



Nos références : 221-00413

Berne, le 5 mars 2019

DECISION

de la Commission fédérale de l'électricité (ElCom)

Composition : Carlo Schmid-Sutter (président), Laurianne Altwegg (vice-présidente),
Matthias Finger, Dario Marty, Sita Mazumder, Andreas Stöckli

en l'affaire : **A SA, [...]**
représentée par M^e Jean-Marc Reymond et M^e Yasmine Sözerman, Etude
Reymond & associés, Avenue de la Gare 1, case postale 7255, 1002 Lausanne
(la recourante)

contre **Pronovo SA**, Dammstrasse 3, 5070 Frick
(l'autorité inférieure)

concernant le rejet de la demande de prolongation de délai pour déposer la communication
de l'avancement du projet concernant le projet RPC L

Table des matières

I	Exposé des faits	3
II	Considérants	9
1	Compétence	9
2	Parties et droit d'être entendu	10
2.1	Parties.....	10
2.2	Droit d'être entendu	10
2.3	Requête en moyen de preuve	10
3	Allégués des parties	12
3.1	Allégués de la recourante.....	12
3.2	Allégués de Swissgrid SA et de l'autorité inférieure.....	13
4	Droit applicable	14
5	Qualification de la décision querellée et entrée en matière	15
6	Rejet de la demande de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet	16
6.1	Non-respect du délai de communication de l'avancement du projet.....	16
6.2	Non-prolongation du délai	17
6.2.1	Bases réglementaires et directive.....	17
6.2.2	Retard imputable à la requérante	18
6.3	Synthèse	21
7	Egalité de traitement et changement de pratique	22
8	Révocation de la décision positive	28
9	Emoluments.....	29
10	Dépens	29
III	Dispositif	30
IV	Indication des voies de recours.....	32

I Exposé des faits

A.

- 1 Par formule dont l'exemplaire produit est non daté et non signé (pièce 1, annexe 3) mais qui a vraisemblablement été établie dans la première quinzaine de décembre 2010 (cf. pièce 1, annexe 5), A SA (ci-après : la recourante) a annoncé l'installation de biomasse [...] (projet RPC L ; l'installation litigieuse) à Swissgrid SA en vue de l'obtention de la rétribution à prix coûtant du courant injecté (RPC). Par courrier recommandé du 1^{er} octobre 2014 (pièce 1, annexe 5), Swissgrid SA a rendu une décision positive en ce qui concerne l'installation litigieuse et a fixé le taux de rétribution provisoire à [...] cts / kWh. Cette décision positive mentionne le 2 octobre 2017 comme date de communication de l'avancement du projet et le 1^{er} octobre 2020 comme date d'avis de mise en service.

B.

- 2 Par décision du [...] [...] ; pièce 1, annexe 8 ; ci-après : procédure connexe), l'autorité de céans, statuant sur recours, a confirmé la décision du 25 novembre 2016 (pièce 1, annexe 7) par laquelle Swissgrid SA a rejeté la requête en changement d'emplacement du projet RPC L, sis à L, vers l'emplacement du projet RPC M, sis à M, et datée du 28 octobre 2016 (pièce 1, annexe 4).
- 3 Cette décision a été attaquée par-devant le Tribunal administratif fédéral (ci-après : TAF, [...]) par mémoire de recours du 19 octobre 2017 de la recourante (pièce 1, annexe 9).

C.

- 4 Par courrier du 29 septembre 2017 (pièce 1, annexe 10), la recourante a déposé une première demande de prolongation de délai d'une durée de deux ans pour déposer la communication de l'avancement du projet. Elle argue en substance que le retard découle de *circonstances indépendantes de sa volonté* et que le projet en faveur duquel le transfert de la décision RPC est requis reste dans la même catégorie que le projet initial, à savoir « autres installations de biomasse selon l'appendice 1.5, ch. 2.4 OEne ». A l'appui de ses dires, elle explique *premièrement* que la non-réalisation du projet RPC L découle de l'abandon du projet de fusion des deux fromageries de L et de N, partenaires du projet, et du fait que deux agriculteurs ont cessé leur activité dans le bétail laitier, privant de ce fait l'installation litigieuse de ses deux principaux fournisseurs de lisier et de fumier. *Deuxièmement* et enfin, la recourante poursuit en précisant que le changement de pratique de Swissgrid SA dont il est fait mention dans la procédure connexe ne lui est pas non plus imputable. Elle souligne en outre que le projet relatif à l'installation litigieuse est paralysé tant que dure la procédure connexe.
- 5 Par courrier du 31 octobre 2017 (pièce 1, annexe 1 ; ci-après : la décision querellée), Swissgrid SA, se prévalant de l'article 3h^{bis} alinéa 1 lettre a et alinéa 2 de l'ordonnance du 7 décembre 1998 sur l'énergie (aOEne ; RS 730.01, état le 1^{er} janvier 2017), a rejeté la demande de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet datée du 29 septembre 2017 en raison du fait que les motifs invoqués dans la demande ne montrent pas des circonstances qui ne sont pas imputables au requérant. Ce courrier ne mentionne pas de voie de droit.

D.

- 6 Par mémoire de recours du 15 novembre 2017 (pièce 1), la recourante a saisi la Commission fédérale de l'électricité (EiCom) pour qu'elle évalue cette décision. Elle conclut à ce qui suit :
- « Fondée sur ce qui précède, la requérante A SA a l'honneur de conclure, avec suite de frais et dépens, à ce qu'il plaise à la Commission fédérale de l'électricité dire et statuer :
- I. Le recours est admis.
- II. La décision rendue par Swissgrid SA le 31 octobre 2017 est annulée.
- III. La requête de prolongation de deux ans du délai de notification de l'avancement du projet RPC L est admise. »
- 7 A l'appui de ses conclusions portant sur le fond de la cause, la recourante dépose les conclusions suivantes portant sur des mesures d'instruction (pièce 1) :
- « A cet égard, A requiert la production de :
- toutes les requêtes reçues tendant à la prolongation du délai de notification de l'avancement du projet ou de mise en service en raison de procédures en cours et
 - toutes les décisions rendues par Swissgrid refusant ou acceptant de prolonger le délai de notification de l'avancement du projet ou de mise en service en raison de procédures en cours. »
- 8 Au vu de ce mémoire, le Secrétariat technique de l'EiCom (ST EiCom) 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 23 novembre 2017 adressé tant à Swissgrid SA qu'à la recourante (pièce 2). Il leur a transmis copie du dossier et a fixé un délai à la recourante pour procéder à l'avance de frais et un autre à Swissgrid SA pour prendre position. Il a également demandé à Swissgrid SA si elle envisageait de révoquer la décision positive, et si oui, dans quel délai. Enfin, le Secrétariat technique de l'EiCom (ST EiCom) a fixé le français comme langue de la procédure.

E.

- 9 La recourante s'est acquitté de l'avance de frais dans le délai fixé (pièces 3 et 4).
- 10 Par mémoire de réponse du 9 janvier 2018 (pièce 5), Pronovo SA (ci-après : l'autorité inférieure) a conclu à ce qui suit :
- « Demande :
1. La procédure est à suspendre jusqu'à ce qu'un jugement exécutoire ait été prononcé dans la procédure 221-00510.
 2. Les explications sur l'appréciation matérielle restent expressément réservées. »
- 11 Ce mémoire de réponse a été transmis à la recourante pour information par courrier recommandé du 10 janvier 2018 (pièce 6).

F.

- 13 Par mémoire de réplique du 1^{er} février 2018 (pièce 7), la recourante a quant à elle conclu à ce qui suit :
- « Au vu de ce qui précède, la recourante A SA a l'honneur de conclure, avec suite de frais et dépens, à ce qu'il plaise à l'EiCom :
- I. Rejeter la demande de suspension de la cause 22100-413 (sic) jusqu'à droit connu sur la procédure 22100-510 (sic) ;
- II. Admettre le recours déposé par A SA le 15 novembre 2017 et faire droit aux conclusions qu'il comporte. »
- 14 Par courrier recommandé du 6 février 2018 (pièce 8), le ST EiCom a transmis à l'autorité inférieure le mémoire de réplique du 1^{er} février 2018 (pièce 7) et lui a fixé un délai pour prendre position. Dans ce courrier, le ST EiCom a également renoncé à prononcer la suspension de la procédure.

G.

- 15 Après avoir demandé et obtenu une prolongation de délai (pièces 9 et 10), l'autorité inférieure a déposé son mémoire de duplique par courrier recommandé du 26 mars 2018 (pièce 11). A cette occasion, elle dépose les conclusions suivantes :
- « Demandes :
1. Le recours du 5 septembre 2017 est à rejeter intégralement.
2. Sous suite de frais et dépens. »
- 16 Par courrier recommandé du 28 mars 2018 (pièce 12), le ST EiCom a transmis à la recourante le mémoire de duplique de l'autorité inférieure du 26 mars 2018 (pièce 11).

H.

- 17 Par courrier du 11 octobre 2018 (pièce 14), le ST EiCom a soumis à l'autorité inférieure une question qui poursuit le même but que les conclusions en moyen de preuve complémentaire déposées par la recourante dans son mémoire de recours (pièce 1 ; ch. marg. 7) et lui a demandé de déposer les éléments de preuve y relatifs. Il a en outre informé les parties qu'il versait au dossier de la cause la Directive relative à la rétribution à prix coûtant du courant injecté (RPC) – Art. 7a LEne – Partie générale, version 1.7 du 1^{er} janvier 2017 » (ci-après : directive ; pièce 13).
- 18 Par courrier recommandé du 2 novembre 2018 (pièce 15), l'autorité inférieure a déposé une prise de position accompagnée d'un bordereau de 54 annexes en réponse au courrier du ST EiCom du 11 octobre 2018 (pièce 14).
- 19 Cette prise de position a été transmise à la recourante pour information par courrier recommandé du 5 novembre 2018 (pièce 16). Le ST EiCom a en outre informé les parties que, si, dans le cadre de ses investigations, il devait arriver à la conclusion que la décision de Swissgrid SA du 31 octobre 2017 (pièce 1, annexe 1) par laquelle celle-ci a rejeté la demande de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet était correcte, il proposerait à l'autorité de céans de révoquer elle-même la décision positive du 1^{er} octobre 2014 (pièce 1, annexe 5) sur la base de l'article 3h^{bis}, alinéa 2 aOEne (état le 1^{er} janvier 2017). Il leur a également communiqué que la cause était prête pour le prononcé d'une décision.

I.

- 20 Par courrier du 6 novembre 2018 (pièce 17), la recourante a requis du ST EICom qu'il lui fixe un délai pour se déterminer sur la question de la révocation de la décision positive du 1^{er} octobre 2014 (pièce 1, annexe 5) ainsi que sur les pièces produites par l'autorité inférieure par courrier du 2 novembre 2018 (pièce 15). La mandataire de la recourante a été informée par téléphone du 7 novembre 2018 (pièce 18) que le ST EICom ne fixera pas un tel délai à la recourante mais que, en vertu de son droit de réplique inconditionnel, celle-ci peut déposer en tout temps une prise de position spontanée qui sera transmise à l'autorité inférieure pour information. Tant le courrier du 6 novembre 2018 (pièce 17) que la notice téléphonique du 7 novembre 2018 (pièce 18) ont été transmises à l'autorité inférieure par courriel du 7 novembre 2018 (pièce 19).
- 21 Par courrier du 13 novembre 2018 (pièce 20), la recourante a déposé une prise de position spontanée. Après avoir analysé les annexes produites par l'autorité inférieure par courrier recommandé du 2 novembre 2018 (pièce 15), elle constate que les pièces produites ne sont pas conformes à l'ordre exprès donné par le ST EICom à l'autorité inférieure par courrier du 11 octobre 2018 (pièce 14). Elle estime également que celles-ci ne sont pas représentatives de la pratique de l'autorité inférieure en matière de prolongation de délai et s'étonne que cette dernière n'ait même pas expliqué la raison pour laquelle elle ne respecte pas l'ordre reçu. Au vu de quoi, la recourante a déposé la conclusion suivante :
- « Au vu de ce qui précède, je requiers qu'il vous plaise ordonner à Pronovo SA de donner suite à l'ordre de production de pièces du 11 octobre 2018. »
- 22 La recourante se réserve ensuite le droit de se déterminer ultérieurement sur ces pièces ainsi que sur la question de la révocation de la décision RPC.
- 23 Par courrier recommandé du 20 novembre 2018 (pièce 21), le ST EICom a transmis à l'autorité inférieure la prise de position spontanée de la recourante du 13 novembre 2018 (pièce 20). Constatant que l'autorité inférieure n'a effectivement pas produit la totalité des pièces demandées par courrier du 11 octobre 2018 (pièce 14), le ST EICom l'a prié de bien vouloir y donner suite intégralement dans un délai fixé. Il a toutefois limité sa demande aux pièces rendues dans la période s'écoulant de janvier 2014 au 20 novembre 2018 en justifiant que cette période suffit pour déterminer si Swissgrid SA a ou non opéré un changement de pratique en 2016. Parallèlement, il lui a également demandé de confirmer que, à compter de 2016, la pratique de Swissgrid SA est constante, tout en précisant la date exacte du changement de pratique et en transmettant l'intégralité des décisions de Swissgrid SA, respectivement de Pronovo SA, postérieures à cette date et qui s'écarteraient de cette nouvelle pratique. L'autorité inférieure a aussi été invitée à motiver le fait qu'elle ne soit pas en mesure de produire telle ou telle pièce requise.

