



Nos références : 221-00377

Berne, le 7 juin 2018

DECISION

de la Commission fédérale de l'électricité (ElCom)

Composition : Carlo Schmid-Sutter (président), Brigitta Kratz (vice-présidente),
Laurianne Altwegg, Christian Brunner, Matthias Finger, Dario Marty
Sita Mazumder

en l'affaire : **C 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 les projets RPC a, b et c

Table des matières

I	Exposé des faits	3
II	Considérants	8
1	Compétence	8
2	Parties et droit d'être entendu.....	9
2.1	Parties	9
2.2	Droit d'être entendu.....	9
3	Allégués des parties.....	9
3.1	Allégués de la recourante	9
3.2	Allégués de Swissgrid SA et de l'autorité inférieure	10
4	Droit applicable.....	11
5	Qualification de la décision querellée et entrée en matière	12
6	Rejet des demandes de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet	13
6.1	Non-respect du délai de communication de l'avancement du projet	13
6.2	Non-prolongation du délai.....	14
6.2.1	Bases réglementaires et directive.....	14
6.2.2	Retard imputable à la requérante.....	15
6.3	Synthèse.....	18
7	Arbitraire et droit d'être entendu	19
8	Egalité de traitement et changement de pratique	19
9	Révocation des décisions positives.....	23
10	Emoluments	25
11	Dépens	25
III	Dispositif	26
IV	Indication des voies de recours.....	28

I Exposé des faits

A.

- 1 Par formules datées du 3 décembre 2009 (pièce 1, annexe 3) et du 7 décembre 2009 (pièce 1, annexes 4 et 5), C SA (ci-après : la recourante) a annoncé à Swissgrid SA les trois petites centrales hydrauliques « Centrale hydraulique de S » (projet RPC c ; ci-après : S), « Centrale hydraulique à la pisciculture de T » (projet RPC a ; ci-après : T) et « Centrale hydraulique Moulin de U » (projet RPC b ; ci-après : U) (ci-après : les centrales litigieuses) en vue de l'obtention de la rétribution à prix coûtant du courant injecté (RPC). Par courriers recommandés du 1^{er} juillet 2013 (pièce 1, annexes 6 – 8), Swissgrid SA a rendu trois décisions positives relatives aux centrales litigieuses (ci-après : décisions positives). Elle a fixé les taux de rétribution provisoires à [...] cts / kWh pour S, [...] cts / kWh pour T et [...] cts / kWh pour U. Ces décisions positives mentionnent le 3 juillet 2017 comme date de communication de l'avancement du projet et le 1^{er} juillet 2019 comme date d'avis de mise en service.
- 2 Par courrier du 21 décembre 2016 (pièce 1, annexe 9), le [...] a rendu un préavis négatif à la réalisation de S. Le lendemain, soit le 22 décembre 2016, la Direction Générale de l'Environnement du canton de Vaud (ci-après : DGE) a quant à elle rendu deux décisions de non-entrée en matière quant aux demandes d'utilisation de la force hydraulique de la R, l'une pour T (pièce 1, annexe 10), et l'autre pour U (pièce 1, annexe 11).
- 3 Par courrier du 7 février 2017 (pièce 1, annexe 13), Swissgrid SA a rejeté les trois requêtes de transfert des trois décisions positives vers d'autres projets RPC déposées par la recourante en date du 22 décembre 2016 (pièce 1, annexe 12). Cette décision fait actuellement l'objet d'une procédure de recours par-devant l'autorité de céans (dossier 221-00354 « Transfert des projets RPC a, b et c en faveur des projets RPC x, y et z ») suite au recours du 8 mars 2017. La procédure est actuellement suspendue jusqu'à droit connu dans une procédure similaire portant sur la même question litigieuse (ElCom, décision du 14 septembre 2017, 221-00342 « Transfert du projet RPC 50316 en faveur du projet RPC 179663 », dossier actuellement pendant par-devant le Tribunal administratif fédéral [ci-après : TAF], A-5970/2017).

B.

- 4 Par courriers du 21 juin 2017 (pièce 1, annexe 14), la recourante a déposé trois demandes de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet (une par centrale litigieuse) d'une durée de deux ans pour procéder à la communication de l'avancement du projet. Elle se réserve également le droit de déposer ultérieurement une nouvelle prolongation pour procéder à l'avis de mise en service. Il s'agit-là d'une première demande en ce sens. Elle argue en substance que le retard découle de circonstances indépendantes de sa volonté. Elle explique en effet avoir déposé des requêtes de transfert de décisions positives qui sont actuellement pendantes par-devant l'autorité de céans. Il y aurait dès lors lieu de prolonger le délai pour procéder à la communication de l'avancement du projet jusqu'à ce qu'une décision définitive et exécutoire soit rendue en les causes relatives au transfert des décisions positives.
- 5 Par courriers du 3 juillet 2017 (pièce 1, annexe 15), Swissgrid SA, se prévalant de l'article 3^h^{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 les demandes de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet 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.

- 6 Par courriers du 20 juillet 2017 (pièce 1, annexe 16), la recourante, agissant par la voie de ses mandataires, a requis de Swissgrid SA une décision formelle avec indication des voies de droit en réponse aux demandes de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet du 21 juin 2017 (pièce 1, annexe 14).
- 7 Par courrier unique et commun aux trois centrales litigieuses du 3 août 2017 (pièce 1, annexe 1, ci-après : la décision querellée), Swissgrid SA, se prévalant toujours de l'article 3^h_{bis}, alinéa 1, lettre a et alinéa 2 aOEne (état le 1^{er} janvier 2017), a rejeté les demandes de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet en reprenant mot pour mot la motivation de ses courriers du 3 juillet 2017 (pièce 1, annexe 15), toutefois en indiquant désormais la voie de droit à l'autorité de céans.

C.

- 8 Par mémoire de recours du 5 septembre 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 C 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. La requête en appréciation de la décision querellée est admise.
- II. La décision rendue par Swissgrid SA le 3 août 2017 est annulée.
- III. La requête de prolongation de deux ans du délai de notification de l'avancement du projet RPC a est admise.
- IV. La requête de prolongation de deux ans du délai de notification de l'avancement du projet RPC b est admise.
- V. La requête de prolongation de deux ans du délai de notification de l'avancement du projet RPC c est admise. »
- 9 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 18 septembre 2017 adressé tant à Swissgrid SA qu'à la recourante (pièce 3). 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 soumis un certain nombre de questions à cette dernière.

