



Nos références : 221-00337

Berne, le 14 septembre 2017

DECISION

de la Commission fédérale de l'électricité (ElCom)

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

en l'affaire : **N SA**
représentée par [...]

(la recourante)

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

(l'autorité inférieure)

concernant la révocation de la décision positive du 16 septembre 2008 concernant la petite centrale hydraulique [...]

Table des matières

I	Exposé des faits	3
II	Considéran	6
1	Compétence	6
2	Parties et droit d'être entendu	6
2.1	Parties.....	6
2.2	Droit d'être entendu	7
3	Révocation de la décision en raison du non-respect du délai d'avis de mise en service et faute de circonstances non imputables à la recourante	7
3.1	Bases légales et directives	7
3.2	Retards engendrés par la modification de l'acte de concession	8
3.3	Non-respect du délai d'avis de mise en service et circonstances imputables à la recourante	10
3.4	Synthèse	12
4	Emoluments.....	12
5	Dépens	12
III	Dispositif	13
IV	Indication des voies de recours.....	14

I Exposé des faits

A.

- 1 Par formule postée le 2 mai 2008 (cf. pièce 6, annexe 1), A SA a annoncé la petite centrale hydraulique [...] (projet RPC [...] ; la centrale litigieuse) à Swissgrid SA (ci-après : l'autorité inférieure) en vue de l'obtention de la rétribution à prix coûtant du courant injecté (RPC).
- 2 Par courrier recommandé du 16 septembre 2008 (pièce 6, annexe 1), l'autorité inférieure a rendu une décision positive en ce qui concerne la centrale litigieuse et a fixé le taux de rétribution provisoire à [...] cts / kWh. Ce courrier mentionne le 19 septembre 2012 comme date de communication de l'avancement du projet et le 19 septembre 2014 comme date d'avis de mise en service. Il précise également les conséquences légales d'un retard et se réfère à l'ancien article 3h, alinéa 4 de l'ordonnance du 7 décembre 1998 sur l'énergie (OEne ; RS 730.01) dans son état au 1^{er} mai 2008, lequel correspond en substance à l'actuel article 3h^{bis}, alinéas 1 et 2 OEne.

B.

- 3 Par courrier recommandé du 11 septembre 2012 (pièce 6, annexe 2), A SA a requis de l'autorité inférieure une première prolongation de délai pour procéder à la communication de l'avancement du projet au motif que la procédure d'octroi de la concession et le permis de construire ont pris plus de temps qu'initialement prévu. Cette prolongation de délai a été octroyée par courrier de l'autorité inférieure du 26 septembre 2012 (pièce 6, annexe 3) au motif que les circonstances du retard ne lui serait pas imputables. Ce courrier prolonge au 19 septembre 2013 la date de communication de l'avancement du projet et au 21 septembre 2015 la date d'avis de mise en service.
- 4 Par courrier recommandé du 13 septembre 2013 (pièce 6, annexe 4), A SA a requis de l'autorité inférieure une deuxième prolongation de délai pour procéder à la communication de l'avancement du projet au motif que la procédure d'octroi de la concession et le permis de construire ont pris plus de temps qu'initialement prévu mais qu'ils devraient être octroyé tout prochainement. Cette prolongation de délai a été octroyée par courrier de l'autorité inférieure du 13 mai 2014 (pièce 6, annexe 5) au motif que les circonstances du retard ne lui serait pas imputables. Ce courrier prolonge au 19 septembre 2014 la date de communication de l'avancement du projet et au 19 septembre 2016 la date d'avis de mise en service.

C.

- 5 Par courrier du 28 août 2014 (pièce 6, annexe 6), l'autorité inférieure rappelle à A SA qu'elle doit produire la communication de l'avancement du projet avant le 19 septembre 2014. A cette occasion, elle cite les documents à joindre à l'envoi et, se prévalant de l'article 3h^{bis}, alinéa 2 OEne, elle l'informe que faute de notification d'avancement du projet envoyée dans les délais, elle perdra son droit à la RPC et que la décision favorable sera révoquée. Elle l'informe également de son droit de déposer une demande en prolongation de délai.
- 6 Par courrier recommandé du 15 septembre 2014 (pièce 6, annexe 7), A SA a produit la formule intitulée « Rétribution à prix coûtant du courant injecté (RPC) : formulaire de notification d'avancement du projet », toutefois sans permis de construire une telle installation hydroélectrique pour ce qui concerne les parties hors du domaine public. Ce courrier était annexé à un courrier d'accompagnement dans lequel est précisé que l'acte de concession [...] fait également office de permis de construire, d'une part, et à une lettre par laquelle le gestionnaire de réseau [...] préavise favorablement le raccordement de la centrale litigieuse à son réseau, d'autre part.