J.

- 24 Par courrier recommandé du 6 décembre 2018 (pièce 22), l'autorité inférieure a donné suite au courrier recommandé du 20 novembre 2018 (pièce 21) par lequel le ST EICom demandait un complément d'information. Quinze annexes sont jointes à ce courrier. Celles-ci comprennent notamment trois décisions supplémentaires de 2017 et dix décisions de 2018 par lesquelles l'autorité inférieure octroie ou rejette une demande de prolongation de délai pour procéder à la communication de l'avancement du projet, respectivement à l'avis de mise en service. Selon l'autorité inférieure, pour les années 2014 et 2015, aucun autre document n'a pu être joint, puisqu'il n'y a eu que le nombre déjà transmis et qui est inférieur à dix. Si elle fait valoir que la question de savoir s'il y a eu changement de pratique ou non n'est pas pertinente, l'autorité inférieure admet toutefois, en renvoyant à des procès-verbaux de séances avec l'Office fédéral de l'énergie (OFEN), que « [le] changement de pratique a eu lieu dans le cadre des changements d'emplacement. En outre, Pronovo a limité la prolongation de délai maximale possible. Ce durcissement

s'applique depuis l'automne 2016 ». Elle estime également qu'il y a lieu de trancher la question de savoir s'il y a eu ou non des circonstances qui ne sont pas imputables au requérant et renvoie à la procédure de recours actuellement pendante par-devant le Tribunal administratif fédéral (A-4082/2018).

- 25 Par courrier recommandé du 10 décembre 2018 (pièce 23), le ST EICom a transmis à la recourante le courrier recommandé du 6 décembre 2018 de l'autorité inférieure (pièce 22) et lui a fixé un délai pour déposer sa prise de position sur les pièces produites par Pronovo SA en annexe à ses prises de position du 2 novembre 2018 (pièce 15) et du 6 décembre 2018 (pièce 22) et à se déterminer sur la question de la révocation de la décision positive.
- 26 Par courrier du 17 décembre 2018 (pièce 24), la recourante constate que Pronovo SA persiste à ne pas collaborer à l'établissement des faits et que les pièces produites ne sont pas conformes à l'ordre exprès de l'EICom notifié par courrier du 11 octobre 2018 (pièce 14) et réitéré par courrier du 20 novembre 2018 (pièce 21). A l'appui de ses dires, elle dépose six annexes qui sont des décisions de Swissgrid SA octroyant la prolongation de délai requise pour procéder à la communication de l'avancement du projet, respectivement pour déposer l'avis de mise en service, au motif que le retard n'est pas imputable au requérant. Ces pièces, datées de 2014 pour l'une d'entre elles et 2015 pour les autres tendent à démontrer que les affirmations de l'autorité inférieure ne sont pas conformes à la réalité dans la mesure où elles n'ont pas été produites en la cause alors que l'autorité inférieure a affirmé avoir produit toutes les décisions relatives aux années 2014 et 2015. Du fait que les explications de l'autorité inférieure ne seraient pas non plus toujours très compréhensibles, elle demande également des explications plus précises portant sur le changement de pratique de Swissgrid SA, respectivement de l'autorité inférieure, en matière d'octroi ou non de prolongation délai, d'une part, ainsi que sur un éventuel second changement de pratique en la matière, d'autre part. Elle dépose ainsi les conclusions suivantes :
- « Au vu de ce qui précède, la recourante requiert qu'il vous plaise :
- I. Impartir un ultime délai à Pronovo SA pour donner suite à l'ordre de production de pièces du 11 octobre 2018 réitéré le 20 novembre 2018 ;
 - II. Impartir un ultime délai à Pronovo SA pour expliquer clairement quelle était sa pratique en matière de prolongation de délai avant et après l'automne 2016 ;
 - III. Interpeller Pronovo SA sur sa nouvelle pratique en matière de prolongation de délai compte tenu des décisions rendues le 19 septembre et le 13 novembre 2018 (pièces 7 et 13) ;
 - IV. Impartir un nouveau délai à la recourante pour se déterminer sur ces aspects ainsi que sur la question de la révocation de la décision RPC.
- 27 Par courrier recommandé du 18 décembre 2018 (pièce 25), le ST EICom a transmis à l'autorité inférieure le courrier de la recourante du 17 décembre 2018 (pièce 24). Constatant que l'autorité inférieure n'a effectivement pas produit la totalité des pièces demandées par courriers du 11 octobre (pièce 14) et 20 novembre 2018 (pièce 21), le ST EICom a dès lors intégralement fait droit aux conclusions prises par la recourante dans sa prise de position du 17 courant (pièce 24). Il l'a prié de bien vouloir y donner suite intégralement dans un délai fixé tout en lui rappelant son devoir de collaborer conformément à l'article 13 PA. Pour des raisons de clarté, il a également demandé à l'autorité inférieure de faire un lien entre chaque demande de prolongation de délai et la décision de Swissgrid SA y relative.

K.

- 28 Par courrier recommandé du 11 janvier 2019 (pièce 26), l'autorité inférieure a donné suite au courrier recommandé du 18 décembre 2018 (pièce 25). Un bordereau de quinze annexes (demandes de prolongation de délai et décisions de Swissgrid SA y relatives pour les années 2014 et 2015) ainsi que la liste des demandes de prolongation de délai de juillet 2016 à novembre 2018 sont jointes à ce courrier. L'autorité inférieure a également précisé sa pratique en matière de prolongation de délai pour procéder à l'avis de mise en service ou pour déposer la communication de l'avancement du projet.
- 29 Par courrier recommandé du 21 janvier 2019 (pièce 27), la recourante a constaté qu'aucune prise de position ni aucune pièce complémentaire faisant suite à sa prise de position du 17 décembre 2018 (pièce 24) ne lui était parvenue. En foi de quoi, elle a conclu à ce qui suit :
- « Au vu de ce qui précède, je requiers respectueusement qu'il vous plaise nous notifier ce qui a été produit par Pronovo SA dans l'ultime délai imparti. »
- 30 Cette prise de position a été transmise à l'autorité inférieure pour information par courrier recommandé du 22 janvier 2019 (pièce 28).
- 31 Par courrier du 22 janvier 2019 (pièce 29), le ST ElCom a transmis à la recourante le courrier recommandé du 11 janvier 2019 de l'autorité inférieure (pièce 26) et lui a fixé un délai pour déposer sa prise de position et pour se déterminer sur la question de la révocation de la décision positive. Il lui a également demandé de préciser la conclusion n. III figurant dans le courrier recommandé du 17 décembre 2018 (pièce 24) de manière à ce que le renvoi aux pièces soit sans ambiguïté.

L.

- 32 Par courrier recommandé du 13 février 2019 (pièce 30), la recourante a déposé une prise de position ainsi qu'un bordereau de huit annexes. Elle a conclu à ce qui suit :
- « Fondée sur ce qui précède, la recourante A SA a l'honneur de confirmer, toujours sous suite de frais et dépens, les conclusions prises au pied de son recours du 15 novembre 2017. »
- 33 Cette prise de position a été transmise à l'autorité inférieure pour information par courrier recommandé du 18 février 2019 (pièce 31).
- 34 Il sera revenu ci-après, en tant que besoin, sur les autres éléments du dossier.

II Considérants

1 Compétence

- 35 Conformément à l'article 74, alinéa 5 de la loi du 30 septembre 2016 sur l'énergie (LEne ; RS 730.0), l'EiCom tranche en cas de litige résultant de procédures soumises, quant au régime des compétences, à l'ancien droit, dans la mesure où elle était compétente en la matière en vertu de ce droit.
- 36 La recourante a déposé un recours auprès de l'EiCom en date du 15 novembre 2017 (pièce 1).
- 37 Conformément à l'article 25, alinéa 1bis de la loi du 26 juin 1998 sur l'énergie (aLEne ; RS 730.0, état le 1^{er} janvier 2017 ; sur le droit applicable, cf. consid. 4 ci-après), la Commission de l'électricité statue sur les litiges relatifs aux conditions de raccordement pour les installations de production d'énergie et aux suppléments sur les coûts de transport (art. 7, 7a, 15b et 28a aLEne, état le 1^{er} janvier 2017).
- 38 En l'espèce, le litige porte sur le rejet d'une demande de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet et, par ricochet, sur la décision de révocation de la décision positive en application de l'article 3h^{bis}, alinéa 2 aOEne (état le 1^{er} janvier 2017). Il s'agit donc d'un litige relatif aux conditions de raccordement pour les installations de production d'énergie au sens de l'article 25, alinéa 1bis aLEne (état le 1^{er} janvier 2017). Swissgrid SA a rendu la décision litigieuse en 2017 selon le droit alors en vigueur. La compétence de l'EiCom est ainsi donnée.
- 39 Le Tribunal fédéral (ci-après : TF) a jugé que Swissgrid SA rendait des décisions au sens de l'article 5 PA dans le cadre de la RPC (TF, arrêt du 21 juin 2017, 1C_532/2016, arrêt Paysage Libre Suisse, consid. 2.3.2), si bien que la présente procédure doit être qualifiée de procédure de recours et qu'elle doit être menée conformément aux articles 44 ss PA (art. 47, al. 1, let. c, PA en lien avec l'art. 25, al. 1^{bis} aLEne [état le 1^{er} janvier 2017]).
- 40 Selon l'article 63, alinéa 1, lettre c LEne, l'organe d'exécution est compétent pour l'exécution de la rétribution de l'injection en vertu de l'ancien droit. L'organe d'exécution exerce ses compétences à partir de sa création (art. 74, al. 4, 1^{ère} phrase, LEne). Pronovo SA a été inscrite au registre du commerce en date du 6 novembre 2017 (cf. www.zefix.ch). Il découle de ce qui précède que ce n'est plus Swissgrid SA mais bien Pronovo SA, en tant de successeur juridique, qui revêt la qualité d'autorité précédente.
- 41 Présenté dans le délai (art. 50, al. 1, PA) et les formes (art. 52, al. 1, PA) prescrits par la loi, le recours est recevable et il convient donc d'entrer en matière (cf. EiCom, décision du 7 juin 2018, 221-00377, consid. 1, ch. marg. 28 ss, pp. 8 s. et références citées).

2 Parties et droit d'être entendu

2.1 Parties

- 42 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, ci-après : DUBEY / ZUFFEREY, ch. marg. 2073, p. 731).
- 43 La recourante a pris part à la procédure menée par Swissgrid SA dont elle était la destinataire de la décision (pièce 1, annexe 1). La recourante est donc également destinataire de la présente décision. Elle dispose ainsi de la qualité pour recourir.
- 44 En sa qualité d'exploitante de l'installation litigieuse, la recourante est spécialement atteinte par la décision attaquée, a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification, et a jusqu'à présent toujours été partie à la procédure. Elle revêt ainsi la qualité de partie au sens de l'article 48 PA (cf. ElCom, décision du 7 juin 2018, 221-00377, consid. 2.1, ch. marg. 35 ss, p. 9).

2.2 Droit d'être entendu

- 45 Tant la recourante que Swissgrid SA et Pronovo SA, en tant de successeur juridique de celle-ci, ont bénéficié de la faculté de prendre position dans le cadre de la présente procédure. Ainsi, les écritures de la recourante ont été soumises à Swissgrid SA, respectivement à l'autorité inférieure, pour prise de position. De même, les écritures de Swissgrid SA, respectivement de l'autorité inférieure, ont également été transmises à la recourante. Tant les conclusions de la recourante que celles de Swissgrid SA, respectivement de l'autorité inférieure, ainsi que leurs arguments ont été pris en compte par l'autorité de céans dans le cadre de l'appréciation matérielle du cas d'espèce. Ainsi, le droit d'être entendu est respecté (art. 29, PA).