D.

- 10 La recourante s'est acquitté de l'avance de frais dans le délai fixé (pièces 4 et 5).
- 11 Par mémoire de réponse du 19 octobre 2017 (pièce 6), Swissgrid SA a conclu à ce qui suit :
- « *Das Verfahren sei auf die Vorfrage, ob es sich bei der Verfügung betreffend Ablehnung des Gesuchs um Fristerstreckung um eine prozessleitende Verfügung oder um eine selbstständig anfechtbare Verfügung handelt, zu beschränken.* »
- 12 Cette prise de position a été transmise à la recourante pour information par courrier recommandé du 24 octobre 2017 (pièce 7).

E.

- 13 Par prise de position complémentaire du 2 novembre 2017 (pièce 8), la recourante a conclu à ce qui suit :

« Au vu de ce qui précède, la recourante a l'honneur de requérir qu'il vous plaise :

- I. Ordonner à Swissgrid SA de procéder en français uniquement et de produire une traduction en langue française de ses déterminations du 19 octobre 2017.
- II. Interpeller Swissgrid SA sur ce qu'elle entend par « décision au fond » lorsqu'elle indique « *Es handelt sich bei diesen um verfahrensleitende Anordnungen, die erst mit dem Entscheid in der Sache angefochten werden können* ».
- II. Ordonner à Swissgrid SA de se déterminer sur le contenu du courriel de Mme S du 19 décembre 2016 s'agissant du changement de pratique de Swissgrid en matière de prolongation de délai.

Tous droits réservés. »

- 14 Cette prise de position complémentaire a été transmise à Swissgrid SA pour information par courrier recommandé du 16 novembre 2017 (pièce 9). Dans ce courrier, le ST ElCom a fixé le français comme langue de la procédure et a dès lors ordonné la traduction du mémoire de réponse du 19 octobre 2017 (pièce 6) et lui a intimé de procéder en français à l'avenir. Elle lui demande également si elle envisage de révoquer les décisions positives datées du 1^{er} juillet 2013, et si oui, dans quel délai.

F.

- 15 Par courrier recommandé du 5 décembre 2017 (pièce 10), Swissgrid SA a déposé une traduction de son mémoire de réponse du 19 octobre 2017 (pièce 6) complété selon la demande du ST ElCom du 16 novembre 2017 (pièce 9). Elle conclut à ce qui suit :

« *Limiter la procédure à la question préalable de savoir si la décision concernant le refus de la demande de prolongation de délai est une décision d'instruction ou une décision séparément susceptible de recours.* »

- 16 Dans ce même courrier, Swissgrid SA a en outre précisé ce qui suit : « Il n'est pas prévu de révoquer les projets avant que l'évaluation matérielle soit achevée. La révocation est donc suspendue jusqu'à la décision exécutoire concernant la procédure 222-00354 (*recte* : 221-00354) pendante devant l'ElCom. »
- 17 Par courrier recommandé du 7 décembre 2017 (pièce 11), le ST ElCom a transmis à la recourante la prise de position de Swissgrid SA du 5 décembre 2017 (pièce 10). Il invite également la recourante à déposer une prise de position portant sur l'allégation de l'autorité inférieure selon laquelle le rejet de la demande de prolongation de délai ne doit être qualifié que de décision relative à la marche de la procédure.

G.

- 18 Par courrier du 12 janvier 2018 (pièce 12), la recourante a déposé sa prise de position relative au mémoire de réponse de Swissgrid SA du 5 décembre 2017 (pièce 10). A cette occasion, elle dépose les conclusions suivantes :

« Fondée sur ce qui précède, la recourante C SA a l'honneur, toujours avec suite de frais et dépens, de confirmer les conclusions prises au pied de son recours du 5 septembre 2017 et de conclure à ce qu'il plaise à la Commission fédérale de l'électricité :

- I. Interpeller Swissgrid SA sur sa pratique s'agissant de la prolongation des délais pour notifier l'avancement et la mise en service de projets RPC notamment au regard du courriel du 19 décembre 2016 de Mme S produit sous pièce 17.
- II. Interpeller Swissgrid SA sur la question de savoir si elle admet que si le transfert des projets RPC a, b et c en faveur des projets RPC x, y et z est approuvé, les prolongations de délai de notification de l'avancement du projet seront accordées et les décisions RPC a, b et c ne seront pas révoquées. »

- 19 Cette prise de position a été transmise à l'autorité inférieure par courrier recommandé du 25 janvier 2018 (pièce 13). Dans ce courrier, le ST EICOM a également fait injonction à l'autorité inférieure de répondre aux questions qui découlent des conclusions en moyen de preuve complémentaires déposées par la recourante dans dite prise de position (pièce 12) et de déposer les éléments de preuve y relatifs dans un délai fixé. Elle l'informe également qu'elle dispose du même délai pour déposer ses remarques finales, lesquelles porteront également sur le fond de la cause.

H.

- 20 Après avoir demandé et obtenu une prolongation de délai (pièces 14 et 15), l'autorité inférieure a déposé sa prise de position par courrier recommandé du 26 mars 2018 (pièce 16). 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. »

- 21 Il a en outre informé les parties qu'il versait au dossier de la cause le dossier [...] « Evaluation de la décision de Swissgrid SA du [...] relative au transfert des décisions positives RPC c, a, et b vers des centrales sise à [...], à [...] et à [...] » (pièce 18).

I.

