VINCENT, Droit administratif – Volume I – Les fondements, 3^e édition, Berne 2012, ch. 6.2.1.3, p. 849 et références citées et EICom, décision du 14 septembre 2017, 221-00342, consid. 4, ch. marg. 64, p. 14). De surcroît, l'article 3^h^{bis}, alinéa 2 OEne étant une disposition potestative, l'autorité inférieure n'était pas légalement tenue d'accorder la requête en prolongation de délai (EICom, décision du 14 septembre 2017, 221-00337, consid. 3.3, ch. marg. 46, p. 12). Le grief de M. Daniel Hubert basé sur l'inégalité de traitement est dès lors infondé.
- 56 De plus, octroyer la prolongation de délai requise permettrait à M. Daniel Hubert de bénéficier d'une prolongation de délai totale plus longue que le délai réglementaire initial pour déposer la communication d'avancement du projet (six ans de prolongation en plus des quatre ans réglementaires (app. 1.1, ch. 5.2.2), soit une prolongation de délai pour procéder à la communication de l'avancement du projet dépassant de 150% le délai réglementaire). L'on ne voit toutefois pas comment l'octroi d'un délai supplémentaire pour procéder à la communication de l'avancement du projet de la centrale litigieuse devrait permettre à M. Daniel Hubert de remédier enfin au défaut de planification. Il lui faudrait en effet pouvoir mener à bien les procédures lui permettant de disposer, dans le délai prolongé, des documents et éléments exigés au stade de la communication de l'avancement du projet (app. 1.1, ch. 5.2.2, OEne). Cela est d'autant plus sujet à caution que, selon les conclusions déposées (pièce 4, ch. IV, p. 15 ; ch. marg. 11), la communication de l'avancement du projet doit intervenir avant le 18 novembre 2018. Ainsi, le permis de construire et la concession notamment devront être octroyés d'ici là (app. 1.1, ch. 5.2.2, let. a OEne), ce qui suppose préalablement la levée définitive de l'opposition déposée. Les travaux devront ensuite être réalisés dans un délai de deux ans, à savoir avant le 18 novembre 2020 (app. 1.1, ch. 5.2.2 et pièce 4, ch. IV, p. 15 ; ch. marg. 11). Le programme d'octroi de la concession et du permis de construire de deux ans (pièce 4, ch. IV, p. 15 ; ch. marg. 11) projeté est ambitieux au vu de la tâche à réaliser et au regard des risques de procédures. Cela est d'autant plus vrai qu'il ne reste

à ce jour qu'environ un an pour procéder à la communication de l'avancement du projet. Le seul fait d'avoir engagé la procédure d'octroi de la concession et d'avoir déjà franchi le pas du dépôt à l'enquête publique ne constitue donc pas un élément suffisant à lui seul pour garantir que M. Daniel Hubert pourra procéder à la communication de l'avancement du projet avant l'échéance du délai prolongé demandée au 18 novembre 2018. Le fait qu'un recours ait été déposé tend même plutôt à démontrer le contraire.

- 57 Enfin, le produit du supplément ne doit pas dépasser 1,5 centime par kWh de la consommation finale annuelle (art. 15*b*, al. 4 LENE). L'article 3*g*^{bis} OENE établit d'ailleurs une liste d'attente et fixe les critères de prise en compte des installations. L'article 3*g*^{bis} alinéa 1 OENE précise en particulier que c'est la date d'annonce d'un projet qui est déterminante pour sa prise en compte. Il découle de ce que qui précède que toute installation au bénéfice d'une décision positive mais non encore réalisée bloque l'argent destiné à la promotion des énergies soutenues dans le cadre du programme RPC. Ainsi, prolonger indéfiniment les délais de communication de l'avancement du projet ou d'avis de mise en service d'installations en liste d'attente a comme effet collatéral que des projets dont les chances de réalisation sont douteuses bloquent des projets déjà réalisés mais inscrits en liste d'attente. Certains participation à la consultation ont par ailleurs soulevé ce problème (Rapport de l'OFEN sur les résultats de la consultation du 12 juillet 2011 téléchargeable sur www.admin.ch > Droit fédéral > Procédures de consultation > Procédures de consultation terminées > 2011 > DETEC > Révision de l'ordonnance sur l'énergie [OENE] : attestation d'origine, rétribution du courant injecté à prix coûtant [RPC], appels d'offres publics et contributions globales > Rapport, consulté le 8 novembre 2017, Commentaire ad art. 3*d*, ch. 3.1.8, p. 16). Il s'agit là d'un motif supplémentaire qui plaide en faveur d'une pratique restrictive d'octroi des prolongations de délai pour procéder à la communication de l'avancement du projet.
- 58 En ce sens, et sur la base de l'article 3*h*^{bis}, alinéa 1, lettre a OENE en lien avec le chiffre 5.2.2 de l'appendice 1.1 de l'OENE et l'article 3*h*^{bis}, alinéa 2 OENE, il est justifié de ne pas octroyer de troisième prolongation de délai pour procéder à la communication de l'avancement du projet et de procéder à une révocation de la décision positive du 14 novembre 2008.