2.3 Requête en moyen de preuve

- 46 Par mémoire de recours du 15 novembre 2017 (pièce 1, cf. ch. marg. 7), la recourante a déposé une requête en moyen de preuve par laquelle elle demande « la production de toutes les requêtes reçues tendant à la prolongation du délai de notification de l'avancement du projet ou de mise en service en raison de procédures en cours (1) et [de] toutes les décisions rendues par Swissgrid refusant ou acceptant de prolonger le délai de notification de l'avancement du projet ou de mise en service en raison de procédures en cours (2). ». Elle entend ainsi démontrer que l'autorité inférieure n'a pas véritablement de nouvelle pratique en matière d'octroi de prolongation de délai pour procéder à la communication de l'avancement du projet, si bien qu'elle enfreindrait le principe de l'égalité de traitement dans le cas d'espèce. La décision querellée contreviendrait en effet à la pratique de Swissgrid SA selon laquelle la première demande de prolongation de délai pour procéder à la communication de l'avancement du projet, respectivement à l'avis de mise en service, serait systématiquement accordée.

- 47 Au vue de la conclusion en moyen de preuve complémentaire déposée par la recourante dans son mémoire de recours (pièce 1 ; ch. marg. 7), le ST ElCom a soumis à l'autorité inférieure la question suivante par courrier du 11 octobre 2018 (pièce 14) et qui poursuit le même but :
- « Swissgrid SA, respectivement Pronovo SA, a-t-elle modifié sa manière de procéder lorsqu'une demande de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet lui est soumise ? Si oui, quand et pourquoi ?
- A l'appui de sa réponse, Pronovo SA produira, par années entières concernées, dix demandes de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet ou l'avis de mise en service reçues par Swissgrid SA, respectivement Pronovo SA, ainsi que les décisions y relatives rendues par Swissgrid SA, respectivement Pronovo SA. Les pièces produites seront caviardées et seront représentatives de la manière de procéder. »
- 48 Comme l'autorité inférieure n'as pas donné suite intégralement à cette demande et au vu de la prise de position spontanée de la recourante du 13 novembre 2018 (pièce 20), le ST ElCom a réitéré sa demande par courrier recommandé du 20 novembre 2018 (pièce 21). Il a en outre précisé sa demande en ce sens :
- « Nous limitons toutefois les pièces requises à la période s'écoulant de janvier 2014 à ce jour. Cette période suffit en effet pour déterminer si Swissgrid SA a ou non opéré un changement de pratiqué en 2016. Nous vous prions également de bien vouloir nous confirmer que, à compter de 2016, la pratique de Swissgrid SA est constante. Vous en préciserez la date exacte. Vous nous ferez également parvenir l'intégralité des décisions de Swissgrid SA, respectivement de Pronovo SA, postérieures à cette date et qui s'écarteraient de cette nouvelle pratique. Enfin, si vous ne deviez pas être en mesure de produire les pièces requises pour quelque raison que ce soit, nous vous saurions gré de bien vouloir le motiver à suffisance. »
- 49 A teneur de l'article 33, alinéa 1 PA, l'autorité admet les moyens de preuve offerts par la partie s'ils paraissent propres à élucider les faits. Un moyen de preuve est propre à élucider les faits lorsqu'il est apte à éclaircir les faits pertinents. Au contraire, les états de fait non pertinents et les questions de droit ne font pas l'objet de la preuve. L'autorité détermine la probable force probante du moyen de preuve en posant un pronostic (cf. WALDMANN BERNHARD / BICKEL JÜRIG, Commentaire ad art. 33, ci-après : WALDMANN / BICKEL, in : WALDMANN / WEISSENBERGER, ch. marg. 14 ss ad art. 33). L'autorité peut aussi renoncer à l'administration de preuves lorsque les faits pertinents sont déjà suffisamment établis. Pour évaluer si tel est le cas, l'autorité procède à une appréciation anticipée des preuves. L'on peut renoncer à ordonner des mesures probatoires complémentaires si, en raison des preuves déjà recueillies, elle a déjà fondée sa conviction et qu'elle peut admettre que le fait d'ordonner des moyens de preuve complémentaires n'y changerait rien. Cela intervient également dans le cadre du principe de l'économie de procédure (cf. WALDMANN / BICKEL, ch. marg. 21 ss ad art. 33 ; ElCom, décision du 14 septembre 2017, 221-00342, consid. 2.3, pp. 8 s. et références citées).
- 50 La production par l'autorité inférieure de toutes les requêtes reçues tendant à la prolongation du délai de notification de l'avancement du projet ou de mise en service en raison de procédures en cours et de toutes les décisions rendues par Swissgrid refusant ou acceptant de prolonger le délai de notification de l'avancement du projet ou de mise en service en raison de procédures en cours (pièce 1, cf. ch. marg. 7) n'est pas un moyen de preuve propre à démontrer que celle-ci enfreint le principe de l'égalité de traitement. En effet, dans ses prises de position du 26 mars 2018 (pièce 11) et du 2 novembre 2018 (pièce 15 ; cf. ch. marg. 56), l'autorité inférieure a expliqué ne jamais avoir eu de pratique consistant à accepter systématiquement les prolongations de délai pour procéder à la communication de l'avancement du projet, respectivement pour déposer l'avis de mise en service, jusqu'au doublement du délai initial mais a toutefois reconnu accorder

ces prolongations de manière plus restrictive à compter de 2016 afin d'atteindre l'objectif d'encouragement de la production d'électricité à partir d'énergies renouvelables prévu par la législation fédérale sur l'énergie (maturité des projets ; sur cette notion, cf. ch. marg. 56). A l'appui de ses dires, elle a produit (en annexe à la pièce 15) un bordereau de 54 annexes (courriers et courriels) qu'elle présente comme étant des « documents [qui] démontrent que dans des cas comparables, il a été décidé comme dans le cas présent ». Elle admet également qu'« [un] droit à une éventuelle égalité de traitement à tort existerait uniquement en présence d'une pratique illégale constante d'une autorité d'application du droit et si celle-ci donnait à reconnaître qu'elle ne pense pas s'écarter de cette pratique à l'avenir [...] Même si ceci a été décidé autrement selon le cas, cela n'entraîne pas un droit à l'égalité de traitement à tort. ». Par courrier recommandé du 6 décembre 2018 (pièce 22) donnant suite au courrier recommandé du 20 novembre 2018 (pièce 21) dans lequel le ST ElCom demandait un complément d'information, l'autorité inférieure a produit quinze annexes qui comprennent notamment trois décisions supplémentaires de 2017 et dix décisions de 2018 par lesquelles l'autorité inférieure octroie ou rejette une demande de prolongation de délai pour procéder à la communication de l'avancement du projet, respectivement à l'avis de mise en service (cf. ch. marg. 24). Par ailleurs, par prise de position du 11 janvier 2019 (pièce 26) faisant suite au courrier recommandé du 18 décembre 2018 (pièce 25) dans lequel le ST ElCom réitérait sa demande de complément d'information, l'autorité inférieure a produit un bordereau de quinze annexes qui correspondent à des décisions supplémentaires de 2014 – 2015 par lesquelles l'autorité inférieure a octroyé ou rejeté diverses demandes de prolongation de délai pour procéder à la communication de l'avancement du projet, respectivement à l'avis de mise en service, accompagné des demandes y relatives ainsi que la liste des demandes de prolongation de délai pour procéder à l'avis de mise en service ou pour déposer la communication de l'avancement du projet de juillet 2016 à novembre 2018 (cf. ch. marg. 28). Si ces documents doivent encore être analysés (cf. notamment ch. marg. 98 et 110), leur diversité linguistique ainsi que la période de temps qu'ils couvrent (2010 – 2018) en font un échantillon représentatif permettant de se faire une idée de la pratique de Swissgrid SA en matière de prolongation le délai de notification de l'avancement du projet ou de mise en service en raison de procédures en cours. La question posée par le ST ElCom dans ses courriers du 11 octobre 2018 (pièce 14), 20 novembre 2018 (pièce 21) et 18 décembre 2018 (pièce 25) et en réponse de laquelle les pièces ci-dessus ont été produites poursuivait le même but que les conclusions en moyen de preuve complémentaire déposées par la recourante dans son mémoire de recours (pièce 1, cf. ch. marg. 7). Force est donc de constater que, en raison des preuves déjà recueillies, les faits pertinents sont déjà suffisamment établis. Il est ainsi inutile d'ordonner le moyen de preuve requis tel qu'il ressort des conclusions de la recourante.

- 51 Ainsi, la requête en moyen de preuve déposée par mémoire de recours du 15 novembre 2017 (pièce 1) est partiellement rejetée dans la mesure où il a partiellement été donné suite à cette requête par question du ST ElCom des 11 octobre 2018 (pièce 14), 20 novembre 2018 (pièce 21) et 18 décembre 2018 (pièce 25) qui a permis d'établir les faits pertinents à suffisance.

3 Allégués des parties

3.1 Allégués de la recourante

- 52 En ce qui concerne la forme, la recourante estime que la décision querellée est une *décision sujette à recours selon l'article 44 PA*. Elle estime donc implicitement qu'il s'agit d'une *décision finale*. Pour elle en effet, le maintien de la décision entraîne la révocation de la décision positive.
- 53 Quant au fond et *premièrement*, la recourante estime que la décision querellée constitue une *violation du droit fédéral*. Pour elle en effet, il y a lieu d'interpréter l'article 3h^{bis}, alinéa 1, lettre a

et alinéa 2 aOEne (état le 1^{er} janvier 2017) dans le sens que la décision octroyant la RPC garde son caractère obligatoire et que les délais pour déposer la communication de l'avancement du projet et l'avis de mise en service doivent être prolongés lorsque, pour des raisons qui ne lui sont pas imputables, la requérante se trouve dans l'impossibilité de les respecter. La recourante estime ainsi que le délai pour déposer la communication de l'avancement du projet n'a certes pas été respecté mais que les motifs du retard ne lui seraient pas imputables du fait que le projet relatif à l'installation litigieuse est paralysé tant que dure la procédure relative au transfert de la décision RPC y relative actuellement pendante par-devant le Tribunal administratif fédéral. Or, cette dernière aurait également été initiée pour des motifs qui ne lui seraient pas imputables, à savoir l'abandon du projet de fusion des deux fromageries de L et de N, partenaires du projet, et la cessation d'activité dans le bétail privant de ce fait l'installation litigieuse de ses deux principaux fournisseurs de lisier et de fumier.

- 54 *Deuxièmement*, Swissgrid SA aurait violé le principe de l'*égalité de traitement* en changeant soudainement de pratique en matière d'octroi de prolongation de délai pour procéder à la communication de l'avancement du projet. Les conditions du changement de pratique ne seraient pas remplies en l'espèce. La requérante soulève notamment que le changement de pratique de Swissgrid SA dans son application de l'article 3h^{bis} alinéa 1, lettre a en lien avec l'alinéa 2 aOEne ne serait notamment pas justifié par des motifs sérieux et pertinents. De plus, non seulement il ne serait pas général et durable, mais en plus il contreviendrait également à la sécurité juridique et au principe de la bonne foi.

3.2 Allégués de Swissgrid SA et de l'autorité inférieure

- 55 En ce qui concerne la forme, il y a lieu de retenir des conclusions de l'autorité inférieure déposées dans son mémoire du 9 janvier 2018 (pièce 5) qu'elle considère quant à elle que la décision querellée est une *décision incidente relative à la marche de la procédure* qui n'est *pas séparément susceptible de recours* (renvoi général à la procédure 221-00510).
- 56 Quant au fond et *premièrement*, l'autorité inférieure estime que Swissgrid SA, respectivement elle-même, n'ont *pas changé de pratique* en matière d'octroi de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet. Pronovo SA fait valoir en substance ne jamais avoir eu de pratique consistant à accepter systématiquement les prolongations de délai pour procéder à la communication de l'avancement du projet, respectivement pour déposer l'avis de mise en service, jusqu'au doublement du délai initial. Elle reconnaît cependant accorder ces prolongations de manière plus restrictive depuis 2016 afin d'atteindre l'objectif d'encouragement de la production d'électricité à partir d'énergies renouvelables prévu par la législation fédérale sur l'énergie (maturité des projets). Il semblerait que l'autorité inférieure rattache la notion de maturité du projet à l'article 3g^{bis} aOEne qui prévoit notamment que c'est la date d'annonce d'un projet qui est déterminante pour sa prise en compte (voir le renvoi à ElCom, décision du 16 novembre 2017, 221-00356, actuellement pendante par-devant le TAF, ch. marg. 57, p. 13 qui traite de l'article 3g^{bis} aOEne). Ainsi, 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. C'est en ce sens donc qu'il faut comprendre qu'un projet d'installation annoncé trop précocement ne présente pas la maturité nécessaire. Elle estime aussi que les annexes produites démontrent que la décision querellée est conforme à sa pratique en la matière tout en précisant que si certaines décisions devaient s'en écarter, la recourante ne saurait en retirer aucun droit du fait que l'autorité inférieure n'a pas une pratique illégale constante dont elle ne pense pas s'écarter à l'avenir. Elle explique enfin s'être écartée en 2018 de la pratique antérieure consistant à ne pas prolonger le projet de plus du double du nombre d'années prévues dans la communication de l'avancement du projet et octroyer désormais une nouvelle prolongation s'il y a des raisons indépendantes de la volonté de l'intéressé.