- 22 Par courrier recommandé du 10 avril 2018 (pièce 19), le ST EICom a informé l'autorité inférieure que sa prise de position du 26 mars 2018 (pièce 16) ne contenait pas les moyens de preuve qu'il avait sollicités par courrier du 18 septembre 2017 (pièce 3). Il lui a donc fixé un délai pour produire les documents demandés.
- 23 Par courrier recommandé du 25 avril 2018 (pièce 20), l'autorité inférieure a pris position sur la question de sa pratique en matière de demandes de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet. Elle a également produit un bordereau de 53 annexes à l'appui de ses dires et ce, conformément à la demande du ST EICom du 18 septembre 2017 (pièce 3) réitérée en date du 10 avril 2018 (pièce 19).
- 24 Par courrier recommandé du 26 avril 2018 (pièce 22), le ST EICom a transmis à la recourante la prise de position de l'autorité inférieure du 25 avril 2018 (pièce 20). 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 21). Il a également dit que, si, dans le cadre de ses investigations, il devait arriver à la conclusion que la décision de Swissgrid SA du 3 août 2017 (pièce 1, annexe 1) par laquelle celle-ci n'a pas accordé 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 les décisions positives (pièce 1, annexes 6 – 8) sur la base de l'article 3h^{bis}, alinéa 2 aOEne (état le 1^{er} janvier 2017). Dans ce cadre, il a fixé un délai à la recourante pour déposer une prise de position portant sur la question d'une éventuelle révocation des décisions positives (pièce 1, annexes 6 – 8) ou pour retirer son recours afin d'éviter une telle révocation.

J.

- 25 Par mémoire de réplique du 25 mai 2018 (pièce 25), la recourante déclare prendre note du fait que si « le Secrétariat technique de l'EICom » (sic) devait confirmer la décision entreprise, il révoquerait également la décision querellée, qu'elle n'a pas de commentaire à formuler à ce propos, et qu'elle n'entendait pas pour autant retirer son recours. Pour le reste, elle confirme et précise son argumentation en particulier en ce qui concerne le changement de pratique supposé de Swissgrid SA. A cette occasion, elle dépose la conclusion suivante :
- « Fondée sur ce qui précède, la recourante C SA a l'honneur de confirmer, toujours sous suite de frais et dépens, les conclusions prises au pied de son recours du 5 septembre 2017. »
- 26 Par courrier recommandé du 28 mai 2018 (pièce 26), le ST EICom a transmis à l'autorité inférieure le mémoire de réplique du 25 mai 2018 (pièce 25).
- 27 Il sera revenu ci-après, en tant que besoin, sur les autres éléments du dossier.

II Considérants

1 Compétence

- 28 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.
- 29 La recourante a déposé un recours auprès de l'EiCom en date du 5 septembre 2017 (pièce 1).
- 30 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).
- 31 En l'espèce, le litige porte sur le rejet des trois demandes de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet (une par centrale litigieuse) et, par ricochet, sur les décisions de révocation des décisions positives 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.
- 32 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]).
- 33 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.
- 34 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 6 mars 2018, 221-00443, consid. 1, ch. marg. 9 ss, p. 4).

2 Parties et droit d'être entendu

2.1 Parties

- 35 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).
- 36 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.
- 37 En sa qualité d'exploitante des centrales litigieuses, 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 6 mars 2018, 221-00443, consid. 2.1, ch. marg. 19 ss, p. 5).

2.2 Droit d'être entendu

- 38 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).

3 Allégués des parties

3.1 Allégués de la recourante

- 39 Quant à la forme, la recourante estime que la décision querellée est une *décision finale* qui peut faire l'objet d'un recours.
- 40 En ce qui concerne le fond, pour la recourante, la décision querellée constitue d'abord 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 en lien avec l'appendice 1.1, chiffre 5.2.1 aOEne dans le sens que la décision octroyant la RPC garde son caractère obligatoire et le délai pour procéder à la communication de l'avancement du projet doit être prolongé lorsque, pour des raisons qui ne lui sont pas imputables, le requérant se trouve dans l'impossibilité de communiquer dans le délai légal la demande de concession ou de construction à Swissgrid SA. La recourante estime ainsi en substance que les délais pour procéder à la communication de l'avancement du projet n'ont certes pas été tenus, mais que les motifs du retard ne lui seraient pas imputables dans la mesure où ceux-ci découlent

d'un préavis négatif donné par le [...] pour S (pièce 1, annexe 9), d'une part, et de deux décisions de non-entrée en matière quant aux demandes d'utilisation de la force hydraulique de la R, l'une pour T (pièce 1, annexe 10), et l'autre pour U, émanant toutes deux de la DGE, d'autre part. Or, le 22 décembre 2016 et en raison de ces refus, la recourante a déposé auprès de Swissgrid SA des requêtes de transfert de décisions positives (pièce 1, annexe 12). Ces demandes ayant été rejetées (pièce 1, annexe 13) en raison de ce qu'elle qualifie être « un prétendu changement de pratique » (pièce 1, ch. marg. 44, p. 7), une procédure de recours a été engagée auprès de l'autorité de céans, si bien que la recourante ne disposait plus, toujours selon elle, de la possibilité de respecter le délai pour procéder à la communication de l'avancement du projet sans pour autant que le retard ne lui soit imputable.

- 41 La décision querellée violerait ensuite l'*interdiction de l'arbitraire* protégé par l'article 9 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101) au double motif que Swissgrid SA ne tiendrait pas du tout compte du fait que les projets sont paralysés tant que dure la procédure relative au transfert des décisions positives y relatives, d'une part, et qu'elle ne motiverait pas la raison pour laquelle elle considère que la requérante serait prétendument responsable de l'impossibilité de procéder à la communication de l'avancement du projet, d'autre part.
- 42 De plus, la décision querellée violerait le principe de l'*égalité de traitement* dans la mesure où Swissgrid SA aurait systématiquement accepté d'autres demandes de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet et du fait que les conditions du changement de pratique ne seraient pas remplies en l'espèce.
- 43 Pour elle enfin, la pratique limitant d'office à quatre ans (doublement du délai initial) la prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet concernant une petite centrale hydraulique est contraire à l'exigence qui s'impose à toute autorité d'exercer le pouvoir d'appréciation que la loi lui attribue en procédant à une balance des intérêts et en respectant le *principe de proportionnalité* protégé par l'article 5, alinéa 2, Cst (pièce 25, ch. marg. 4).