D.

- 7 Le 17 février 2015, N SA (ci-après : la recourante) a racheté à A SA le projet de réhabilitation de la centrale litigieuse (cf. pièce 1, ch. marg. 3). La concession relative à la centrale litigieuse a été transférée à la recourante en date du 10 février 2016 par décision de la Cheffe du Département [...] (cf. pièce 1, ch. marg. 3).

E.

- 8 Par courrier du 16 septembre 2016 (cf. pièce 1, annexe 1 et pièce 6, annexe 8), la recourante a déposé une troisième demande de prolongation de délai, portant cette fois-ci plus spécifiquement sur la date pour déposer l'avis de mise en service.
- 9 Par courrier recommandé du 11 novembre 2016 (pièce 1, annexe 1 et pièce 6, annexe 8 ; ci-après : la décision querellée), l'autorité inférieure, faisant application de l'article 3h^{bis}, alinéa 2 OEné, a prononcé la révocation de la décision positive du 16 septembre 2008 (pièce 6, annexe 1 ; ch. marg. 2), rejetant du même coup la demande en prolongation de délai. Elle justifie sa décision sur le constat qu'aucun avis de mise en service ne lui est parvenu dans les délais légaux et sur l'opinion que la demande de prolongation de délai déposée n'est pas fondée.

F.

- 10 Par mémoire de recours du 9 décembre 2016 (pièce 1) adressé à l'autorité de céans, la recourante a requis que le délai de mise en service de la centrale litigieuse soit prolongé au 19 septembre 2018.
- 11 Conformément à sa pratique lors de litiges portant sur la RPC, le Secrétariat technique de l'EICom (ST EICom) a notifié à la recourante à l'autorité inférieure son évaluation de la situation juridique du cas d'espèce par courrier du 22 février 2017 (pièce 3). Considérant que les circonstances du retard sont imputables à la recourante, il confirme que la recourante n'a pas droit à une nouvelle prolongation de délai pour déposer l'avis de mise en service de la centrale litigieuse. Il estime ainsi que la décision de l'autorité inférieure n'est pas contestable en l'espèce.

G.

- 12 Par courrier du 23 mai 2017 (pièce 4), la recourante a requis une décision formelle.
- 13 Le 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 1^{er} juin 2017 adressé tant à l'autorité inférieure qu'à la recourante (pièce 5). Il leur a simultanément transmis copie du dossier et a fixé un délai à l'autorité inférieure pour prendre position.

H.

- 14 Par prise de position du 28 juin 2017 (pièce 6), l'autorité inférieure a produit le dossier de la cause en sa possession et a conclu à ce qui suit :

« Das Begehren vom 9. Dezember 2016 sei vollumfänglich abzuweisen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. »

- 15 Cette prise de position a été transmise à la recourante pour information par courrier recommandé du 29 juin 2017 (pièce 7).
- 16 Par courrier du 21 juillet 2017 (pièce 8), l'autorité inférieure s'est prévalu de l'arrêt du Tribunal fédéral du 21 juin 2017 en la cause 1C_532/2016 opposant l'Association Paysage Libre Suisse – Freie Landschaft Schweiz à l'autorité inférieure dans un litige relevant du droit d'accès aux documents officiels (ci-après : arrêt Paysage Libre Suisse) pour porter à la connaissance de l'autorité de céans et de la recourante qu'elle dispose du pouvoir décisionnel dans le cadre de la promotion des énergies renouvelables. Se prévalant de l'article 66, alinéa 4 de la loi du 17 juin 2005 (LTF ; RS 173.110), elle constate ne pas être redevable de frais judiciaires. Fort de ce constat, elle prend la conclusion complémentaire suivante :
- « Gemäss Art. 63 Abs. 2 Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG) seien Swissgrid im rubrizierten Verfahren keine Gerichtskosten aufzuerlegen. »*
- 17 Cette conclusion complémentaire a été transmise à la recourante pour information par courrier du 7 août dernier (pièce 9).
- I.
- 18 En date du 7 août 2017 également (pièce 10), la recourante a produit le permis de construire n°[...] qui lui a été délivré par la Municipalité de [...] le [...] dernier et portant sur la transformation intérieure pour la création d'appartements (dix logements) et création d'un couvert enterré ainsi que de places de parc non couvertes au [...]. Ce document a été transmis à l'autorité inférieure pour information le 8 août dernier (pièce 11).
- 19 Par courriel du 16 août 2017 (pièce 12), la participante a produit l'acte de concession n°[...] octroyé en date du [...] par la Cheffe du Département [...] et concernant la centrale litigieuse ainsi que les documents annexes y relatifs. Par courrier du 16 août 2017 (pièce 13), ces documents ont été transmis à la recourante pour information.
- 20 Il sera revenu ci-après, en tant que besoin, sur les autres éléments du dossier.