- 57 Dès lors, *deuxièmement*, seule la question de la présence ou de l'absence d'un *motif imputable à la requérante* devrait être tranchée dans le cadre de l'octroi ou non d'une prolongation de délai pour procéder à la communication de l'avancement du projet. Les procédures judiciaires ou administratives en cours ne doivent pas de manière générale être considérées comme des motifs de prolongation de délai. Il y a ainsi lieu de distinguer les recours raisonnablement prévisibles des autres recours. Dans le cas d'espèce, le retard serait dû à une requête de transfert de la décision positive. Or, il ne s'agit pas là du recours d'un tiers qui entrave l'avancement d'un projet, mais bien d'une procédure initiée par la recourante elle-même. De plus, les conditions d'octroi de celles-ci étant très restrictives, la recourante ne devait raisonnablement pas s'attendre à ce qu'il soit fait droit aisément à une requête de transfert de la décision positive déposée si peu de temps avant l'échéance du délai de communication de l'avancement du projet. C'est en ce sens donc que le retard pour procéder à la communication de l'état d'avancement du projet serait imputable à la requérante.

4 Droit applicable

- 58 En règle générale, les normes en vigueur au moment où les faits se produisent s'appliquent aux faits dont les conséquences juridiques sont en cause (MOOR PIERRE / FLÜCKIGER ALEXANDRE / MARTENET VINCENT, *Droit administratif – Volume I – Les fondements*, 3^e éd., Berne 2012, ci-après : MOOR / FLÜCKIGER / MARTENET, n. 2.4.2.3, p. 184 ; cf. également TAF, arrêt du 21 décembre 2016, A-6840/2015, consid. 3.1.2 ; EICOM, décision du 7 juin 2018, 221-00377, consid. 4, ch. marg. 48, p. 11 et références citées). Lorsqu'un changement de droit survient en cours de procédure de recours et qu'aucune règle de droit intertemporel ne détermine le droit applicable, l'autorité de recours (judiciaire mais aussi administrative) doit appliquer le même droit que celui appliqué par l'autorité précédente pour rendre la décision qui fait l'objet du recours, c'est-à-dire l'ancienne loi ; à ce stade, c'est l'intérêt (privé) à la prévisibilité et à la sécurité du droit qui l'emporte ; cela parce que la fonction des autorités de recours est celle de contrôler la bonne application du droit dans la décision querellée (DUBEY / ZUFFEREY, ch. marg. 367, p. 132).
- 59 Dans le cas d'espèce, Swissgrid SA a rejeté la demande de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet par décision du 31 octobre 2017 (pièce 1, annexe 1). Le refus d'octroi de la prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet entraîne nécessairement la révocation de la décision positive sur la base de l'article 3h^{bis}, alinéa 2, aOEne (état le 1^{er} janvier 2017) dans la mesure où celui-ci ne laisse aucune latitude de jugement à Swissgrid SA en la matière (cf. ch. marg. 66 ss). Or, il n'existe pas de disposition transitoire réglant la question du droit intertemporel en matière de révocation d'une décision positive prononcée en première instance sur la base de l'ancien droit, c'est-à-dire l'article 3h^{bis}, alinéa 2 aOEne (état le 1^{er} janvier 2017). Ainsi, en ce qui concerne le droit de fond, l'autorité de céans applique la loi du 26 juin 1998 sur l'énergie (aLEne ; RS 730.0, état le 1^{er} janvier 2017) ainsi que l'ordonnance du 7 décembre 1998 sur l'énergie (aOEne ; RS 730.01, état le 1^{er} janvier 2017 également), alors en vigueur au moment de la décision de révocation de première instance.
- 60 Ensuite, les nouvelles règles de procédure s'appliquent dès leur entrée en vigueur à toutes les causes qui sont encore pendantes, à moins que les principes structurant l'organisation du nouveau régime soient fondamentalement différents de l'ancien (MOOR / FLÜCKIGER / MARTENET, ch. 2.4.2.3, p. 186 et BOVAY BENOÎT, *Procédure administrative*, 2^e édition, Berne 2015, ci-après : BOVAY, p. 249 ; cf. également TAF, arrêt du 21 décembre 2016, A-6840/2015, consid. 3.1.2 ; EICOM, décision du 7 juin 2018, 221-00377, consid. 4, ch. marg. 50, p. 11 et références citées). En matière de procédure, l'autorité de céans applique donc le droit actuellement en vigueur (TAF, arrêt du 21 décembre 2016, A-6840/2015, consid. 3.1.2 ; EICOM, décision du 7 juin 2018,

221-00377, consid. 4, ch. marg. 50, p. 11 et références citées) et, dans la mesure où le droit actuellement en vigueur se réfère à l'aLEne, l'aEne dans son état au 1^{er} janvier 2017 (ElCom, décision du 7 juin 2018, 221-00377, consid. 4, ch. marg. 50, p. 11 et références citées).

5 Qualification de la décision querellée et entrée en matière

- 61 A titre préalable, il y a lieu de trancher la question de savoir si la décision querellée est une décision finale, laquelle est sujette à recours, ou une décision incidente. Dans ce second cas de figure se pose encore la question de savoir si elle remplit ou non les conditions permettant de déposer un recours séparé. Il y a dès lors lieu de qualifier la décision querellée.
- 62 A teneur de l'article 44 PA, la décision est sujette à recours. Selon cette disposition, le recours est recevable contre les décisions finales alors que des restrictions sont prévues pour certaines décisions incidentes (cf. BOVAY, p. 357 ; art. 46 PA).
- 63 Une *décision est finale* lorsqu'elle met fin à la procédure dont elle a provoqué l'ouverture, qu'il s'agisse d'une décision d'irrecevabilité ou de fond. Elle a donc pour effet de définir le contenu de la relation de droit administratif faisant l'objet de l'instance. Une telle décision peut faire l'objet d'un recours distinct sans restriction (art. 44, PA) (DUBEY / ZUFFEREY, ch. marg. 917, p. 329).
- 64 Une *décision est incidente* lorsqu'elle intervient au cours d'une procédure administrative ou de recours dont elle a pour objet de régler le déroulement, sans y mettre un terme. Elle ne porte pas sur une question de fond, mais sur une difficulté de procédure ou une question préjudicielle de droit matériel qu'elle résout pour en permettre l'avancement en vue d'une décision finale (DUBEY / ZUFFEREY, ch. marg. 919, p. 330). La décision incidente ne tranche pas définitivement toutes les conclusions ou seulement certaines d'entre elles (UHLMANN FELIX / WÄLLE-BÄR SIMONE, *Commentaire ad art. 45 PA*, in : WALDMANN / WEISSENBERGER, ch. marg. 3, pp. 912 s.). La raison pour laquelle les décisions incidentes sont séparément susceptibles de recours dans un nombre limité de cas de figure repose sur le fait que le Tribunal ne doit se prononcer qu'une seule fois sur chaque litige (cf. à propos de l'art. 90 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF ; RS 173.110], KÖLZ ALFRED / HÄNER ISABELLE / BERTSCHI MARTIN, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3^e édition, Zurich 2013, ch. marg. 1428 et références citées). Le Tribunal fédéral traite une décision de renvoi de l'autorité inférieure comme une décision finale et non comme une décision incidente lorsque l'autorité de première instance à laquelle la cause est renvoyée n'a pas de latitude de jugement (ATF 134 II 124, sp. consid. 1.3, p. 127, RHINOW RENÉ *et al.*, *Öffentliches Prozessrecht*, 3^e éd., Bâle 2014, ch. marg. 1870, p. 516 ; ElCom, décision du 7 juin 2018, 221-00377, consid. 5, ch. marg. 54, p. 12 et références citées).
- 65 Quatre ans au plus tard après la notification de la décision positive, l'avancement du projet doit faire l'objet d'une communication comportant au minimum les éléments suivants : permis de construire, concession (a) ; prise de position du gestionnaire de réseau concernant l'annonce visée à l'art. 3i (b) ; modifications par rapport au ch. 5.1 (c) ; date prévue de mise en service (d) (art. 3h, al. 2 en lien avec l'app. 1.1, ch. 5.2.2, aOEne, état le 1^{er} janvier 2017). Or, 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 (art. 3h^{bis}, al. 1, let. a, aOEne, état le 1^{er} janvier 2017). La société nationale du réseau de transport révoque alors la décision, sauf s'il existe dans le cas de l'alinéa 1, lettres 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 (art. 3h^{bis}, al. 2, aOEne, état le 1^{er} janvier 2017 ; ElCom, décision du 7 juin 2018, 221-00377, consid. 5, ch. marg. 56, pp. 12 s.).

- 66 La formulation de l'article 3h^{bis}, alinéa 2, aOEne (état le 1^{er} janvier 2017) ne laisse aucune latitude de jugement à Swissgrid SA dans la mesure où celle-ci doit révoquer la décision positive lorsque le délai pour déposer la communication de l'avancement du projet n'est pas respecté et qu'une prolongation ne peut pas être accordée. En effet, selon le texte clair de l'article 3h^{bis}, alinéa 2 aOEne (état le 1^{er} janvier 2017), une telle prolongation ne peut être accordée que s'il existe des circonstances qui ne sont pas imputables au requérant. Or, la présente procédure porte précisément sur la question de savoir si la prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet devait ou non être accordée. Ainsi, si l'autorité de céans répond par la négative à cette question, la décision positive perd son caractère obligatoire en vertu de l'article 3h^{bis}, alinéa 1, lettre a aOEne (état le 1^{er} janvier 2017) et la société nationale du réseau de transport n'a dès lors pas d'autre choix que de la révoquer en application de l'article 3h^{bis}, alinéa 1, lettre a aOEne (état le 1^{er} janvier 2017). Elle ne dispose pour ce faire d'aucune latitude de jugement (EiCom, décision du 7 juin 2018, 221-00377, consid. 5, ch. marg. 57, p. 13).
- 67 En l'espèce, la réponse à la question de la prolongation de délai comprend la réponse à la question de la révocation de la décision positive relative à l'installation litigieuse. En effet, le délai pour procéder à la communication de l'avancement du projet est arrivé à échéance le 2 octobre 2017 (pièce 1, annexe 5 ; ch. marg. 1), soit avant le prononcé de la décision querellée en date du 31 octobre 2017 (pièce 1, annexe 1 ; ch. marg. 5), mais après le dépôt de la demande de prolongation de délai qui est intervenue en date du 29 septembre 2017 (pièce 1, annexe 10 ; ch. marg. 4), sans qu'il fut possible pour la recourante de le respecter. La question déterminante est donc celle relative à la prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet puisqu'elle aura pour conséquence directe d'entraîner ou non la révocation de la décision positive. Ainsi, en se prononçant sur la question de l'octroi ou non de la prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet, la décision tranche également définitivement la conclusion. L'autorité de céans ne doit dès lors pas se prononcer une nouvelle fois sur le même litige, et ce même si Swissgrid SA n'a pas formellement révoqué la décision positive.
- 68 Il découle de ce qui précède que l'octroi de la prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet n'est donc pas une simple question ayant pour objet de régler le déroulement de la procédure sans y mettre un terme comme cela est souvent le cas en matière de demande de prolongation de délai. Au contraire, dans le cas d'espèce, le refus d'octroi de la prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet entraîne la révocation de la décision positive. Force est dès lors de constater que la décision querellée est une *décision finale sujette à recours* sur la base de l'article 44 PA dans la mesure où elle définit le contenu de la relation de droit administratif faisant l'objet de l'instance et met ainsi fin à la procédure. Il convient donc d'entrer en matière.

6 Rejet de la demande de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet

6.1 Non-respect du délai de communication de l'avancement du projet

- 69 L'article 3h^{bis}, alinéa 1, lettre a aOEne (état le 1^{er} janvier 2017) dispose que la décision perd son caractère obligatoire lorsque le requérant ne respecte pas les délais de notification de l'avancement du projet ou de mise en service fixés dans les appendices 1.1 à 1.5. A teneur de l'article 3h, alinéa 1 en lien avec l'appendice 1.1, chiffre 5.2.2 de l'aOEne (état le 1^{er} janvier 2017), quatre ans au plus tard après la notification de la décision positive, l'avancement du projet doit faire l'objet d'une communication comportant au minimum les éléments suivants : permis de construire, concession (a) ; prise de position du gestionnaire de réseau concernant l'annonce visée à l'art. 3i (b) ; modifications par rapport au ch. 5.1 (c) ; date prévue de mise en service (d).