3.2 Allégués de Swissgrid SA et de l'autorité inférieure

- 44 Quant à la forme, Swissgrid SA estime 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.
- 45 Quant au fond, elle estime ne pas avoir *changé de pratique* en matière d'octroi de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet ni violé le principe de l'*égalité de traitement*. Par ailleurs, pour elle, il n'y a pas lieu de révoquer les décisions positives avant qu'une décision entrée en force ne soit rendue dans la procédure opposant les mêmes parties mais portant sur la question du transfert des décisions positives, raison pour laquelle elle n'aurait pas encore rendu de décision de révocation des décisions positives.
- 46 Dans sa prise de position du 26 mars 2018 (pièce 16), l'autorité inférieure précise encore que, depuis 2016, Swissgrid SA puis elle-même ont aligné leur pratique en matière d'octroi de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet sur la directive relative à la rétribution du courant injecté à prix coûtant. Pour elle, il y a lieu d'accorder ces prolongations de manière plus restrictive 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). Selon elle, seule la question de la présence ou de l'absence d'un motif imputable à la requérante doit être tranchée. 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 des requêtes de transfert de décisions positives. 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 pouvait pas raisonnablement s'attendre à ce qu'il soit fait droit aisément à des requêtes de transfert de décisions positives déposées si peu de temps avant l'échéance du délai de communication de l'avancement du projet. C'est en ce sens que le retard pour procéder à la communication de l'état d'avancement du projet serait imputable à la requérante.

- 47 Dans sa prise de position du 25 avril 2018 (pièce 20), l'autorité inférieure maintient que les décisions antérieures à 2016 ne sont pas pertinentes en ce qui concerne la pratique en matière d'octroi de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet et que celles-ci devaient être accordées de manière plus restrictive 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). Elle ajoute que, faute de pratique constante contraire à la loi dans le cas d'espèce, l'on ne saurait déduire un droit à l'égalité dans l'illégalité. Par ailleurs, la comparaison avec des projets dans le domaine de l'énergie éolienne ne serait pas pertinente dans la mesure où de tels projets sont difficilement réalisables aujourd'hui, d'une part, et que l'inégalité de traitement par technologie est prévue au niveau de l'ordonnance, d'autre part.

4 Droit applicable

- 48 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 8 février 2018, 221-00396, ch. marg. 25, p. 6 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).
- 49 Dans le cas d'espèce, Swissgrid SA a rejeté les demandes de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet par décision du 3 août 2017 (pièce 1, annexe 1). Or, il n'existe pas de disposition transitoire réglant la question du droit intertemporel en matière de révocation des décisions positives prononcées 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.
- 50 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 17 septembre 2015, 221-00238, ch. marg. 32, p. 8 et EICom, décision du 16 novembre 2017, 221-00224, ch. marg. 26, p. 6). En matière de procédure, l'autorité de céans applique donc le droit actuellement en vigueur (EICom, décision du 18 janvier 2018, 221-00257, consid. 4, p. 8 ; TAF, arrêt du 21 décembre 2016, A-6840/2015, consid. 3.1.2) 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 8 février 2018, 221-00396, consid. 4, ch. marg. 26, p. 6 et références citées).

5 Qualification de la décision querellée et entrée en matière

- 51 Par mémoires de réponse du 19 octobre 2017 (pièce 6) et du 5 décembre 2017 (pièce 10), Swissgrid SA a demandé à ce que la procédure soit limitée à la question préalable de savoir si la décision querellée est une décision incidente relative à la marche de la procédure ou une décision séparément susceptible de recours. En d'autres termes, cela revient à se poser la question de savoir si la décision querellée est une décision finale 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.
- 52 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).
- 53 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).
- 54 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 TF 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).
- 55 Il reste donc à analyser si la décision querellée, qui rejette la demande de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet, doit ou non être qualifiée de décision finale.
- 56 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).

- 57 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}, al. 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, les décisions positives perdent leur 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 les 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.
- 58 En l'espèce, la réponse à la question de la prolongation de délai comprend la réponse à la question de la révocation des décisions positives relatives aux centrales litigieuses. 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 des décisions positives. Ainsi, en se prononçant sur la question de l'octroi ou non des prolongations 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 révoqué les décisions positives. L'octroi des prolongations 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 des prolongations de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet entraîne la révocation des décisions positives. 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 des demandes 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

- 59 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).

- 60 Dans le cas d'espèce, les centrales litigieuses sont au bénéfice de trois décisions positives datées du 1^{er} juillet 2013 (pièce 1, annexes 6 – 8). Dans celles-ci, la date de communication de l'avancement du projet a été fixée au 3 juillet 2017.
- 61 Par courriers du 21 juin 2017 (pièce 1, annexe 14), la recourante a déposé trois demandes de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet (une par centrale litigieuse) d'une durée de deux ans. Ces demandes ont été rejetées par Swissgrid SA par courriers du 3 juillet 2017 (pièce 1, annexe 15) confirmés par la décision querellée. Il ne ressort pas des pièces au dossier que, dans l'intervalle, la recourante aurait procédé à la communication de l'avancement du projet.
- 62 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

- 63 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.
- 64 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. »

- 65 Selon l'annexe 1 de cette directive, sont notamment reconnus comme étant des circonstances qui ne sont pas imputables au requérant : le dépôt d'oppositions à une construction dans les zones prévues expressément pour la construction de cette catégorie d'installation, le décès du requérant ou dans son entourage direct, la faillite d'un fournisseur principal de composants, le non-respect des délais de livraison, confirmés par écrit, pour des composants entrant dans la construction de l'installation ou encore des retards dus à la météo lors de dégâts dus aux intempéries.
- 66 En page 11 toujours mais plus loin, cette directive précise encore ce qui suit à propos de l'article 3h^{bis}, alinéa 4 OEne (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. »*

67 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'OEnE (art. 3h, al. 1 et 2 OEnE). 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, OEnE). 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**. »*

68 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.

6.2.2 Retard imputable à la requérante

69 A titre préalable, il y a lieu de préciser que la recourante est une grande entreprise d'approvisionnement en électricité qui déploie son activité sur une grande partie du territoire romand et même au-delà. Elle est ainsi censée disposer des connaissances juridiques et techniques nécessaires au développement et au suivi de projet dans le secteur de la production d'énergie renouvelable.