4.4 Synthèse

- 59 Dans le cas d'espèce et au vu de ce qui précède, force est donc de constater que M. Daniel Hubert n'a pas respecté le délai de communication de l'avancement du projet pourtant déjà prolongé deux fois (cf. consid. 4.2). Le non-respect de ce délai découle de circonstances qui lui sont imputables (manquement à la planification professionnelle). L'octroi de la prolongation de délai requise ne permettra d'ailleurs pas d'y remédier et il n'a pas de droit à obtenir indéfiniment des prolongations de délais successives (cf. consid. 4.3). C'est donc à raison que l'autorité inférieure a rejeté la troisième requête de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet et l'avis de mise en service et a révoqué la décision positive d'octroi de la RPC au projet-RPC 12594 du 14 novembre 2008. La décision de l'autorité inférieure du 9 février dernier (pièce 1, annexe 2 et pièce 4, annexe 26 ; ch. marg. 7) est dès lors confirmée en tous points.
- 60 Ainsi, l'autorité inférieure n'a pas contrevenu au droit fédéral et elle n'a pas abusé de son pouvoir d'appréciation. Elle n'a pas non plus procédé à une constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents, ni rendu une décision inopportune.

5 Emoluments

- 61 En application de l'article 63, alinéas 1 et 4^{bis} lettre b PA et de l'article 2, alinéa 2 de l'ordonnance du 10 septembre 1969 sur les frais et indemnités en procédure administrative (RS 172.041.0), les frais de procédure, arrêtés en l'occurrence à [...] francs, sont mis à la charge des recourants. En raison de l'ampleur du travail généré pour traiter des conclusions relatives à chacune des parties, M. Daniel Hubert s'en acquittera à hauteur de [...] francs et Immo-Hydro SA à hauteur de [...] francs.

6 Dépens

- 62 A teneur de l'article 64, alinéa 1 PA, l'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés. L'article 8, alinéa 5 de l'ordonnance du 10 septembre 1969 sur les frais et indemnités en procédure administrative précise que les frais inutiles, les frais d'autorités fédérales parties et, en règle générale, les frais d'autres autorités parties ne donnent pas droit à une indemnité. (cf. également : MAILLARD MARCEL, Commentaire ad art. 64 PA, in : WALDMANN / WEISSEBERGER, ch. marg. 14, p. 1327).
- 63 Dans la mesure où les recourants succombent, il n'y a pas lieu de leur allouer une indemnité à titre de dépens. D'autre part, l'autorité inférieure n'a elle-même pas droit à des dépens.

(dispositif à la page suivante)

III Dispositif

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

1. Le recours introduit par Immo-Hydro SA est irrecevable faute de qualité pour recourir.
2. Le recours introduit par M. Daniel Hubert est rejeté.
3. La décision du 9 février 2017 par laquelle Swissgrid SA rejette la troisième requête de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet et révoque la décision positive d'octroi de la RPC au projet-RPC 12594 du 14 novembre 2008 est confirmée.
4. L'émolument pour la présente procédure s'élève à [...] francs. Il est mis à la charge de M. Daniel Hubert et d'Immo-Hydro SA, le premier devant s'en acquitter à hauteur de [...] francs et la seconde à hauteur de [...] francs. La facture sera envoyée après l'entrée en force de la présente décision.
5. L'ECom n'alloue de dépens ni à Swissgrid SA, ni à M. Daniel Hubert, ni à Immo-Hydro SA.
6. La présente décision est notifiée à Swissgrid SA, à M. Daniel Hubert et à Immo-Hydro SA par lettre recommandée.

Berne, le 16 novembre 2017

Commission fédérale de l'électricité ECom

Carlo Schmid-Sutter
Président

Renato Tami
Directeur

Envoi :

A notifier par lettre recommandée à :

- M. Daniel Hubert, Rte de Gryon 27, 1880 Bex,
Immo-Hydro SA, Rte de Gryon 27, 1880 Bex,
tous deux représentés par M^e Damien Hottelier, Etude Hottelier avocats, Avenue du Crochetan 68,
case postale 1369, 1870 Monthey 2 ;
- Swissgrid SA, Werkstrasse 12, 5080 Laufenbourg.

copie pour information (en courrier A-Prioritaire) à :

- 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, 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 (art. 47, al. 1, let. c, PA en lien avec l'art. 23, de la loi du 23 mars 2007 sur l'approvisionnement en électricité [LApEl ; RS 734.7] ainsi que les art. 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 (art. 52, al. 1, PA).