- 70 Dans le cas d'espèce, l'installation litigieuse est au bénéfice d'une décision positive datée du 1^{er} octobre 2014 (pièce 1, annexe 5). Dans celle-ci, la date pour déposer la communication de l'avancement du projet a été fixée au 2 octobre 2017.
- 71 Par courrier du 29 septembre 2017 (pièce 1, annexe 10), la recourante a déposé une demande de prolongation de délai d'une durée de deux ans pour procéder à la communication de l'avancement du projet. Cette demande a été rejetée par décision de Swissgrid SA du 31 octobre 2017 (pièce 1, annexe 1). Le délai pour procéder à la communication de l'avancement du projet est donc arrivé à échéance le 2 octobre 2017 (pièce 1, annexe 5 ; ch. marg. 1) sans qu'il fut possible pour la recourante de le respecter. Le délai pour procéder à la communication de l'avancement du projet est par conséquent échu depuis le 2 octobre 2017 sans avoir été utilisé.
- 72 Il découle de ce qui précède que la recourante n'a pas respecté le délai de communication de l'avancement du projet. Il reste maintenant à analyser si l'autorité inférieure aurait dû ou non lui accorder une prolongation de délai pour y remédier.

6.2 Non-prolongation du délai

6.2.1 Bases réglementaires et directive

- 73 L'article 3h^{bis}, alinéa 2 aOEne (état le 1^{er} janvier 2017) précise que la société nationale du réseau de transport révoque alors la décision, sauf s'il existe dans le cas de l'al. 1, let. a, c ou d, des circonstances qui ne sont pas imputables au requérant ; si un délai (al. 1, let. a) ne peut pas être respecté pour des raisons du même ordre, la société nationale du réseau de transport peut le prolonger sur demande.
- 74 En page 11 de la directive, l'Office fédéral de l'énergie (OFEN) a précisé ce qui suit à propos de l'article 3h^{bis}, alinéa 2 aOEne (état le 1^{er} janvier 2017) :
- « L'avis n'est pas révoqué si le requérant peut faire valoir des circonstances indépendantes de sa volonté et imprévisibles malgré une **planification professionnelle**. Le délai peut être prolongé (al. 1, let. a, OEne) si le requérant présente une demande écrite dûment motivée à Swissgrid.*
- L'appendice 1 de la présente directive indique de manière exemplaire ce qu'on entend par circonstances indépendantes de la volonté du requérant. »*
- 75 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, confirmé par écrit, pour des composants entrant dans la construction de l'installation ou des retards dus à la météo lors de dégâts dus aux intempéries.
- 76 En page 11 toujours mais plus loin, cette directive précise encore ce qui suit à propos de l'article 3h^{bis}, alinéa 4 aOEne (état le 1^{er} janvier 2017) :
- « L'avis ne sera pas révoqué malgré le non-respect des délais ou des écarts de l'annonce si le requérant peut faire valoir des circonstances (cf. appendices 1.1 – 1.5 OEne) indépendantes de sa volonté et imprévisibles en dépit d'une **planification professionnelle**. Pour obtenir une prolongation du délai, le requérant présentera une demande écrite dûment motivée à Swissgrid. »*

77 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**. »*

78 Une prolongation de délai pouvant être accordée au requérant lorsque les circonstances du retard pour procéder à la communication de l'avancement du projet ne lui sont pas imputables, il reste maintenant à analyser si, dans le cas d'espèce, ce retard est imputable à la recourante et si celle-ci disposait ou non d'un droit à l'octroi d'une prolongation de délai (ElCom, décision du 7 juin 2018, 221-00377, consid. 6.2.1, pp. 14 s. et références citées).

6.2.2 Retard imputable à la requérante

79 Par formule dont l'exemplaire fourni est non daté et non signé (pièce 1, annexe 3) mais qui a vraisemblablement été établie dans la première quinzaine de décembre 2010 (cf. pièce 1, annexe 5), la recourante a annoncé l'installation litigieuse en vue de l'obtention de la RPC avant que celle-ci ne soit au bénéfice des autorisations spéciales et des permis de construire nécessaires à sa réalisation.

80 Suite à l'échec de la fusion des sociétés de fromagerie partenaires du projet ainsi que de la diminution de quantité d'engrais de ferme nécessaire induite par la renonciation à la production laitière des deux plus grands agriculteurs de la région dans laquelle devait initialement s'implanter l'installation litigieuse, la recourante a estimé que la rentabilité du projet était compromise et que, partant, la faisabilité du projet était remise en cause. Elle a alors déposé une requête de transfert de la décision positive de L (emplacement initial) à M (nouvel emplacement ; pièce 1, annexe 4). Cette requête ayant été rejetée par Swissgrid SA en date du 25 novembre 2016 (cf. ElCom, décision du [...], [...], ch. marg. 3, p. 3 ; pièce 1, annexe 8), la recourante a alors entamé une procédure de recours par-devant l'autorité de céans qui a confirmé la décision de Swissgrid SA par décision du [...] ([...] ; pièce 1, annexe 8). Cette décision ayant à son tour été contestée par la recourante, elle fait l'objet d'une procédure actuellement pendante par-devant le Tribunal administratif fédéral ([...]). Aucun jugement n'a encore été prononcé en la cause.

81 Ensuite, par courrier du 29 septembre 2017 (pièce 1, annexe 10), la recourante a demandé une première prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet. Celle-ci a été rejetée par la décision querellée datée du 31 octobre 2017 (pièce 1, annexe 1 ; cf. ch. marg. 5). La présente procédure porte sur le recours déposé contre cette dernière décision. Pour la recourante, le non-respect du délai pour procéder à la communication de l'avancement du projet relative à l'installation litigieuse ne lui serait pas imputable au double motif qu'elle ne serait pas responsable du fait que l'installation litigieuse n'ait pas pu être réalisée à l'emplacement initial, d'une part, et du fait que le non-respect du délai pour procéder à la communication de l'avancement du projet découlerait de l'existence de la procédure de recours contre la décision de rejet de la requête de transfert de la décision positive, d'autre part. Il convient dès lors de traiter la question de savoir si le retard est imputable ou non à la requérante.

- 82 *Premièrement*, l'objection soulevée par la recourante selon laquelle le retard pour procéder à la communication de l'avancement du projet ne lui serait pas imputable au sens de l'article 3h^{bis}, alinéa 2 aOEne (état le 1^{er} janvier 2017) – et justifierait ainsi l'octroi d'une prolongation de délai – du fait qu'elle ne serait pas responsable du fait que l'installation litigieuse n'ait pas été réalisée à l'emplacement initial suite à l'échec de la fusion des sociétés de fromagerie partenaires ainsi qu'à la défection des deux principaux fournisseurs d'engrais de ferme de la région ne saurait être suivie, et ce pour les motifs suivants.
- 83 La fusion des sociétés de fromagerie partenaires du projet ainsi que la diminution de quantité d'engrais de ferme nécessaire induite par la renonciation à la production laitière des deux plus grands agriculteurs de la région est certes attestée (pièce 1, annexe 6). Il ne ressort par contre pas du dossier que la recourante aurait entrepris des démarches en vue de chercher de nouveaux partenaires susceptibles de fournir l'engrais de ferme faisant soudainement défaut, tel que par exemple la recherche d'autres agriculteurs pour la livraison de leur lisier et fumier ou de communes pour la récolte des déchets organiques, ou encore d'acteurs industriels. De même, la recourante semble ne pas avoir non plus recherché d'autres partenaires afin de réaliser la nouvelle fromagerie initialement prévue. Elle se limite en effet à constater l'échec de la fusion des sociétés de fromagerie impliquées dans le projet dans le cadre du dépôt de sa requête de transfert de la décision positive (pièce 1, annexe 4). Ainsi, rien n'appuie les dires de la recourante lorsqu'elle affirme : « L'abandon du projet de fusion de fromageries et la cessation de production de lait par des agriculteurs remettent en cause la faisabilité de notre projet. Sans cette fusion, notre projet se trouve privé de toute possibilité de valorisation de la chaleur dans cette région, compromettant ainsi sa rentabilité. » (pièce 1, annexe 4). L'EiCom ne dispose d'ailleurs d'aucune information qui laisserait à penser que la recourante donne suite au projet sis à l'emplacement initial. Il semble dès lors peu probable qu'elle soit en mesure de déposer la communication de l'avancement du projet sis à l'emplacement initial dans le délai prolongé selon sa demande, à savoir d'ici au 2 octobre 2019. Elle semble au contraire se concentrer sur le transfert de la décision RPC y relative vers le nouvel emplacement. Ainsi, la recourante n'a pas fait valoir qu'elle aurait cherché des alternatives permettant de réaliser l'installation litigieuse à l'emplacement initial. En ce sens donc le retard lui est imputable
- 84 Bien plus, la recourante a au contraire planifié un transfert de la décision positive de l'emplacement initial vers le nouvel emplacement. Or, même si, contrairement à la décision de l'EiCom du [...] en la cause [...] ([...]), le Tribunal administratif fédéral devait arriver à la conclusion que le transfert de la décision positive de l'emplacement initial vers le nouvel emplacement était licite, rien au dossier ne laisse à penser que la recourante sera alors à même de procéder à la communication de l'avancement du projet dans le délai prolongé au 2 octobre 2019. En effet, conformément à l'appendice 1.5, ch. 6.9.2 aOEne (état le 1^{er} janvier 2017), la communication de l'avancement du projet comprend au minimum le permis de construire (a), la prise de position du gestionnaire de réseau concernant l'annonce visée à l'article 3i (b), les modifications éventuelles par rapport au ch. 6.9.1 (c) et la date prévue de mise en service (d). Ainsi donc, et quand bien même l'autorité de céans octroyait la prolongation de délai requise, il est peu probable que la recourante obtienne le permis de construire dans l'intervalle et puisse procéder à la communication de l'avancement du projet dans ledit délai prolongé. Elle n'a en effet produit aucune demande de permis de construire. Or, comme ce projet sis au nouvel emplacement est d'une ampleur régionale et suppose la réalisation de digesteurs décentralisés appelés « *clusters* » et d'un réseau gazier propre afin d'acheminer le biogaz brut produit dans chacun de ces *clusters* sur le site principal où la phase de cogénération a lieu de façon centralisée (cf. EiCom, décision du [...], [...], consid. 3.2, ch. marg. 44, p. 11 ; pièce 1, annexe 8), l'on peut raisonnablement s'attendre à une longue procédure d'octroi du permis de construire et au dépôt d'oppositions, voire de recours. Ainsi donc, pour ce motif également, il n'est pas pertinent d'octroyer la prolongation de délai requise.

- 85 *Deuxièmement*, il n'est pas non plus correct de retenir que l'existence de la procédure de recours contre la décision de rejet de la requête de transfert de la décision positive constitue un motif non-imputable à la recourante qui justifierait l'octroi d'une prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet au sens de l'article 3h^{bis}, alinéa 2 aOEné (état le 1^{er} janvier 2017). Cette objection concerne également la planification d'une installation au nouvel emplacement. Ainsi, même si le Tribunal administratif fédéral ne devait pas soutenir la décision de l'EiCom du [...] en la cause [...] ([...]) qui retient que le transfert de la décision positive n'est pas autorisé, aucune prolongation de délai ne saurait être accordée sur la base de cet argument.
- 86 En effet, il y a d'abord lieu de souligner que le droit de l'énergie ne prévoit pas de droit à un changement d'emplacement. Bien plus, il ressort du rapport explicatif du 10 février 2011 sur la révision de l'OEné (ci-après : rapport explicatif ; téléchargeable sur : www.admin.ch > Droit fédéral > Procédures de consultation > Procédures de consultation terminées > 2011 > DETEC > Révision de l'ordonnance sur l'énergie [OEné] : attestation d'origine, rétribution du courant injecté à prix coûtant [RPC], appels d'offres publics et contributions globales > Rapport expl. OEné (RPC), OAO, consulté le 20 février 2019) que des modifications de l'emplacement entre l'annonce et la mise en service (art. 3h^{bis}, al. 1, lit. d, aOEné, état le 1^{er} janvier 2017) demeurent interdites ; il s'agit d'éviter qu'il ne soit fait commerce des décisions positives et de ne pas compliquer la gestion du système de surréservation (ch. 2.4, p. 6) (EiCom, décision du 14 septembre 2017, 221-00342, consid. 3.1, ch. marg. 36, p. 9, dossier actuellement pendant par-devant le TAF, [...] ; procédure connexe). Faute de droit à obtenir un changement d'emplacement, et plus encore à un transfert de décision positive, la recourante devait dès lors s'attendre à rencontrer des difficultés d'ordre juridique lorsqu'elle a déposé sa requête de transfert de la décision positive. Elle devait donc prévoir le temps nécessaire à mener à bien de telles procédures (EiCom, décision du 7 juin 2018, 221-00377, consid. 6.2.2, ch. marg. 77, p. 17 et références citées).
- 87 La directive permet certes, sous certaines conditions, de reconnaître à un recours inattendu ou ayant peu de chance de succès la qualification de motif non imputable à la requérante permettant d'obtenir une prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet. Tel ne saurait toutefois être le cas en l'espèce. Il ne s'agit en effet pas de recours de tiers entravant l'avancement d'un projet planifié dans une zone prévue expressément pour la construction de cette catégorie d'installation de production, mais bien d'une procédure initiée par la recourante elle-même dans le but de faire vérifier, par l'autorité de céans puis par le Tribunal administratif fédéral, le rejet, en 2016, par Swissgrid SA, d'une requête de transfert de la décision positive. La recourante ne pouvait donc pas raisonnablement s'attendre à ce qu'il soit aisément fait droit à une requête de transfert de la décision positive soumise par elle-même si peu de temps avant l'expiration du délai de communication de la notification d'avancement du projet alors même que la question de la validité de cette requête de transfert d'une décision positive est contestée (EiCom, décision du 7 juin 2018, 221-00377, consid. 6.2.2, ch. marg. 77, p. 17 et références citées). Il découle de ce qui précède que le retard découle essentiellement de la survenance d'éléments de faits qui étaient prévisibles. La recourante aurait ainsi dû les prendre en compte dans sa planification. Le fait de ne pas avoir pris en compte ces éléments 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. 6.2.1 où l'on voit que la directive insiste lourdement sur la notion de planification professionnelle des projets).
- 88 En d'autres termes et en bref, le rejet de la requête de transfert de la décision positive ainsi que la procédure de recours qui s'en est suivie étaient prévisibles. On ne peut dès lors que considérer que les motifs étaient imputables à la requérante, son projet ne présentant pas une maturité suffisante au moment du dépôt de l'annonce en vue de l'octroi de la RPC (EiCom, décision du 7 juin 2018, 221-00377, consid. 6.2.2, ch. marg. 77, p. 17 et références citées).