70 Par formule du 3 décembre 2009 (pièce 1, annexe 3), la recourante a annoncé les centrales litigieuses en vue de l'obtention de la RPC avant que celles-ci ne soient au bénéfice des permis et autorisations nécessaires à leur réalisation (cf. ch. marg. 1 et 4). Suite au préavis négatif donné par le [...] pour S (pièce 1, annexe 9) et aux deux décisions de non-entrée en matière quant aux demandes d'utilisation de la force hydraulique de la R, l'une pour T (pièce 1, annexe 10), et l'autre pour U, émanant toutes deux de la DGE, la recourante a déposé auprès de Swissgrid SA des requêtes de transfert de décisions positives en date du 22 décembre 2016 (pièce 1, annexe 12). La recourante justifie ses requêtes par le fait qu'elle ne pourra pas réaliser les centrales litigieuses aux emplacements initialement prévus, et ce, pour des raisons qui ne lui seraient pas imputables. Selon elle, pour S, la cause pour laquelle la centrale litigieuse n'a finalement pas pu être réalisée à l'emplacement initial incomberait en effet au [...] qui a émis un préavis défavorable (pièce 1, annexe 12). Pour T et U, la cause pour laquelle les centrales litigieuses n'ont finalement pas pu être réalisées aux emplacements initiaux incomberait à la DGE qui a décidé de ne pas entrer en matière sur les demandes d'utilisation de la force hydraulique de la R, et ce en application de l'article 9 du Règlement du plan de protection cantonal de la R approuvé par le Conseil d'Etat le 28 août 1997 (ci-après : Règlement R) qui dispose que « aucun nouveau prélèvement direct dans les cours d'eau du bassin versant ou dans leur nappe d'accompagnement n'est autorisé. »

71 Les centrales litigieuses ne pouvant plus être construites faute d'octroi des permis et autorisations nécessaires à leur réalisation, la recourante a alors déposé trois requêtes de transfert de décisions positives (une par centrale litigieuse ; pièce 1, annexe 12). Ces requêtes ayant été rejetées par Swissgrid SA en date du 7 février 2017 (pièce 1, annexe 13), la recourante a alors entamé une procédure de recours par-devant l'autorité de céans (dossier 221-00354). Or, cette procédure est actuellement suspendue jusqu'à droit connu dans une procédure similaire (ECom, décision du [...], [...], dossier actuellement pendant par-devant le TAF, [...]). Pour la recourante, le non-respect du délai pour procéder à la communication de l'avancement du projet pour chacune des centrales litigieuses ne lui serait pas imputable au double motif qu'elle n'est pas responsable du fait que les centrales litigieuses n'aient pas été autorisées, d'une part, et du fait que le non-respect du délai pour procéder à la communication de l'avancement du projet est engendré par l'existence de la procédure de recours contre la décision de rejet des requêtes de transfert de décisions

positives, laquelle se justifierait du fait qu'elle interviendrait suite à un changement de pratique inattendu applicable en matière de transfert, d'autre part.

- 72 *Premièrement*, l'objection soulevée par la requérante selon laquelle le retard pour procéder à la communication de l'avancement du projet ne serait pas imputable à la recourante au sens de l'article 3h^{bis}, alinéa 2 aOEné (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 les centrales litigieuses n'aient pas été autorisées par les autorités compétente ne saurait être suivie, et ce pour les motifs suivants.
- 73 *En ce qui concerne S*, le [...] a émis un préavis défavorable (pièce 1, annexe 12) qu'il rend en sa qualité de co-propriétaire des installations de captage de la source des S. Il justifie ce refus par le fait que la centrale litigieuse est complexe et qu'il s'agit d'un quasi-prototype, ce qui supposerait de trop fréquentes interventions des équipes techniques de la recourante dans le milieu sensible à l'accès restreint des installations de captage de la source, d'une part, et par le fait qu'une seconde petite centrale hydraulique avec un potentiel énergétique bien supérieur est également prévu ailleurs sur ce captage, d'autre part. Il précise avoir « examiné avec attention le projet » avant de « donner un préavis défavorable ». Les termes employés par le [...] ainsi que les motifs fournis tendent à démontrer que la position de celui-ci n'a, semble-t-il, pas évolué mais qu'au contraire aucune promesse n'avait été faite à la recourante. Ainsi, la recourante a anticipé la position du [...] pour déposer son annonce RPC sans toutefois s'assurer préalablement que celui-ci donne un préavis favorable en faveur dudit projet.
- 74 *En ce qui concerne T et U*, la DGE a décidé de ne pas entrer en matière sur les demandes d'utilisation de la force hydraulique de la R, et ce en application de l'article 9 du Règlement R qui dispose que « aucun nouveau prélèvement direct dans les cours d'eau du bassin versant ou dans leur nappe d'accompagnement n'est autorisé » (pièce 1, annexe 12). En présence d'une disposition réglementaire aussi claire et qui plus est déjà en vigueur depuis plus de douze ans (28 août 1997, cf. ch. marg. 70) au moment du dépôt de l'annonce (3 décembre 2009 [pièce 1, annexe 3] et 7 décembre 2009 [pièce 1, annexes 4 et 5]), la recourante devait s'attendre à se voir refuser une autorisation de réaliser une petite centrale hydraulique sur la R. Ainsi, la recourante a anticipé la décision de la DGE, sans toutefois s'assurer préalablement qu'elle pourrait légalement obtenir les autorisations requises. Bien plus, l'annexe 1 de la directive prévoit sous chiffre 2 qu'une prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet ne doit pas être accordée en cas d'opposition à une construction dans des zones de protection ou d'autres zones qui ne sont pas prévues expressément pour cette catégorie d'installation. Cette règle s'explique par le fait qu'il faut s'attendre à des oppositions dans ces zones. Or, en l'espèce, il ne ressort pas du dossier que des oppositions formelles aient été déposées. Toutefois, il est évident que la recourante devait s'attendre à des difficultés d'ordre juridique et à l'allongement de la durée de la procédure en requérant des permis et des autorisations pour réaliser les centrales litigieuses dans une zone de protection dont le règlement interdit explicitement tout nouveau prélèvement direct dans les cours d'eau concernés. La requérante devait au contraire s'attendre à un refus des autorisations demandées, cas de figure qui s'est d'ailleurs réalisé.
- 75 Il découle de ce qui précède que le retard a essentiellement été engendré par 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).