II Considérants

1 Compétence

- 21 Conformément à l'article 25, alinéa 1bis de la loi du 26 juin 1998 sur l'énergie (LEne ; RS 730.0), la Commission de l'électricité statue sur les litiges relatifs aux conditions de raccordement pour les installations de production d'énergie et aux suppléments sur les coûts de transport (art. 7, 7a et 15b LEne ; ElCom, décision du 7 juillet 2016, 221-00127, consid. 1, ch. marg. 15 ss, p. 5).
- 22 En l'espèce, il y a lieu de déterminer si c'est à raison que l'autorité inférieure a rejeté la troisième demande en prolongation de délai pour déposer l'avis de mise en service et révoqué – sur la base de l'article 3h^{bis}, alinéa 2 OEne – la décision positive d'octroi de la RPC au projet-RPC [...] du 16 septembre 2008 concernant la petite centrale hydraulique « [...] ». C'est pourquoi il s'agit d'un litige relatif aux conditions de raccordement pour les installations de production d'énergie au sens de l'article 25, alinéa 1bis LEne.
- 23 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.
- 24 La compétence de l'ElCom est ainsi donnée. Elle se fonde sur l'article 25, alinéa 1bis LEne.
- 25 Le Tribunal fédéral a jugé que l'autorité inférieure rendait des décisions dans le cadre de la RPC (arrêt Paysage Libre Suisse, consid. 2.3 ; cf. ch. marg. 16), si bien que la présente procédure doit être qualifiée de procédure de recours et qu'elle doit être menée conformément au chapitre III de la PA, à savoir les articles 44 ss PA.

2 Parties et droit d'être entendu

2.1 Parties

- 26 A qualité pour recourir au sens de l'article 48, alinéa 1 PA, quiconque : a. a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure ou a été privé de la possibilité de le faire ; b. est spécialement atteint par la décision attaquée, et c. a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification.
- 27 La recourante, déboutée par la décision querellée, laquelle rejette la troisième demande en prolongation de délai pour déposer l'avis de mise en service et révoque la décision positive d'octroi de la RPC au projet-RPC [...] du 16 septembre 2008, a qualité pour recourir (art. 48 al. 1 PA).

2.2 Droit d'être entendu

- 28 Tant la recourante que l'autorité inférieure ont bénéficié de la faculté de prendre position dans le cadre de la présente procédure. Ainsi, le mémoire de recours de la recourante du 9 décembre 2016 (pièce 1) ainsi que son courrier du 23 mai 2017 (pièce 4) ont été soumis à l'autorité inférieure pour prise de position par courrier d'ouverture de la procédure du 1^{er} juin 2017 (pièce 5). En outre, la prise de position de l'autorité inférieure du 28 juin 2017 (pièce 6) a été transmise à la recourante pour information par courrier du 29 juin 2017 (pièce 7). Par ailleurs, la conclusion complémentaire de l'autorité inférieure déposée le 21 juillet 2017 (pièce 8) et basée sur l'arrêt Paysage Libre Suisse a été transmise à la recourante par courrier du 7 août 2017 (pièce 9). De même, le permis de construire produit par la recourante le 7 août 2017 (pièce 10) a été transmis pour information à l'autorité inférieure le 8 août dernier (pièce 11). Enfin, le courriel du 16 août 2017 (pièce 12) par lequel l'autorité inférieure a produit l'acte de concession relatif à la centrale litigieuse ainsi que les documents annexes a été transmis à la recourante par courrier du 16 août 2017 (pièce 13). Tant les conclusions de la recourante que de l'autorité inférieure ainsi que leurs arguments ont été pris en compte par l'EiCom dans le cadre de l'appréciation matérielle du cas d'espèce. Ainsi, le droit d'être entendu des parties est respecté (art. 29, PA).