- 89 *Troisièmement*, l'article 3h^{bis}, alinéa 2 aOEne (état le 1^{er} janvier 2017) est une disposition potestative. Swissgrid SA n'était donc pas légalement tenue d'accorder la prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet (ElCom, décision du 7 juin 2018, 221-00377, consid. 6.2.2, ch. marg. 78, p. 18 et références citées)
- 90 *Quatrièmement et enfin*, le produit du supplément ne doit pas dépasser 1,5 centime par kWh de la consommation finale annuelle (art. 15b, al. 4 aLEne, état le 1^{er} janvier 2017). L'article 3g^{bis} aOEne (état le 1^{er} janvier 2017) établit d'ailleurs une liste d'attente et fixe les critères de prise en compte des installations. L'article 3g^{bis}, alinéa 1 aOEne (état le 1^{er} janvier 2017) 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 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, chaque prolongation de délais pour déposer la communication de l'avancement du projet ou l'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 en liste d'attente des projets déjà réalisés. Certains participants à la consultation à une révision de l'aOEne ont d'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 20 février 2019, Commentaire ad art. 3d, ch. 3.1.8, p. 16). Cela plaide également en faveur d'une pratique restrictive d'octroi de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet (ElCom, décision du 7 juin 2018, 221-00377, consid. 6.2.2, ch. marg. 79, p. 18 et références citées)
- 91 En ce sens, et sur la base de l'article 3h^{bis}, alinéa 1, lettre a aOEne (état le 1^{er} janvier 2017) en lien avec l'appendice 1.1, chiffre 5.2.2 de l'aOEne (état le 1^{er} janvier 2017) et l'article 3h^{bis}, alinéa 2 aOEne (état le 1^{er} janvier 2017), Swissgrid SA n'a pas violé le droit fédéral en n'accordant pas la demande de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet requise pour l'installation litigieuse.

6.3 Synthèse

- 92 Dans le cas d'espèce et au vu de ce qui précède, force est donc de constater que la recourante n'a pas respecté le délai de communication de l'avancement du projet (cf. consid. 6.1). Le non-respect de ce délai découle de circonstances qui lui sont imputables. La recourante n'a en effet pas fait valoir qu'elle aurait réellement cherché des alternatives permettant de réaliser l'installation litigieuse à l'emplacement initial mais semble au contraire plutôt vouloir la réaliser au nouvel emplacement à l'issue de la procédure en changement d'emplacement dans la configuration particulière du transfert de décision positive. L'on peut également lui faire grief d'un manquement à la planification professionnelle concrétisé par un manque de maturité du projet dans la mesure où elle ne devait pas s'attendre à ce qu'il soit aisément fait droit à une requête de transfert de la décision positive (cf. consid. 6.2.2, sp. ch. marg. 85 – 88). Par ailleurs, la recourante n'a pas de droit à obtenir une demande de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet, ce d'autant plus que chaque prolongation accordée a pour corollaire le maintien en liste d'attente de projets déjà réalisés (cf. consid. 6.2.2, sp. ch. marg. 89 s.). C'est donc à raison que l'autorité inférieure a rejeté la demande de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet pour l'installation litigieuse. La décision de Swissgrid SA du 31 octobre 2017 (pièce 1, annexe 1) est dès lors confirmée.

7 Egalité de traitement et changement de pratique

93 La recourante se prévaut en substance du fait que, par le passé, Swissgrid SA aurait systématiquement accepté les demandes de première prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet. Elle lui fait grief d'avoir opéré un changement de pratique qui ne remplirait pas les conditions fixées par la jurisprudence et se prévaut ainsi du principe de l'égalité de traitement au sens de l'article 8, alinéa 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101). Elle conteste notamment le fait que l'on se trouverait en présence de connaissances plus approfondies de l'intention du législateur, d'un changement des circonstances extérieures, ou de l'évolution des conceptions juridiques. Elle souligne en passant que ce changement de pratique va plutôt à l'encontre de la stratégie fédérale visant à encourager les projets de production de courant issue d'énergies renouvelables (pièce 1, lettre C, pp. 6 s.). A l'appui de ses dires, la recourante se prévaut d'un courriel d'une collaboratrice juridique de Swissgrid SA du 19 décembre 2016 qui dispose que « *Wir haben unsere Praxis bezüglich Standortänderungen (und Fristerstreckungen) verschärft* » (pièce 1, annexe 11). Selon elle, ce courriel démontrerait que Swissgrid SA aurait bien modifié sa pratique tant en matière de changements d'emplacements, que d'octroi de prolongations de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet, respectivement pour procéder à l'avis de mise en service.

94 Selon l'autorité de céans, il ressort des documents produits par l'autorité inférieure que la pratique de celle-ci, respectivement celle de Swissgrid SA avant elle, se présente comme suit :

- *Avant l'automne 2016* : octroi des prolongations de délai requises pour déposer la communication de l'avancement du projet, respectivement pour procéder à l'avis de mise en service, à l'unique condition de l'existence d'un *motif non imputable* au requérant (pièce 26, Ad II, p. 2) ; la prolongation de délai est octroyée jusqu'au *doublément* du délai initial au maximum (pièce 26, Ad III, pp. 2 s., *a contrario*).

L'autorité de céans a toutefois connaissance de cas dans lesquels il est arrivé que des demandes de prolongation de délai aient été rejetées, avant l'automne 2016 déjà, au motif que le projet ne présentait pas une maturité suffisante (cf. notamment cas S SA ; ElCom, décision du 18 octobre 2018, 221-00370, consid. 7.2, ch. marg 64, pp. 14 s.) ou octroyée au-delà du doublément du délai initial au maximum (cf. notamment cas B SA ; ElCom, décision du 18 octobre 2018, 221-00370, consid. 7.2, ch. marg 64, pp. 14 s. en lien avec ch. marg. 48, p. 11).

- *A partir de l'automne 2016* : octroi des prolongations de délai requises pour déposer la communication de l'avancement du projet, respectivement pour procéder à l'avis de mise en service, à la condition de l'existence d'un *motif non imputable* au requérant avec prise en compte de la *maturité* du projet (alignement de pratique sur la directive opéré en 2016 ; pièce 26, Ad II, p. 2 et pièce 11, ch. 3, p. 3 ainsi que, moins clairement, pièce 15, p. 2, 2^e paragraphe) ; la prolongation de délai est octroyée jusqu'au *doublément* du délai initial au maximum (pièce 26, Ad III, pp. 2 s., *a contrario*).

Ainsi, depuis 2016, Swissgrid SA a strictement aligné sur la directive sa pratique en matière de prolongation de délai. Les prolongations ont dès lors été accordées de manière plus restrictive afin d'atteindre l'objectif d'encouragement de la production d'électricité à partir d'énergies renouvelables prévu par l'aLEne (état le 1^{er} janvier 2017). Cela découle du fait qu'il s'est avéré que des projets immatures ont été annoncés à diverses reprises dont la réalisation n'a pas eu lieu rapidement, de sorte que les fonds d'encouragement disponibles de façon limitée étaient bloqués à long terme (pièce 11, ch. 3, p. 3). La prise en compte de la maturité du projet est indiquée pour empêcher que des projets non mûrement réfléchis bloquent des fonds au moyen desquels on pourrait favoriser des projets déjà réalisés (pièce 15, p. 2). Cela correspond au courriel du 19 décembre 2016 (pièce 1, annexe 11) – soit de la même époque – par

lequel une collaboratrice de Swissgrid SA reconnaît que dite pratique a été durcie (« *verschärft* »).

- *Depuis 2018* : octroi des prolongations de délai requises pour déposer la communication de l'avancement du projet, respectivement pour procéder à l'avis de mise en service, à la condition de l'existence d'un *motif non imputable* au requérant avec prise en compte de la *maturité* du projet (alignement de pratique sur la directive opéré en 2016 ; pièce 26, Ad II, p. 2 et pièce 11, ch. 3, p. 3 ainsi que, moins clairement, pièce 15, p. 2, 2^e paragraphe) ; la prolongation de délai est octroyée *au-delà du double* du nombre d'années initialement prévues dans la communication de l'avancement du projet s'il y a des *raisons imprévisibles et indépendantes de la volonté* de l'intéressé (pièce 26, Ad III, pp. 2 s.).

95 Quant à la recourante présente ainsi la pratique de l'autorité inférieure, respectivement celle de Swissgrid SA (pièce 30) :

- *Avant l'automne 2016* : octroi des prolongations de délai requises pour déposer la communication de l'avancement du projet, respectivement pour procéder à l'avis de mise en service, à l'unique condition de l'existence d'un *motif non imputable* au requérant appliqué de façon peu stricte ; la prolongation de délai est octroyée même *au-delà du double* du délai initial (pièce 30, ch. II, let. B, let. a, ch. marg. 27 s, p. 7).
- *A partir de l'automne 2016* : octroi des prolongations de délai requises pour déposer la communication de l'avancement du projet, respectivement pour procéder à l'avis de mise en service, à la condition de l'existence d'un *motif non imputable* au requérant appliqué de façon plus stricte et prise en compte des critères de la *prévisibilité* et de la *maturité* du projet ; la prolongation de délai est octroyée jusqu'au *doublément* du délai initial au maximum (pièce 30, ch. II, let. B, let. b, ch. marg. 29 ss, pp. 7 ss).

Il ne s'agirait pas là d'un changement de pratique dans la mesure où il ne présente pas un caractère général et durable (pièce 30, ch. II, let. B, let. b, ch. marg. 33, p. 7).

- *Depuis juillet 2018* : octroi des prolongations de délai requises pour déposer la communication de l'avancement du projet, respectivement pour procéder à l'avis de mise en service, à la condition de l'existence d'un *motif non imputable* au requérant (interprétation souple de la notion d'imputabilité) ; la prolongation de délai est octroyée *au-delà du double* du nombre d'années initialement prévues dans la communication de l'avancement du projet s'il y a des *raisons imprévisibles et indépendantes* de la volonté de l'intéressé (pièce 30, ch. II, let. B, let. c, ch. marg. 42 ss, pp. 10 s.).

96 Il y a dès lors lieu d'analyser les décisions de Swissgrid SA, respectivement de l'autorité inférieure, en matière d'octroi de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet, en particulier sous l'angle du changement de pratique, et de la confronter à la solution retenue dans la décision querellée (pièce 1, annexe 1). L'analyse des décisions est toutefois limitée à la période s'écoulant de janvier 2014 à fin 2018. Cette période suffit en effet pour déterminer si Swissgrid SA a ou non opéré un changement de pratique en 2016 (cf. ch. marg. 48) et quelle était la situation applicable le 31 octobre 2017, date de la décision querellée (pièce 1, annexe 1).