- 76 *Deuxièmement*, il n'est pas non plus correct que l'existence de la procédure de recours contre la décision de rejet des requêtes de transfert de décisions positives 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 aOEne (état le 1^{er} janvier 2017).
- 77 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'OEne (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 [OEne] : attestation d'origine, rétribution du courant injecté à prix coûtant [RPC], appels d'offres publics et contributions globales > Rapport expl. OEne (RPC), OAO, consulté le 25 avril 2018) que des modifications de l'emplacement entre l'annonce et la mise en service (art. 3h^{bis}, al. 1, lit. d, aOEne, 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, A-5970/2017). 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 ses requêtes de transfert de décisions positives. Elle devait donc prévoir le temps nécessaire à mener à bien de telles procédures. Ensuite, le droit des mesures de soutien aux énergies renouvelables étant encore récent, la jurisprudence en la matière n'est pas encore totalement consolidée du fait que toutes les questions juridiques n'ont pas encore été portées jusque devant les instances judiciaires fédérales. Une planification professionnelle doit ainsi prendre en compte ces paramètres d'ordre juridique et prévoir du temps pour mener à bien les procédures de recours rendues éventuellement nécessaires. Les procédures judiciaires ou administratives en cours ne doivent dès lors pas être considérées de manière générale comme étant des motifs suffisants pour obtenir une prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet. De façon plus générale, l'on peut ainsi dire que les délais pour déposer la communication de l'avancement du projet peuvent bénéficier d'une prolongation uniquement pour des motifs non imputables au requérant et qui, malgré une planification professionnelle, ne pouvaient pas être prévisibles. 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 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 TAF, le rejet, en 2016, par Swissgrid SA, d'une requête de transfert de décisions positives. La recourante ne pouvait donc pas raisonnablement s'attendre à ce qu'il soit aisément fait droit à des requêtes de transfert de décisions positives soumises 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 ces requêtes de transfert de décisions positives est contestée. En d'autres termes, le rejet de la requête de transfert de décisions positives 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.

- 78 *De plus*, 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 (ECom, décision du 14 septembre 2017, 221-00337, consid. 3.3, ch. marg. 46, p. 12 ; cf. également ECom, décision du 19 avril 2016, 221-00232, consid. 8, ch. marg. 75, p. 15).
- 79 *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 25 avril 2018, 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 (ECom, décision du 16 novembre 2017, 221-00356, consid. 4.3, ch. marg. 57, p. 13).
- 80 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 les demandes de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet requises pour chacune des centrales litigieuses.

6.3 Synthèse

- 81 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 (manquement à la planification professionnelle concrétisé par un manque de maturité des projets, cf. consid. 6.2.2). La recourante n'a pas de droit à obtenir une demande de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet (cf. consid. 6.2.2, sp. ch. marg. 78). C'est donc à raison que l'autorité inférieure a rejeté les demandes de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet pour chacune des centrales litigieuses.
- 82 La décision de Swissgrid SA du 3 août 2017 (pièce 1, annexe 1) est dès lors confirmée.

7 Arbitraire et droit d'être entendu

- 83 La recourante ne saurait être suivie lorsqu'elle prétend que la décision querellée violerait l'*interdiction de l'arbitraire* protégé par l'article 9 Cst., et ce pour les motifs suivants.
- 84 Contrairement à ce qu'allègue la recourante, Swissgrid SA n'avait pas à tenir compte de la procédure relative au transfert des décisions positives y relatives dans le cadre du traitement de la demande de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet. En effet, comme cela a été démontré au considérant 6.2.2, un manquement à la planification professionnelle est considéré comme une circonstance imputable au requérant qui, 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), justifie de ne pas accorder de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet. Dès lors, la décision querellée n'est pas arbitraire.
- 85 De plus, et contrairement à ce qu'allègue la recourante, la motivation de la décision querellée apparaît comme suffisante. Une motivation peut en effet être considérée comme suffisante lorsque l'intéressé est en mesure de se rendre compte de la décision et de la déférer à l'instance supérieure en pleine connaissance de cause (ATF 121 I 54, consid. 2c, p. 57 ; BOVAY, pp. 364 s.). Or, dans le cas d'espèce, Swissgrid SA a mentionné et cité la base réglementaire pertinente en matière d'octroi d'une prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet, à savoir l'article 3h^{bis}, alinéa 1 lettre a et alinéa 2, aOEne (état le 1^{er} janvier 2017). Comme motif de non-octroi de dite prolongation, elle a expliqué ne pas considérer comme tel les motifs invoqués par la recourante dans son courrier du 22 juin 2017 (*recte* : 21 juin 2017 ; pièce 1, annexe 14 ; il s'agit en fait de trois courriers similaires). L'objet du litige n'étant pas la question de transfert des décisions positives mais bien celle de l'octroi ou non d'une prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet, Swissgrid SA ne devait dès lors pas fournir un motif au rejet des requêtes de transfert de décisions positives, mais bien un motif au rejet de la demande de prolongation. Elle y a pourvu en expliquant que le fait de mener une procédure relative au transfert de décisions positives ainsi que la procédure de recours qui s'en est suivie ne constituait pas un motif suffisant d'octroi d'une prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet du fait que celle-ci ne montre pas des circonstances imputables à la requérante. La recourante disposait ainsi des informations nécessaires lui permettant de se rendre compte de la décision et de la déférer à l'instance supérieure en pleine connaissance de cause, ce qu'elle a d'ailleurs fait. La décision querellée est ainsi suffisamment motivée.
- 86 Ainsi, Swissgrid SA n'a pas commis de violation de l'interdiction de l'arbitraire ni du droit d'être entendu (art. 9 et art. 29, al. 2, Cst., art. 29 ss. PA).