3 Révocation de la décision en raison du non-respect du délai d'avis de mise en service et faute de circonstances non imputables à la recourante

3.1 Bases légales et directives

- 29 L'article 3h^{bis}, alinéa 1, lettre a de l'ordonnance du 7 décembre 1998 sur l'énergie (OEné ; RS 730.01) dispose que la décision perd son caractère obligatoire lorsque le requérant ne respecte pas les délais de notification de l'avancement du projet ou de mise en service fixés dans les appendices 1.1 à 1.5. A teneur du chiffre 5.3.1 de l'appendice 1.1 de l'OEné, pour toutes les installations hormis celles visées au chiffre 5.3.2, l'avis de mise en service est transmis au plus tard six ans après la notification de la décision positive. L'article 3h^{bis}, alinéa 2 OEné précise enfin 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.
- 30 L'Office fédéral de l'énergie (OFEN) a précisé ce qui suit à propos de l'article 3h^{bis}, alinéa 2 OEné :

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

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

(« Directive relative à la rétribution à prix coûtant du courant injecté (RPC) – Art. 7a LEné – Partie générale, version 1.7 du 1^{er} janvier 2017 », ci-après : directive, téléchargeable sur www.ofen.admin.ch > Thèmes > Approvisionnement en électricité > Electricité issue de sources d'énergie renouvelables > Rétribution à prix coûtant du courant injecté > Documents utiles > Directives, consulté le 5 septembre 2017, p. 11).

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

32 En page 11 toujours, cette directive précise ce qui suit à propos de l'article 3h^{bis}, alinéa 4 OEné :

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

33 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**.*

34 A noter enfin que le texte de la directive actuellement en vigueur correspond mot pour mot à celui de la version 1.6 du 1^{er} août 2016 alors en vigueur au moment du prononcé de la révocation.

3.2 Retards engendrés par la modification de l'acte de concession

35 La recourante est au bénéfice de l'acte de concession n° [...] octroyé en date du [...] par la Cheffe du Département du territoire et de l'environnement [...] et concernant la centrale litigieuse (ci-après : la concession ; pièce 12) ainsi que les documents annexes y relatifs (ch. marg. 19). A son article 8, 5^e ligne, cette concession prévoit que « l'eau est dérivée de [...] au lieu-dit « [...] », par une prise d'eau immergée en rive droite. » L'article 10, alinéa 1, 1^{ère} phrase de cette même concession prévoit par ailleurs que « [les] travaux de réalisation de la nouvelle installation hydroélectrique et de démolition de l'ancienne doivent être entrepris dans un délai de 3 ans à dater de l'entrée en vigueur de la concession. »

36 Ces dispositions appellent les réflexions suivantes.

37 *Premièrement*, les travaux de réalisation de la nouvelle installation hydroélectrique et de démolition de l'ancienne n'ont pas été entrepris dans le délai de 3 ans fixé par l'article 10, alinéa 1, 1^{ère} phrase de la concession. Celui-ci est en effet arrivé à échéance début avril dernier. Ainsi, même leur réalisation aux conditions telles que fixées dans la concession suppose d'engager de nouvelles démarches auprès des autorités cantonales [...] en vue d'adapter l'acte de concession et les autorisations annexes. Aucun élément au dossier ne laisse à penser que de telles démarches ont d'ores et déjà été entreprises. Par ailleurs, celles-ci prendront vraisemblablement un certain temps, même si le temps supplémentaire requis ici devrait être passablement inférieur à celui nécessaire à mener à bien les procédures d'adaptation de l'acte de concession nécessitées par la modification du projet de réalisation de la nouvelle installation hydroélectrique et de démolition de l'ancienne (cf. ch. marg. 38 ss).

