



Nos références : 221-00238

Berne, le 17 septembre 2015

DECISION

de la Commission fédérale de l'électricité (ElCom)

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

en l'affaire : **Gasa S.A.**, Ch. du Pélaz-Beau 1, 1806 St-Légiez – La Chiésaz
représentée par M^e Guillaume Grand, Etude du Ritz, Avenue Ritz 33,
case postale 2135, 1950 Sion 2 Nord

(la requérante)

contre **Swissgrid SA**, CS-RD, Dammstrasse 3, case postale 22, 5070 Frick

(la participante à la procédure)

concernant l'évaluation de la décision de Swissgrid SA du 27 mars 2015 relative aux exigences relatives aux installations notablement agrandies ou rénovées 2014 ;
rémunération au prix du marché et remboursement du trop-perçu.

Table des matières

I	Exposé des faits	3
II	Considérants	6
1	Compétence	6
2	Parties et droit d'être entendu	6
2.1	Parties.....	6
2.2	Droit d'être entendu	7
3	Droit applicable.....	7
4	Octroi de la RPC.....	9
5	Rétribution	11
6	Droits acquis.....	13
7	Pas de réintégration au système de financement des frais supplémentaires (FFS).....	13
8	Emoluments.....	14
9	Dépens	15
III	Dispositif	16
IV	Indication des voies de recours	18

I Exposé des faits

A.

- 1 Gasa S.A. (ci-après : la requérante) exploite depuis 1989 une petite centrale hydraulique turbinant les eaux de l'exécutoire de la station d'épuration de [...] sous deux chutes respectivement de 545 et 80 mètres (ci-après : centrale litigieuse ; act. 1).
- 2 La requérante a procédé à d'importants travaux d'agrandissement et de rénovation entre 1995 et 2006 (act. 1, annexes 3 et 11).
- 3 Depuis 2006, la société assure l'entretien et poursuit les améliorations (act. 1, annexes 3 et 11).

B.

- 4 Se référant à la fiche d'information 2 de l'Office fédéral de l'énergie (ci-après : OFEN) du 17 mars 2008 concernant la rétribution du courant injecté à prix coûtant (act. 1, annexe 2 ; ci-après : fiche d'information 2 de l'OFEN), la requérante a déposé le 20 (mai 2008) (act 1, annexe7) une annonce en vue de la rétribution à prix coûtant du courant injecté (ci-après : RPC ; act 1, annexes 3).
- 5 Par courrier recommandé daté du 18 septembre 2008 et intitulé « décision » (act 1, annexe 4), la participante à la procédure a dit, dans son dispositif, que « les conditions pour la rétribution à prix coûtant du courant injecté au sens de l'art. 7a LENE sont remplies. » Les considérants précisent notamment que « la production d'électricité augmentera ainsi d'au moins 20% par rapport aux deux dernières années d'exploitation complète », fixe des délais à respecter, et informe la requérante des facultés de révocation si les délais ne sont pas respectés ou si le projet s'écarte, au moment de la mise en service, des données fournies dans l'annonce.
- 6 Suite à la décision positive de la participante à la procédure, la requérante a signé, en date du 19 décembre 2008, un contrat de reprise d'énergie et rétribution correspondante avec EPS Pool Énergie Suisse SA (act. 1, annexe 5).

C.

- 7 Par courrier d'avertissement recommandé du 2 octobre 2014 (act. 1, annexe 7), la participante à la procédure constate en substance que les exigences relatives aux installations notablement agrandies ou renouvelées n'ont pas été remplies pour l'année 2013 (accroissement de la production d'électricité de 2% au lieu des 20% nécessaires) en ce qui concerne la centrale litigieuse. Elle a dès lors rendu la requérante attentive au fait que celle-ci serait à nouveau contrôlée au début de l'année 2015 et que, s'il s'avère que la production d'électricité minimale requise pour l'année 2014 n'a, à nouveau, pas été atteinte, elle se verrait dans l'obligation de rétribuer l'installation au prix du marché pour l'année 2014, et ce rétroactivement.
- 8 Par attestation du 21 octobre 2014 (act. 1, annexe 6), la Commune de [...] a constaté que le volume d'eau traité à la station d'épuration des eaux (STEP) a diminué. Elle énumère également les principales causes de réduction de volume, lesquelles ne seraient pas imputables à la requérante mais relèveraient plutôt des mesures prises par la Commune pour assainir son réseau des eaux.
- 9 Par courrier recommandé daté du 27 mars 2015 et intitulé « décision » (act 1, annexe 10 ; ci-après : la décision querellée), la participante à la procédure a dit que la centrale litigieuse sera rétribuée au prix du marché correspondant avec effet rétroactif pour l'année civile 2014 et que la rétribution perçue en trop doit être remboursée avec le prochain décompte (en juin 2015).

Elle justifie sa décision par le fait que l'accroissement de la production d'électricité est insuffisant au regard de la législation applicable (en 2014 : accroissement de la production d'électricité de 4% au lieu des 20% nécessaires). Le courrier indiquait la voie de droit à l'autorité de céans. Dans un courrier annexe du même jour (act 1, annexe 10), la participante à la procédure adapte les nouveaux taux de rétribution. Les taux de rétribution dus sont de 5.2 cts / kWh pour la période de janvier à mars 2014, de 3.9 cts / kWh pour la période d'avril à juin 2014, de 3.9 cts / kWh également pour la période de juillet à septembre 2014 et de 5.0 cts / kWh pour la période d'octobre à décembre 2014.