8 Egalité de traitement et changement de pratique

- 87 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 n'en remplirait pas les conditions fixées par la jurisprudence et se prévaut ainsi du principe de l'égalité de traitement selon l'article 8, alinéa 1 Cst. Elle conteste notamment le fait que l'on se trouve 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 au passage 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 D, pp. 8 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 mentionnait en ces termes que celle-ci avait modifié sa pratique concernant les changements et lieu et les prolongations de délai : « *Wir haben unsere Praxis bezüglich Standortänderungen (und Fristerstreckungen) verschärft* » (pièce 8 ch. 3, p. 2 et pièce 8, annexe 17, réitéré en pièce 12, ch. marg. 17, p. 3).

- 88 Au début de la procédure, Swissgrid SA a certes soutenu ne pas avoir modifié sa pratique en matière d'octroi de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet, laquelle serait conforme à l'article 3h^{bis}, alinéa 2 aOEne (état le 1^{er} janvier 2017) et à la directive (pièce 6, ch. 2, p. 2 en langue allemande et pièce 10, ch. 2, p. 2 en langue française). Toutefois, l'autorité inférieure a ensuite reconnu, toujours dans le cadre de la présente procédure, que Swissgrid SA et elle-même ont aligné depuis 2016 sur la directive leur pratique concernant les demandes de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet. Ces prolongations devaient ainsi être 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). Ainsi donc, seule la question de l'existence ou non d'un motif imputable à la requérante devait dès lors être tranchée. 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 16, ch. 3, p. 3). Cela correspond par ailleurs au courriel précité par lequel une collaboratrice de Swissgrid SA reconnaît que dite pratique a été durcie (pièce 8, annexe 17).
- 89 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 (cf. ch. marg. 78). 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. 78 et références citées). Chaque demande doit ainsi être analysée au cas par cas. Les documents produits par l'autorité inférieures tendent à démontrer qu'il n'y a 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 dans la mesure où un certain nombre de demandes en ce sens ont déjà été refusées par le passé, et ce dès avant 2016 également (cf. notamment les annexes de la pièce 20, sp. annexe 26 – datée du 12 mars 2013 déjà –, 39, 40 et 41, – datées de 2016 – et 43 et 44 – toutes deux datées de 2017). 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.
- 90 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 / HOTTELLIER 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 ; ElCom, décision du 14 septembre 2017, 221-00342, consid. 4, ch. marg. 53, p. 12, dossier actuellement pendant par-devant le TAF, A-5970/2017).

- 91 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. ; ElCom, décision du 14 septembre 2017, 221-00342, consid. 4, ch. marg. 55, p. 13, dossier actuellement pendant par-devant le TAF, A-5970/2017).
- 92 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 ; ElCom, décision du 14 septembre 2017, 221-00342, consid. 4, ch. marg. 56, p. 13, dossier actuellement pendant par-devant le TAF, A-5970/2017).
- 93 Il reste encore à analyser, si, 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.
- 94 *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, les demandes de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet pour chacune des centrales litigieuses sont imputables à la recourante en raison d'un manquement à la planification professionnelle concrétisé par un manque de maturité des projets (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 des installations de production apparaît d'emblée compromise pour des raisons juridiques (interdiction du transfert des décisions positives), d'une part, et organisationnel (manquement à la planification professionnelle concrétisé par un manque de maturité des projets), 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. 79). 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. 89), faculté précisément instaurée par l'alignement de pratique sur la directive opéré en 2016.

- 95 *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 « aligné sa pratique en matière de prolongations de délai, depuis 2016, sur la directive » (pièce 16, ch. 3, p. 3). Elle a produit un bordereau de 53 annexes à l'appui de ses dires qui illustrent ses propos (pièce 20). Il ressort en effet des pièces produites que, depuis août 2016 au moins, la question de l'octroi ou non d'une prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet a toujours été motivée par l'existence ou non d'un motif imputable au requérant (pièce 20, annexes 3, 14, 18, 28, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46 et 48). A compter d'août 2016, seule une unique décision se réfère à la pratique limitant d'office à quatre ans (doublement du délai initial) la prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet concernant une petite centrale hydraulique (pièce 20, annexe 47). Cette décision étant unique, elle doit être considérée comme erronée et ne remet pas en cause le caractère durable et général de l'alignement de pratique sur la directive opéré en 2016 par Swissgrid SA. Le fait qu'entre avril 2016 et août 2016, la motivation fluctue entre l'existence ou non d'un motif imputable au recourant (pièce 20, annexes 12 et 18) et le doublement du délai initial (pièce 20, annexes 21 et 22) est inhérent aux flottements qui peuvent être générés par la mise en œuvre d'un changement de pratique. Du fait que la nouvelle pratique a été stabilisée dès août 2016 et que la décision querellée n'a pas été rendue dans la période de transition mais un an après la fin de celle-ci, celle-ci n'est pas pertinente. 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. Elle ne cite d'ailleurs aucun cas concret et ne produit aucune décision. Le tableau qu'elle produit (pièce 25, annexe 17) ne démontre d'ailleurs pas cet allégué.
- 96 *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. 79 et 94). 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. 80). Le législateur n'a ainsi pas souhaité créer un tel droit en faveur des porteurs de projets.
- 97 *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.
- 98 *Enfin*, le droit n'ayant pas été appliqué de façon correcte jusqu'alors (cf. ch. marg. 94) – c'est-à-dire de manière conforme à la volonté du législateur – la pratique doit être changée.
- 99 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 ayant le droit de procéder à l'alignement de pratique sur la directive opéré en 2016.
- 100 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 Ia 81, consid. 3, p. 87 ; MOOR / FLÜCKIGER / MARTENET, ch. 6.2.1.3, p. 849 et références citées ; ElCom, décision du 14 septembre 2017, 221-00342, consid. 4, ch. marg. 64, p. 14, dossier actuellement pendant par-devant le TAF, A-5970/2017).