- 38 *Deuxièmement*, et conformément à son article 8, 5^e ligne, la concession a été octroyée pour une prise d'eau immergée en rive droite. Or, la recourante a fait part à l'autorité de céans de sa volonté de « revoir le projet de centrale hydraulique pour le placer sur l'autre rive de [...] » (pièce 4, p. 1, 3^e par., reprenant l'idée développée à la pièce 1, p. 2, 8^e par.), soit en rive gauche (cf. pièce 4, annexe 1, sp. p. 2 et annexe 2, ch. 3.2.1, p. 8). Le fait qu'il s'agisse bien là de la volonté de la recourante a encore été confortée par le fait que celle-ci vient d'obtenir le permis de construire permettant de transformer le bâtiment technique – sis en rive droite – en bâtiment d'habitation abritant dix logements (pièce 10 ; ch. marg. 18). Ledit permis de construire ne mentionne pas d'installation hydroélectrique pour ce qui concerne les parties hors du domaine public.
- 39 Or, une telle modification de projet qui a pour conséquence le déplacement du projet de centrale hydraulique pour le placer sur l'autre rive de [...] suppose l'adaptation de la concession et des autorisations annexes, respectivement l'octroi d'un permis de construire une telle installation hydroélectrique pour ce qui concerne les parties hors du domaine public. Dans le cadre de telles procédures concernant la réalisation de la nouvelle installation hydroélectrique et de démolition de l'ancienne, il faut compter avec des oppositions possibles. A noter que les demandes de permis de construire et de concession déposées auprès des autorités compétentes sont normalement des documents qui doivent déjà être fournis avec la communication de l'avancement du projet, ce qui n'a pas été fait en l'espèce au vu des pièces transmises et de l'état d'avancement du dossier. En effet, la concession versée au dossier de la cause (pièce 12) concerne le projet initial avant déplacement du projet de centrale hydraulique pour le placer sur l'autre rive de [...] et non pas le projet que la recourante souhaite désormais réaliser. Par ailleurs, la recourante n'est toujours pas en mesure de déterminer précisément quels groupes seront installés dans la centrale. Or, il s'agit également là d'un élément essentiel d'une telle installation de production. L'article 3, 10^e ligne de la concession prévoit en effet la réalisation de trois turbo-générateurs de type « syphon ». Or, la recourante a laissé entendre qu'elle pourrait opter pour un autre système. Elle étudie notamment la possibilité de recourir à une turbine VLH qui est une turbine Kaplan à 8 pales installée dans une structure autoportante (pièce 4, annexe 2, page 8, 2 derniers paragraphes et annexe 1, p. 3), éventuellement avec modification du barrage existant (pièce 4, annexe 2, pages 10 ss). Ainsi, si elle décide de recourir à un autre système que celui des trois turbo-générateurs de type « syphon » décrit dans la concession, cela supposera également la modification de la concession. De même, au vu de son libellé (« Transformation intérieure pour la création d'appartements (dix logements) et création d'un couvert enterré ainsi que de places de parc non couvertes au [...] »), le permis de construire produit (pièce 10, annexe 1 ; ch. marg. 18) ne concerne que la partie du projet destinée au logement à l'exclusion de toute réalisation de la nouvelle installation hydroélectrique et de démolition de l'ancienne. Or, c'est précisément la concession pour la réalisation de la nouvelle installation hydroélectrique et de démolition de l'ancienne et le permis de construire une telle installation hydroélectrique pour ce qui concerne les parties hors du domaine public qui sont pertinents dans le cadre de la présente procédure. Or, rien au dossier ne laisse à penser qu'une procédure en vue de modifier la concession n'a été engagée par la recourante. Par ailleurs, aucun permis de construire une telle installation hydroélectrique pour ce qui concerne les parties hors du domaine public n'a été transmis pour ce qui concerne les parties hors du domaine public. Contrairement à ce que prétend la recourante dans son courrier du 15 septembre 2014 (pièce 6, annexe 7), il ne ressort pas de la concession (pièce 12) qu'un tel permis n'est pas nécessaire ou aurait d'ores et déjà été octroyé. De telles démarches de modification de la concession et de l'octroi du permis de construire une telle installation hydroélectrique pour ce qui concerne les parties hors du domaine public supposeront sans nul doute un certain temps. Le temps supplémentaire ainsi requis pour mener à bien cette procédure en modification de la concession et d'octroi permis de construire une telle installation hydroélectrique pour ce qui concerne les parties hors du domaine public s'élèvera certainement à plusieurs mois.