97 A titre préalable, il convient de souligner que l'article 3h^{bis}, alinéa 2 aOEne (état le 1^{er} janvier 2017) est une disposition potestative. Swissgrid SA n'était donc pas légalement tenue d'accorder la demande de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet (consid. 6.2.2, ch. marg. 89 et références citées). Chaque demande doit ainsi être analysée au cas par cas (ElCom, décision du 7 juin 2018, 221-00377, consid. 8, ch. marg. 89, p. 20).

- 98 Le critère mentionné par Swissgrid SA, respectivement par l'autorité inférieure, dans l'ensemble des décisions produites portant sur l'octroi ou non de la prolongation de délai requise pour procéder à la communication de l'avancement du projet, respectivement pour déposer l'avis de mise en service, et rendues entre janvier 2014 et fin 2018 (annexes aux pièces 15, 22, 24 et 26), est la question du caractère imputable ou non du retard au requérant. Certes les annexes 37 et 38 à la pièce 15 ainsi que les annexes 7 et 8 à la pièce 26 ne se réfèrent pas à la notion de motif imputable ou non aux requérants respectifs. Toutefois, le motif invoqué par les requérants en ce qui concerne les installations relatives aux annexes à la pièce 26 précitées relève du droit de la construction, respectivement du traitement d'une procédure de recours contre l'octroi du permis de construire, motifs qui ont été qualifiés de non imputables au requérant dans plusieurs des cas documentés par d'autres annexes à la pièce 26. L'on est dès lors en droit de penser que Swissgrid SA les a octroyé pour cette raison. Enfin, la pièce 22, annexe 3-3, datée de décembre 2017, mentionne quant à elle comme motif du rejet de la demande de prolongation de délai pour procéder à la communication de l'avancement du projet, que le délai ne peut être prolongé au maximum que jusqu'à son doublement. Il devenait dès lors superflu d'analyser la question du caractère imputable ou non du retard au requérant puisque, selon l'autorité inférieure, la prolongation de délai ne pouvait alors être octroyée que jusqu'au doublement du délai initial au maximum (cf. ch. marg. 94, 2^e tiret et ch. marg. 95, 2^e tiret).
- 99 A souligner que, parmi les décisions mentionnées sous le chiffre marginal qui précède, un certain nombre de demandes de prolongation de délai pour procéder à la communication de l'avancement du projet, respectivement à l'avis de mise en service, ont été refusées au motif que le retard pour procéder à la communication de l'avancement du projet, respectivement pour déposer l'avis de mise en service, serait imputable aux requérants respectifs (cf. notamment pièce 15, annexes 21, 23 – 30, 46, 48, 49, 51 et 52 ou encore pièce 22, annexes 3-4 et 3-5).
- 100 A relever encore que très rares sont les décisions de Swissgrid SA, respectivement de l'autorité inférieure, qui mentionnent la question de la maturité du projet (pièce 22, annexe 3-7) ou son corrolaire, le manque de professionnalisme dans la planification du projet (pièce 15, annexes 46 et 52). Toutefois, selon l'autorité inférieure, la prise en compte de la maturité du projet est intervenue lors de l'alignement de pratique sur la directive opéré en 2016 (pièce 11, ch. 3, p. 3), si bien que celle-ci est intervenue dans le cadre plus large de l'analyse de la condition de l'existence d'un motif non imputable au requérant. Il n'est dès lors pas étonnant qu'elle ne soit pas toujours mentionnée expressément dans la décision. Il en découle que l'analyse des décisions produites ne permet pas d'établir à partir de quand Swissgrid SA, respectivement l'autorité inférieure, a commencé à prendre en compte la maturité du projet (alignement de pratique sur la directive) dans le cadre de l'octroi ou non des prolongations de délai pour procéder à la communication de l'avancement du projet, respectivement à l'avis de mise en service. Aucun élément ne permet toutefois d'affirmer que telle n'a pas été le cas à partir de l'automne 2016 comme l'affirme l'autorité inférieure (cf. ch. marg. 94, 2^e tiret). La recourante arrive d'ailleurs également à la conclusion selon laquelle Swissgrid SA a pris en compte le critère de la maturité du projet à partir de l'automne 2016 (ch. marg. 95, 2^e tiret).
- 101 Par ailleurs, les cas dont se prévaut la recourante dans sa prise de position du 13 février 2019 (pièce 30, ch. II, let. B, let. b, ch. marg. 38, pp. 8 s.) pour démontrer que « Pronovo rend systématiquement des décisions arbitraires et en violation du principe de l'égalité de traitement » (pièce 30, ch. II, let. B, let. b, ch. marg. 41, p. 10) ne sont pas probants de l'existence ou non d'une pratique de l'autorité inférieure. En effet, l'analyse de la recourante ne se base pas sur le texte des décisions telles que notifiées aux administrés concernés, mais sur un tableau Excel ayant valeur d'outil de travail interne de l'autorité inférieure. L'existence de frimousses (« *smilies* » ; cf. pièce 30, ch. II, let. B, let. b, ch. marg. 38, 4^e tiret, p. 8) dans ce document ne s'explique précisément que par son caractère interne. Ainsi, les motifs qui y figurent ne sont pas nécessairement ceux finalement retenus dans le texte de la décision d'octroi de la prolongation

de délai requise pour procéder à la communication de l'avancement du projet, respectivement pour déposer l'avis de mise en service. L'on peut dès lors raisonnablement penser qu'une motivation plus cohérente a finalement été donnée dans les décisions finalement notifiées aux administrés concernés. Ainsi, ce document interne, dans la mesure où il n'est pas accompagné de décisions formelles effectivement notifiées aux administrés concernés, ne permet pas à lui seul de retenir une violation du principe de l'égalité de traitement.

- 102 Par ailleurs, la recourante a notamment produit six décisions formelles en annexe à sa prise de position du 13 février dernier (pièce 30, annexes 102 – 107). L'une d'elle, datée d'octobre 2016, concerne un cas très particulier relatif à des installations éoliennes (pièce 30, annexe 102). Elle n'est pas pertinente en l'espèce car l'état de fait est particulier (conditions juridiques peu claires voire non réglées dans de nombreux cantons) et la prolongation de délai pour procéder à la communication de l'avancement du projet est accordée expressément à titre exceptionnel et sans préjudice de ne pas appliquer la pratique dans d'autres cas. En ce qui concerne les quatre autres décisions formelles produites par la recourante (pièce 30, annexes 103 – 107), elles ont été rendues entre octobre et novembre 2018. Dans la mesure où elles ne concernent pas la période pertinente pour la décision querellée, elles ne sont pas pertinentes en l'espèce. De plus, la recourante reconnaît elle-même que les erreurs qu'elles contiennent ont été corrigées ultérieurement par l'autorité inférieure (pièce 30, ch. II, let. B, let. c, ch. marg. 50, p. 11).
- 103 Ainsi, en d'autres termes et brièvement, dès l'automne 2016 au moins, il apparaît comme acquis – tant selon l'interprétation de la recourante (cf. ch. marg. 95) que de l'autorité de céans (cf. ch. marg. 94) – que l'octroi ou non d'une prolongation de délai requise pour procéder à la communication de l'avancement du projet, respectivement pour déposer l'avis de mise en service, se basait sur le critère de l'existence d'un motif non imputable au requérant avec prise en compte de la maturité du projet (alignement de pratique sur la directive opéré en 2016). Pour l'autorité de céans, le critère de la prévisibilité dont se prévaut la recourante est inhérent à l'existence d'un motif non imputable au requérant, respectivement à son corrolaire, le manque de professionnalisme dans la planification du projet (cf. consid. 6.2), raison pour laquelle elle ne le mentionne pas expressément dans ses décisions. Au moment du prononcé de la décision querellée (pièce 1, annexe 1), il n'y a donc pas de pratique d'octroi automatique, par Swissgrid SA, de la première demande de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet. Le grief de la recourante selon lequel la décision querellée, datée du 31 octobre 2017 (pièce 1, annexe 1), a été rendue en violation du droit à l'égalité de traitement est dès lors infondé dans la mesure où la décision querellée est motivée par le critère du caractère imputable du retard à la recourante, ce qui était conforme aux autres décisions alors rendues par Swissgrid SA à cette période.
- 104 Par ailleurs, si l'alignement de pratique sur la directive opéré en 2016 devait être qualifié de changement de pratique, force serait de constater qu'il en remplirait les conditions, et ce pour les motifs suivants.
- 105 A teneur de l'article 8, alinéa 1 Cst., tous les êtres humains sont égaux devant la loi. Le principe de l'égalité devant la loi s'adresse aux organes d'application du droit, administration et tribunaux. Il signifie que la loi doit être appliquée de façon égale, dans des situations d'espèce, par l'autorité qui est chargée de cette application (AUER ANDREAS / MALINVERNI GIORGIO / HOTTELIER MICHEL, *Droit constitutionnel suisse – Volume II – Les droits fondamentaux*, 3^e édition, Berne 2013, ch. marg. 1064, p. 496). Selon la jurisprudence, une décision viole le principe de l'égalité de traitement lorsqu'elle établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer ou lorsqu'elle omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et lorsque ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. Il faut que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante

(ATF 131 I 394, consid. 4.2, p. 399 et références citées ; ECom, décision du 7 juin 2018, 221-00377, consid. 8, ch. marg. 90, p. 20 et références citées).

- 106 Eu égard au principe de l'égalité de traitement et au postulat de la sécurité juridique, le Tribunal fédéral a subordonné le changement de pratique administrative et judiciaire aux conditions cumulatives suivantes. Le changement doit :
- être justifié par des *motifs sérieux et pertinents* : ce critère rappelle *mutatis mutandis* celui applicable de manière générale en matière d'égalité de traitement – comme d'ailleurs d'arbitraire ; il est notamment rempli lorsque l'autorité a acquis une meilleure connaissance de l'intention du législateur ou lorsqu'elle réagit à un changement de circonstances auquel s'attachent de nouveaux dangers ;
 - présenter un *caractère durable et général* : en d'autres termes, il ne doit pas s'agir d'un changement ponctuel dicté par des considérations particulières, mais d'un véritable changement de pratique visant à l'avenir tous les cas semblables ou assimilables ;
 - ne pas contrevenir au *principe de la sécurité juridique* : selon le Tribunal fédéral, tel n'est le cas que s'il s'agit de tenir compte d'une meilleure connaissance de la *ratio legis* de la norme en cause, si les conditions matérielles ont changé ou si les conceptions juridiques ont évolué ;
 - ne pas contrevenir au *principe de la bonne foi* : un administré ne doit pas subir de désavantage juridique, dès lors qu'il s'est fié de bonne foi à la manière dont une autorité avait pour pratique d'appliquer une loi, et qu'il a vu cette confiance légitime déçue par ce changement de pratique ; en matière de droit de fond, le Tribunal fédéral s'en est pour l'heure toujours tenu au principe selon lequel la bonne foi ne prémunit nullement contre les changements dans l'application de la loi (cf. DUBEY / ZUFFEREY, ch. marg. 686, pp. 240 s. ; ECom, décision du 7 juin 2018, 221-00377, consid. 8, ch. marg. 91, p. 21 et références citées).
- 107 Par ailleurs, une pratique doit être changée lorsqu'il est établi que le droit n'a pas été appliqué de façon correcte jusqu'alors ou qu'une autre application du droit correspond mieux au sens de la loi ou que les circonstances ont changé (WIEDERKEHR RENÉ / RICHLI PAUL, *Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts – Eine systematische Analyse der Rechtsprechung – Band I*, Zurich 2012, ch. marg. 1660, p. 591 ; ECom, décision du 7 juin 2018, 221-00377, consid. 8, ch. marg. 92, p. 21 et références citées).
- 108 Dans le cas d'espèce, l'alignement de pratique sur la directive opéré en 2016 par Swissgrid SA en matière d'octroi de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet remplit concrètement les conditions du changement de pratique.
- 109 *Premièrement*, l'alignement de pratique sur la directive opéré en 2016 par Swissgrid SA se justifie par des *motifs sérieux et pertinents* dans la mesure où celui-ci permet de corriger une application erronée du droit. En effet, dans le cas d'espèce, la demande de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet pour l'installation litigieuse est imputable à la recourante en raison d'un manquement à la planification professionnelle concrétisé par un manque de maturité du projet (consid. 6.2.2). Ainsi, ne pas accorder une première demande de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet dans une configuration telle que présentée ci-dessus et dans laquelle la réalisation de l'installation de production apparaît d'emblée compromise pour des raisons juridiques (interdiction du transfert de la décision positive), d'une part, et organisationnel (manquement à la planification professionnelle concrétisé par un manque de maturité du projet tant à l'emplacement initial qu'au nouvel emplacement), d'autre part, permet de libérer plus rapidement en faveur de projets déjà réalisés mais inscrits en liste d'attente des fonds destinés à la promotion des énergies soutenues dans le cadre du programme RPC et bloqués par des installations de production en liste d'attente et dont les chances de réalisation sont douteuses (ch. marg. 90). Par ailleurs, et comme déjà démontré, l'aOEne (état

le 1^{er} janvier 2017) n'octroie pas de droit à obtenir une première prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet. Il ressort au contraire de l'article 3h^{bis}, alinéa 2 aOEne (état le 1^{er} janvier 2017) que les conditions doivent être analysées au cas par cas et dans chaque cas concret (ch. marg. 96), faculté précisément instaurée par l'alignement de pratique sur la directive opéré en 2016.