- 101 Il découle de ce qui précède que, contrairement à ce qu'allègue la recourante, l'alignement de pratique sur la directive opéré en 2016 a eu lieu dans le sens d'une plus grande conformité à la législation (cf. ch. marg. 94). La nouvelle pratique prévoit en effet une unique prise en compte de la question de l'existence ou non d'un motif imputable à la requérante sur la base d'une analyse au cas par cas – conformément à l'article 3h^{bis}, alinéa 2 aOEne (état le 1^{er} janvier 2017) – en lieu et place de l'octroi d'une prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet correspondant au doublement du délai initial. En ce sens, l'argumentaire développé par la recourante dans son mémoire de réplique du 25 mai 2018 (pièce 25) – et qui postule d'un changement de pratique dans l'autre sens – ne saurait être suivi. Ainsi, en raison du fait que 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, qu'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. 89 et références citées), que – même s'il devait s'agir d'un changement de pratique –, les conditions d'un changement de pratique sont remplies (ch. marg. 90 ss), et enfin que l'autorité de céans, en sa qualité d'autorité de recours, ne serait de toute manière pas liée par les décisions de Swissgrid SA, respectivement de l'autorité inférieure (ch. marg. 100), le grief de la recourante basé sur l'inégalité de traitement est infondé. Elle ne saurait dès lors en tirer aucun droit. En d'autres termes, Swissgrid SA avait le droit, en 2016, de procéder à l'alignement de pratique sur la directive entrepris en matière d'octroi de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet. Enfin, comme cet alignement de pratique sur la directive opéré en 2016 a comme corollaire le fait que Swissgrid SA, respectivement l'autorité inférieure, fait usage de son pouvoir d'appréciation pour décider dans chaque cas d'espèce s'il y a lieu d'accorder la prolongation d'office des délais pour déposer la communication de l'avancement du projet et que c'est précisément l'absence de cette faculté que la recourante estimait enfreindre le principe de proportionnalité protégé par l'article 5, alinéa 2, Cst., ce grief n'est pas non plus fondé.

9 Révocation des décisions positives

- 102 Le fait que l'autorité de céans ait rejeté les demandes de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet des centrales litigieuses (cf. consid. 6) a pour conséquence que les décisions positives perdent leur 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 les révoquer (cf. ch. marg. 57 s.). Il reste dès lors à analyser si l'autorité de céans peut ou non révoquer elle-même les décisions positives.
- 103 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.
- 104 Dans le cas d'espèce, la révocation des décisions positives (pièce 1, annexes 6 – 8) par l'autorité de céans ne se fait pas au détriment de la recourante. En effet, la révocation par l'autorité de céans des décisions positives (pièce 1, annexes 6 – 8) aboutit – en raison du texte clair de l'article 3h^{bis}, alinéa 2 aOEne (état le 1^{er} janvier 2017) (cf. ch. marg. 57) – 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*).

- 105 Par ailleurs, même si on devait retenir que le fait de révoquer les décisions positives (pièce 1, annexes 6 – 8) 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 3 juillet 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 des décisions positives (art. 3h^{bis}, al. 2, aOEne [état le 1^{er} janvier 2017]). Dès lors, se prononcer sur la révocation des décisions positives 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 de conclusions réformatoires. De plus, le fait que Swiss-grid SA n'ait pas révoqué les décisions positives 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 des décisions positives. 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.
- 106 A noter au passage que les parties ayant été informées par le ST ElCom par courrier recommandé du 26 avril 2018 (pièce 22, ch. marg. 24) que, s'il parvenait à la conclusion que le rejet de la demande de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet pour chacune des centrales litigieuses était correcte, il proposerait à l'autorité de céans de révoquer elle-même les décisions positives (pièce 1, annexes 6 – 8) 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. Par ailleurs, les décisions de l'autorité de céans étant susceptibles d'être attaquées par-devant le TAF puis par-devant le TF, le *principe de la double instance* est également respecté.
- 107 Ainsi, et en application de l'article 3h^{bis}, alinéa 2 aOEne (état le 1^{er} janvier 2017), l'autorité de céans révoque les décisions positives relatives aux centrales litigieuses datées du 1^{er} juillet 2013 (pièce 1, annexes 6 – 8).

10 Emoluments

- 108 A teneur de l'article 63, alinéa 1 PA, en règle générale, les frais de procédure comprenant l'émolument d'arrêté, 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.
- 109 En l'espèce et comme démontré (consid. 9), 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 des décisions positives par l'autorité de céans (art. 3^h_{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.
- 110 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.

11 Dépens

- 111 A teneur de l'article 64, alinéa 1 PA, l'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés. L'article 8, alinéa 5 de l'ordonnance du 10 septembre 1969 sur les frais et indemnités en procédure administrative précise que les frais inutiles, les frais d'autorités fédérales parties et, en règle générale, les frais d'autres autorités parties ne donnent pas droit à une indemnité (cf. également : MAILLARD MARCEL, *Commentaire ad art. 64 PA*, in : WALDMANN / WEISSENBARGER, ch. marg. 14, p. 1327 ; ECom, décision du 16 novembre 2017, 221-00356, consid. 6, p. 14).
- 112 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.

(dispositif à la page suivante)

III Dispositif

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

1. La décision querellée est une décision finale.
2. Le recours introduit par C SA est rejeté.
3. La décision du 3 août 2017 par laquelle Swissgrid SA rejette la demande de prolongation de délai pour déposer la communication de l'avancement du projet est confirmée.
4. La décision positive relative à la petite centrale hydraulique « Centrale hydraulique de S » (projet RPC c) datée du 1^{er} juillet 2013 est révoquée.
5. La décision positive relative à la petite centrale hydraulique « Centrale hydraulique à la pisciculture de T » (projet RPC a) datée du 1^{er} juillet 2013 est révoquée.
6. La décision positive relative à la petite centrale hydraulique « Centrale hydraulique Moulin de U » (projet RPC b) datée du 1^{er} juillet 2013 est révoquée.
7. L'émolument pour la présente procédure s'élève à [...] francs. Il est mis à la charge de C SA. La facture sera envoyée après l'entrée en force de la présente décision.
8. L'ECom n'alloue de dépens ni à Pronovo SA, ni à C SA.
9. La présente décision est notifiée à Pronovo SA et à C SA par lettre recommandée.

Berne, le 7 juin 2018

Commission fédérale de l'électricité ECom

Carlo Schmid-Sutter
Président

Renato Tami
Directeur

Envoi :

A notifier par lettre recommandée à :

- C 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.

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 (article 52, alinéa 1, PA).