3.3 Non-respect du délai d'avis de mise en service et circonstances imputables à la recourante

- 40 Dans le cas d'espèce la centrale litigieuse a bénéficié d'une décision positive datée du 16 septembre 2008 (pièce 6, annexe 1 ; ch. marg. 2). Celle-ci mentionnait le 19 septembre 2014 comme date d'avis de mise en service. Sur requêtes de A SA tendant à la prolongation des délais de communication de l'avancement du projet (pièce 6, annexes 2 et 4 ; ch. marg. 3 et 4), ce délai a été prolongé une première fois au 21 septembre 2015 (pièce 6, annexe 3 ; ch. marg. 3) avant d'être prolongé une deuxième fois au 19 septembre 2016 (pièce 6, annexe 5 ; ch. marg. 4). Ces prolongations ont été octroyées par Swissgrid SA quand bien même elles ne se basent pas sur des motifs de prolongation de délai listés dans l'appendice 1 de la directive. La formule intitulée « Rétribution à prix coûtant du courant injecté (RPC) : formulaire de notification d'avancement du projet » a finalement été produite le 15 septembre 2014 (pièce 6, annexe 7 ; ch. marg. 6), toutefois sans permis de construire une telle installation hydroélectrique pour ce qui concerne les parties hors du domaine public. La concession alors jointe (pièce 12) – laquelle a été prise en procédure coordonnée et contient également les autorisations spéciales – se référait au projet initial avant déplacement du projet de centrale hydraulique pour le placer sur l'autre rive de [...] et non pas le projet que la recourante souhaite désormais réaliser. La recourante a déposé une troisième demande de prolongation de délai, datée du 16 septembre 2016 (cf. pièce 1, annexe 1 et pièce 6, annexe 8 ; ch. marg. 8), et portant cette fois plus spécifiquement sur la date pour déposer l'avis de mise en service. C'est cette troisième demande que l'autorité inférieure a rejetée par la décision querellée (pièce 1, annexe 1 et pièce 6, annexe 8 ; ch. marg. 9), estimant en substance qu'elle n'était pas fondée, les motifs invoqués ne démontrant pas des circonstances qui ne sont pas imputables à la recourante. Sur la base de l'article 3^h^{bis}, alinéa 2 OEné, l'autorité inférieure a simultanément révoqué la décision positive d'octroi de la RPC au projet-RPC [...] du 16 septembre 2008 concernant la petite centrale hydraulique « [...] ».
- 41 Depuis la décision positive du 16 septembre 2008 (pièce 6, annexe 1 ; ch. marg. 2), A SA, respectivement la recourante, a connaissance du délai pour procéder à l'avis de mise en service de la centrale litigieuse. Elle sait également que ce délai doit être tenu. Elle a d'ailleurs déposé deux demandes en prolongation de délai qui lui ont été octroyées. Elle a ainsi bénéficié d'un délai supplémentaire total de deux années, portant à huit ans un délai initialement fixé à six ans par l'ordonnance, soit une augmentation d'un tiers du délai initial. Elle n'a toutefois pas mis à profit ce temps imparti pour prendre les mesures techniques, organisationnelles et administratives nécessaires afin de mener à bien la réalisation de la centrale litigieuse dans le délai imparti. Bien plus, la recourante a entamé des modifications de projet ayant des incidences sur des éléments essentiels. Ainsi, comme cela ressort des allégués de la recourante, « il est prévu de revoir le projet de centrale hydraulique pour le placer sur l'autre rive de [...] » (pièce 4, p. 1, 3^e par., pièce 4, annexe 1, p. 2 et pièce 4, annexe 2, ch. 3.2.1, p. 8 reprenant l'idée développée à la pièce 1, p. 2, 8^e par.). De même, les choix du groupe (pièce 4, annexe 1, p. 3 et pièce 4, annexe 2, ch. 3.2.2, p. 8) ou du type de barrage (pièce 4, annexe 2 ch 3.2.3, pp. 10 s.) restent ouvert. Or, de tels travaux de réalisation de la nouvelle installation hydroélectrique et de démolition de l'ancienne sont soumis à concession et font l'objet de diverses autorisations (cf. consid. 3.2).
- 42 Il ressort des pièces au dossier que le retard a essentiellement été engendré par la survenance de modifications à apporter au projet initialement annoncé à l'autorité inférieure en vue de l'octroi de la RPC. Ainsi, par exemple, la recourante a déclaré : « ce retard [est dû] à l'évolution du projet, qui a été décrite de manière précise dans le courriel adressé par N SA à Swissgrid SA, le 11 octobre 2016 » (pièce 1, p. 2, ch. 7, 4^e par.). Elle a également écrit que « [...] les groupes prévus dans le projet initial présentaient de nombreux problèmes de fiabilité et ces groupes ne sont désormais plus fabriqués ; par ailleurs, compte tenu du projet de réhabilitation complète en logements du bâtiment se trouvant sur la parcelle n° [...] de [...], il est prévu de revoir le projet de

centrale hydraulique pour le placer sur l'autre rive de [...]. » (pièce 4, p. 1, 3^e par.). Les modifications prévues par rapport au projet initial – et en particulier le déplacement du projet de centrale hydraulique pour le placer sur l'autre rive de [...] qui a été dicté principalement par des motifs relevant de la volonté de la recourante – portent sur des éléments essentiels. Celles-ci supposent donc une modification de l'acte de concession, respectivement l'octroi d'un permis de construire une telle installation hydroélectrique pour ce qui concerne les parties hors du domaine public. Cela tend ainsi également 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. 3.1 où l'on voit que la directive insiste lourdement sur la notion de planification professionnelle des projets).