- 110 *Deuxièmement*, l'alignement de pratique sur la directive opéré en 2016 par Swissgrid SA présente un *caractère durable et général*. En effet, l'autorité inférieure a déclaré avoir « strictement aligné sa pratique en matière de prolongations de délai, depuis 2016, sur la directive » (pièce 11, ch. 3, p. 3 ; cf. également pièces 26, ad II, p. 2 et ch. marg. 94, 2^e tiret ci-avant). Le critère mentionné par Swissgrid SA dans la grande majorité des décisions produites (annexes aux pièces 15, 22, 24 et 26, cf. toutefois les nuances développées sous ch. marg. 98) portant sur l'octroi ou non de la prolongation de délai requise pour procéder à la communication de l'avancement du projet, respectivement pour déposer l'avis de mise en service, est d'ailleurs la question du caractère imputable ou non du retard au requérant. Du fait que l'alignement de pratique sur la directive a été stabilisé dès l'automne 2016 (ch. marg. 103) et que la décision querelée a été rendue plus d'un an après, une éventuelle pratique antérieure n'est pas pertinente en l'espèce. Au contraire, la recourante n'a pas démontré que l'alignement de pratique sur la directive opéré en 2016 n'aurait pas été entrepris dans tous les cas similaires. En ce sens, l'alignement de pratique sur la directive opéré en 2016 présente un caractère durable et général.
- 111 *Troisièmement*, l'alignement de pratique sur la directive opéré en 2016 par Swissgrid SA ne contrevient pas au principe de la *sécurité juridique* dans la mesure où il permet de tenir compte d'une meilleure connaissance de la *ratio legis*. En effet, cet alignement de pratique sur la directive opéré en 2016 permet de mieux protéger la liste d'attente RPC voulue par le législateur et codifiée à l'article 3g^{bis} aOEne (état le 1^{er} janvier 2017 ; cf. ch. marg. 90 s. et 109). D'ailleurs, aucun droit acquis n'a été concédé ni aucune assurance n'a été fournie à la recourante lui garantissant l'octroi d'un certain nombre de prolongations de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet. Il ressort au contraire de la formulation de l'article 3h^{bis}, alinéa 2 aOEne (état le 1^{er} janvier 2017) que Swissgrid SA n'était pas légalement tenue d'accorder la demande de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet (ch. marg. 89). Le législateur n'a ainsi pas souhaité créer un tel droit en faveur des porteurs de projets.
- 112 *Quatrièmement*, l'on ne voit pas en quoi l'alignement de pratique sur la directive opéré en 2016 par Swissgrid SA contreviendrait au principe de la *bonne foi*. La recourante ne le démontre d'ailleurs pas non plus.
- 113 *Enfin*, le droit n'ayant pas été appliqué de façon correcte jusqu'alors (cf. ch. marg. 109) – c'est-à-dire de manière conforme à la volonté du législateur – la pratique, si tant est qu'il y en ait une, doit être changée.
- 114 Il découle de ce qui précède que les conditions du changement de pratique sont remplies en l'espèce, si bien que, sous cet angle également, Swissgrid SA avait le droit de procéder à l'alignement de pratique sur la directive opéré en 2016.
- 115 Par ailleurs, et même si les conditions du changement de pratique n'étaient pas remplies, l'autorité de céans, en sa qualité d'autorité de recours, ne serait pas liée par les décisions de Swissgrid SA, respectivement de l'autorité inférieure (ATF 90 I 8, consid. 2 ; ATF 91 I 171, ATF 102 la 81, consid. 3, p. 87 ; MOOR / FLÜCKIGER / MARTENET, ch. 6.2.1.3, p. 849 et références citées ; EICOM, décision du 7 juin 2018, 221-00377, consid. 8, ch. marg. 100, pp. 22 s. et références citées).

8 Révocation de la décision positive

- 116 Le fait que l'autorité de céans ait rejeté la demande de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet de l'installation litigieuse (cf. consid. 6) a pour conséquence que la décision positive perd son caractère obligatoire en vertu de l'article 3h^{bis}, alinéa 1, lettre a, aOEne (état le 1^{er} janvier 2017) et la société nationale du réseau de transport n'a dès lors pas d'autre choix que de la révoquer (cf. ch. marg. 66 s.). Il reste dès lors à analyser si l'autorité de céans peut ou non révoquer elle-même la décision positive.
- 117 A teneur de l'article 62, alinéa 2 PA, l'autorité de recours peut modifier au détriment d'une partie la décision attaquée, lorsque celle-ci viole le droit fédéral ou repose sur une constatation inexacte ou incomplète des faits : pour inopportunité, la décision attaquée ne peut être modifiée au détriment d'une partie, sauf si la modification profite à la partie adverse.
- 118 Dans le cas d'espèce, la révocation de la décision positive (pièce 1, annexe 5) par l'autorité de céans ne se fait pas au détriment de la recourante. En effet, la révocation par l'autorité de céans de la décision positive (pièce 1, annexe 5) aboutit – en raison du texte clair de l'article 3h^{bis}, alinéa 2 aOEne (état le 1^{er} janvier 2017) (cf. ch. marg. 66) – au même résultat matériel que le rejet pur et simple du recours tel qu'il ressort des conclusions des parties. La seule différence est de nature formelle et réside dans le fait que, dans ce second cas, la décision de révocation serait prise par l'autorité inférieure en lieu et place de l'autorité de céans. Nous ne sommes donc pas dans un cas de modification au détriment de la recourante (*reformatio in pejus*) (EiCom, décision du 7 juin 2018, 221-00377, consid. 9, ch. marg. 104, pp. 23 s.).
- 119 Par ailleurs, même si on devait retenir que le fait de révoquer la décision positive (pièce 1, annexe 5) constitue une modification au détriment de la recourante (*reformatio in pejus*), force est de constater qu'elle serait tout de même admissible. En effet, en procédure administrative, l'objet du litige devant l'instance de recours est certes délimité par les conclusions du recourant ; le juge est ainsi lié par l'objet des conclusions et c'est dans ce cadre limité qu'il exerce ses compétences conformément à la maxime d'office (MOOR PIERRE / POLTIER ETIENNE, *Droit administratif – Volume II – Les actes administratifs et leur contrôle*, 3^e éd., Berne 2011, p. 819 ss). Des conclusions purement cassatoires n'empêchent toutefois pas l'instance de recours de statuer à nouveau sur le litige, pour autant que la nouvelle décision s'inscrive dans le cadre de l'objet du litige (cf. HÄNER ISABELLE, *Die Anforderungen an eine Beschwerde*, in : HÄNER ISABELLE / WALDMANN BERNHARD, *Brennpunkte im Verwaltungsprozess*, Fribourg 2013, p. 30). Dans le cas d'espèce, la question de l'octroi ou non de la prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet est centrale. En effet, le délai pour procéder à la communication d'avancement du projet étant échu depuis le 2 octobre 2017 (ch. marg. 1), le rejet du recours contre la décision de rejet de la demande de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet implique la révocation de la décision positive (art. 3h^{bis}, al. 2, aOEne [état le 1^{er} janvier 2017]). Dès lors, se prononcer sur la révocation de la décision positive s'inscrit clairement dans le cadre de l'objet du litige. L'autorité de céans peut ainsi statuer sur ce point, et ce quand bien même il ne s'inscrit pas strictement dans le cadre délimité par les conclusions de la recourante, qui, d'ailleurs, a pris des conclusions réformatoires. De plus, le fait que Swissgrid SA n'ait pas révoqué la décision positive est constitutif d'une violation du droit fédéral dans la mesure où, en application de l'article 3h^{bis}, alinéa 2 aOEne (état le 1^{er} janvier 2017), le rejet du recours contre la décision de rejet de la demande de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet implique la révocation de la décision positive. L'autorité de céans, en sa qualité d'autorité de recours, peut ainsi modifier la décision querellée au détriment de la recourant, et ce, conformément à l'article 62, alinéa 2 PA (EiCom, décision du 7 juin 2018, 221-00377, consid. 9, ch. marg. 105, p. 24).

- 120 Les parties ayant été informées par le ST ElCom par courrier recommandé du 5 novembre 2018 (pièce 16, ch. marg. 19) que, si, dans le cadre de ses investigations, il devait arriver à la conclusion que la décision de Swissgrid SA du 31 octobre 2017 (pièce 1, annexe 1) par laquelle celle-ci a rejeté la demande prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet était correcte, il proposerait à l'autorité de céans de révoquer elle-même la décision positive du 1^{er} octobre 2014 (pièce 1, annexe 5) sur la base de l'article 3h^{bis}, alinéa 2 aOEne (état le 1^{er} janvier 2017), le *droit d'être entendu* des parties a été respecté. La recourante en a par ailleurs fait usage en prenant position sur la question (pièce 30, ch. II, let. E, ch. marg. 67 ss, p. 13). Par ailleurs, la décision de l'autorité de céans étant susceptible d'être attaquée par-devant le Tribunal administratif fédéral puis par-devant le Tribunal fédéral, le *principe de la double instance* est également respecté (ElCom, décision du 7 juin 2018, 221-00377, consid. 9, ch. marg. 106, p. 24).
- 121 Ainsi, et en application de l'article 3h^{bis}, alinéa 2 aOEne (état le 1^{er} janvier 2017), l'autorité de céans révoque la décision positive relative à l'installation litigieuse datée du 1^{er} octobre 2014 (pièce 1, annexe 5).

9 Emoluments

- 122 A teneur de l'article 63, alinéa 1 PA, en règle générale, les frais de procédure comprenant l'émolument d'arrêt, les émoluments de chancellerie et les débours sont mis, dans le dispositif, à la charge de la partie qui succombe ; si celle-ci n'est déboutée que partiellement, ces frais sont réduits : à titre exceptionnel, ils peuvent être entièrement remis.
- 123 En l'espèce et comme démontré (consid. 8), le rejet du recours contre la décision de rejet de la demande de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet de Swissgrid SA implique la révocation de la décision positive par l'autorité de céans (art. 3h^{bis}, al. 2, aOEne [état le 1^{er} janvier 2017]). L'on peut donc ainsi considérer que la recourante succombe en tous points dans la mesure où il n'est pas fait droit à ses conclusions. Il n'y a dès lors pas lieu de réduire les frais de procédure. Les frais de procédure sont donc mis entièrement à la charge de la recourante.
- 124 En application de l'article 63, alinéa 4bis 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 sont arrêtés en l'occurrence à [...] francs. Conformément à l'article 63, alinéa 1 PA, ils sont intégralement mis à la charge de la recourante.

10 Dépens

- 125 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 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 / WEISSENBERGER, ch. marg. 14, p. 1327 ; ElCom, décision du 16 novembre 2017, 221-00356, consid. 6, p. 14).
- 126 Dans la mesure où la recourante succombe, 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.

III Dispositif

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

1. La requête en moyen de preuve déposée par mémoire de recours du 15 novembre 2017 de A SA est partiellement rejetée.
2. La décision querellée est une décision finale.
3. Le recours introduit par A SA est rejeté.
4. La décision du 31 octobre 2017 par laquelle Swissgrid SA rejette la demande de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet est confirmée.
5. La décision positive relative à l'installation de biomasse [...] (projet RPC L) datée du 1^{er} octobre 2014 est révoquée.
6. L'émolument pour la présente procédure s'élève à [...] francs. Il est mis à la charge de A SA. La facture sera envoyée après l'entrée en force de la présente décision.
7. L'ECom n'alloue de dépens ni à Pronovo SA, ni à A SA.
8. La présente décision est notifiée à Pronovo SA et à A SA par lettre recommandée.

Berne, le 5 mars 2019

Commission fédérale de l'électricité ECom

Carlo Schmid-Sutter
Président

Renato Tami
Directeur

Envoi :

A notifier par lettre recommandée à :

- A SA, [...] ;
représentée par M^e Jean-Marc Reymond et M^e Yasmine Sözerman, Etude Reymond & associés,
Avenue de la Gare 1, case postale 7255, 1002 Lausanne ;
- Pronovo SA, Dammstrasse 3, 5070 Frick.

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

- Office fédéral de l'énergie (OFEN), 3003 Berne ;
- Tribunal administratif fédéral (TAF), case postale, 9023 St-Gall, dossier [...].

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. 66, al. 2, LEne 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).