- 43 De plus, l'état d'avancement du dossier faible et il existe un risque d'opposition engendrés par les modifications du projet (choix d'un nouveau modèle de groupes et du type de barrage et surtout déplacement du projet de centrale hydraulique pour le placer sur l'autre rive de [...]). L'on ne voit dès lors pas comment l'octroi d'un délai supplémentaire pour procéder à l'avis de mise en service de la centrale litigieuse devrait permettre à la recourante de remédier enfin à son défaut de planification et de réaliser la centrale litigieuse dans le délai prolongé. Cela est d'autant plus sujet à caution que le programme d'avancement des travaux de moins de deux ans projeté par la recourante est ambitieux au vu de la tâche à réaliser et au regard des risques de procédures (oppositions, etc.) et financiers ainsi que des difficultés techniques qui constituent autant de défis à relever en un si court laps de temps. Cela est d'autant plus vrai que la conclusion n'a pas été modifiée après son dépôt et qu'il ne reste à ce jour qu'environ un an, ce qui ne permet pas de mener à bien la procédure en modification de la concession, respectivement d'octroi du permis de construire une telle installation hydroélectrique pour ce qui concerne les parties hors du domaine public, et de réaliser des travaux de cette envergure.
- 44 Ainsi, force est de constater que certains éléments essentiels sont encore à définir, que des planifications techniques sont encore à réaliser, et que des procédures d'octroi du permis de construire une telle installation hydroélectrique pour ce qui concerne les parties hors du domaine public et d'octroi d'autorisations nécessaires sont à mener à bien. Le seul fait de disposer d'une concession constitue donc un élément insuffisant à lui seul pour garantir que la recourante pourra mettre en service la centrale litigieuse avant l'échéance du délai d'avis de mise en service prolongé demandée au 19 décembre 2018. Cela est encore accentué par le fait que le délai fixé dans la concession pour réaliser les travaux est déjà échu à ce jour sans avoir été utilisé, d'une part, et que les caractéristiques techniques décrites dans la concession ne correspondent pas au projet tel qu'il est actuellement prévu de réaliser, d'autre part. Ainsi, tant la concession que le permis de construire une telle installation hydroélectrique pour ce qui concerne les parties hors du domaine public devront être modifiés, respectivement émis. En effet, malgré les deux prolongations de délai déjà octroyées, la centrale litigieuse n'est toujours pas sur le point d'être réalisée, loin s'en faut. Non seulement les travaux n'ont pas commencés, mais la concession doit encore faire l'objet d'une procédure pour en adapter le contenu au projet que la recourante souhaite finalement réaliser. Par ailleurs, les contours exacts du projet concernant des éléments essentiels du projet (choix des groupes, du type de barrage, etc.) ne sont même pas encore définis. Ainsi, à notre sens, le délai supplémentaire requis ne permettra pas à la recourante de procéder à l'avis de mise en service de la centrale litigieuse.
- 45 Le fait que la recourante ne soit pas en mesure de procéder à l'annonce de mise en service de la centrale litigieuse dans le délai déjà prolongé deux fois découle essentiellement des modifications prévues par rapport au projet initial et qui portent sur des éléments essentiels du projet doit être qualifié de circonstances imputables à la recourante dans la mesure où il démontre un manquement à la planification professionnelle. Par ailleurs, l'octroi du délai requis ne permettra certainement pas de procéder à l'avis de mise en service. En ce sens, et sur la base de l'article 3h^{bis},

alinéa 1, lettre a OEné en lien avec le chiffre 5.3.1 de l'appendice 1.1 de l'OEné et l'article 3h^{bis}, alinéa 2 OEné, il est justifié de ne pas octroyer de prolongation de délai supplémentaire et de procéder à une révocation de la décision positive du 16 septembre 2008.

- 46 Enfin, l'article 3h^{bis}, alinéa 2 OEné est une disposition potestative. L'autorité inférieure n'était donc pas légalement tenue d'accorder la requête en prolongation de délai.

3.4 Synthèse

- 47 Au vu de ce qui précède, force est de constater que la recourante n'a pas respecté le délai d'annonce de mise en service déjà prolongé deux fois. Le non-respect de ce délai découle de circonstances qui lui sont imputables (manquement à la planification professionnelle). L'octroi de la prolongation de délai requise ne permettra pas d'y remédier. C'est donc à raison que l'autorité inférieure a rejeté la troisième demande en prolongation de délai pour déposer l'avis de mise en service et a révoqué la décision positive d'octroi de la RPC au projet-RPC [...] du 16 septembre 2008. La décision de Swissgrid SA du 11 novembre dernier (pièce 1, annexe 1 et pièce 6, annexe 8 ; ch. marg. 9) est dès lors confirmé en tous points.

4 Emoluments

- 48 En application de l'article 63, alinéas 1 et 4^{bis} PA et de l'article 2 de l'ordonnance du 10 septembre 1969 sur les frais et indemnités en procédure administrative (RS 172.041.0), les frais de procédure, arrêtés en l'occurrence à [...] francs, sont mis à la charge de la recourante.
- 49 L'article 63, alinéa 2, 1^{ère} phrase PA précise quant à lui qu'aucun frais de procédure n'est mis à la charge des autorités inférieures, ni des autorités fédérales recourantes et déboutées. Une autorité inférieure n'est pas redevable des émoluments même s'il ne s'agit pas d'une autorité fédérale (MAILLARD MARCEL, *Commentaire ad art. 63 PA*, in : WALDMANN BERNHARD / WEISSENBERGER PHILIPPE, *Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG)*, 2^e éd., Zurich 2016, ci-après : WALDMANN / WEISSENBERGER, ch. marg. 32, p. 1318).

5 Dépens

- 50 A teneur de l'article 64, alinéa 1 PA, l'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés. L'article 8, alinéa 5 de l'ordonnance du 10 septembre 1969 sur les frais et indemnités en procédure administrative précise que les frais inutiles, les frais d'autorités fédérales parties et, en règle générale, les frais d'autres autorités parties ne donnent pas droit à une indemnité. Les autorités fédérales et, en règle générale, les autres autorités également ne peuvent pas prétendre à l'octroi de dépens (MAILLARD MARCEL, *Commentaire ad art. 64 PA*, in : WALDMANN / WEISSENBERGER, ch. marg. 14, p. 1327 et BEUSCH MICHAEL, *Commentaire ad art. 64 PA*, in : AUER CHRISTOPH / MÜLLER MARKUS / SCHINDLER BENJAMIN, *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG]*, ch. marg. 10, pp. 821 s.).
- 51 Dans la mesure où la recourante succombe, il n'y a pas lieu de lui allouer une indemnité à titre de dépens. D'autre part, l'autorité inférieure n'a elle-même pas droit à des dépens (art. 8, al. 5 de l'ordonnance du 10 septembre 1969 sur les frais et indemnités en procédure administrative).

III Dispositif

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

1. La décision du 11 novembre 2016 par laquelle Swissgrid SA rejette la troisième demande en prolongation de délai pour déposer l'avis de mise en service et révoque la décision positive d'octroi de la RPC au projet-RPC [...] du 16 septembre 2008 est confirmée.
2. L'émolument pour la présente procédure s'élève à [...] francs. Il est mis à la charge de N SA. La facture sera envoyée après l'entrée en force de la présente décision.
3. L'ECom n'alloue de dépens ni à Swissgrid SA, ni à N SA.
4. La présente décision est notifiée à N SA et à Swissgrid SA par lettre recommandée.

Berne, le 14 septembre 2017

Commission fédérale de l'électricité ECom

Brigitta Kratz
Vice-présidente

Renato Tami
Directeur

Envoi :

A notifier par lettre recommandée à :

- N SA,
représentée par [...] ;
- Swissgrid SA, Werkstrasse 12, 5080 Laufenbourg.

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

- Office fédéral de l'énergie (OFEN), 3003 Berne.

IV Indication des voies de recours

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

- a) du 7^e jour avant Pâques au 7^e jour après Pâques inclusivement ;
- b) du 15 juillet au 15 août inclusivement ;
- c) du 18 décembre au 2 janvier inclusivement (art. 47, al. 1, let. c PA en lien avec l'art. 23 LApEI 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).