D.

- 10 Par mémoire du 27 avril 2015 (act. 1) adressé à la Commission fédérale de l'électricité (EiCom), la requérante a déposé une requête en appréciation de la décision querellée, improprement intitulée « recours ». Elle dépose les conclusions suivantes :

« Plaise donc à l'EiCom dire et statuer:

Principalement,

1. *Le recours est admis.*
2. *Par conséquent, la rétribution RPC est versée à GASA SA par Swissgrid jusqu'au terme prévu par la loi, sans autres exigences.*
3. *Il est alloué à la recourante une équitable indemnité pour ses dépens.*
4. *Les frais de la présente procédure sont mis à la charge de Swissgrid.*

Subsidiairement,

5. *GASA SA est autorisé à réintégrer le système FFS, dit des 15 centimes.*
6. *Il est alloué à la recourante une équitable indemnité pour ses dépens.*
7. *Les frais de la présente procédure sont mis à la charge de Swissgrid.*

Plus subsidiairement,

8. *Il est requis une intervention du DETEC, conformément à l'art. 3e OEne, concernant le maintien de GASA SA dans le système FFS des 15 centimes.*
9. *Il est alloué à la recourante une équitable indemnité pour ses dépens.*
10. *Les frais de la présente procédure sont mis à la charge de Swissgrid. »*

- 11 A l'appui de sa requête, elle produit des pièces et fournit des explications (act. 1, annexes 1 à 11).

- 12 Le Secrétariat technique de l'EiCom (ci-après : ST EiCom) a 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 10 juin 2015 adressé aux parties (act. 3). Il leur a simultanément transmis copie du dossier et il a fixé un délai à la participante à la procédure pour prendre position.

- 13 La participante à la procédure a pris position sur la cause par mémoire du 26 juin 2015 (act. 4). Elle a produit un bordereau de pièces justificatives et a conclu à ce qui suit :

« Das Begehren vom 27. April 2015 sei vollumfänglich abzuweisen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. »

14 Par courrier recommandé du 29 juin 2015 (act. 5), le ST EICom a transmis à la requérante la prise de position de la participante à la procédure du 26 juin 2015 (act. 4).

E.

15 Par mémoire du 13 juillet 2015 (act. 6) adressé à l'EICom, la requérante a déposé une prise de position complémentaire accompagnée d'un bordereau de quatre annexes. Elle y confirme en tous points ses conclusions et développe son argumentation.

16 Par courrier recommandé du 15 juillet 2015 (act. 7), le ST EICom a transmis à la requérante la prise de position de la participante à la procédure du 13 juillet 2015 (act. 6).

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

II Considérants

1 Compétence

- 18 Conformément à l'article 25, alinéa 1bis, de la loi du 26 juin 1998 sur l'électricité (LEne ; RS 730.0), les litiges portant sur les conditions de raccordement des installations productrices d'énergie et les suppléments sur les coûts de transport (art. 7, 7a, 15b et 28a) relèvent de la Commission de l'électricité (ECom, décision du 17 novembre 2011, 941-11-003, ch. marg. 12, p. 4).
- 19 En l'espèce, il y a notamment lieu de déterminer principalement si la centrale litigieuse doit être admise à la RPC au sens de l'article 7a, LEne et subsidiairement si elle peut réintégrer le système de « Financement des frais supplémentaires » (ci-après : FFS). Ainsi, si l'ECom est compétente pour se prononcer sur les questions en lien avec le régime de la RPC ainsi que sur celles concernant le régime FFS, elle l'est nécessairement pour se prononcer sur la réintégration au système FFS.
- 20 La compétence de l'ECom est ainsi donnée pour traiter des conclusions principales et subsidiaires. Elle se fonde sur les articles 25, alinéa 1bis, LEne.
- 21 Par contre, il y a lieu de déclarer irrecevable la conclusion subéventuelle par laquelle la requérante requiert l'intervention du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC), conformément à l'art. 3e, de l'ordonnance du 7 décembre 1998 sur l'énergie (OEne ; RS 730.01), concernant son maintien dans le système FFS. En effet, cette conclusion doit être adressée directement au DETEC, la disposition réglementaire concernée ne prévoyant pas que cette autorité soit saisie par l'intermédiaire de l'autorité de céans. Toutefois, conformément à l'article 8, alinéa 1, PA, l'autorité qui se tient pour incompétente transmet sans délai l'affaire à l'autorité compétente. L'ECom transmet donc le dossier pour compétence au DETEC pour traitement de cette prétention.

2 Parties et droit d'être entendu

2.1 Parties

- 22 Sont admises comme parties au sens de l'article 6, PA, les personnes dont les droits ou les obligations pourraient être touchés par la décision à prendre, ainsi que les autres personnes, organisations ou autorités, qui disposent d'un moyen de droit contre la décision.
- 23 En l'espèce, la requérante a déposé auprès de l'ECom une requête en appréciation de la décision querellée (act. 1 ; ch. marg. 9). Matériellement, elle est ainsi destinataire de la décision. Elle revêt donc la qualité de partie au sens de l'article 6, PA.
- 24 La participante à la procédure est concernée par l'objet du litige du fait de sa décision. C'est pourquoi elle dispose elle-aussi de la qualité de partie au sens de l'article 6, PA.

2.2 Droit d'être entendu

- 25 Les parties ont bénéficié de la faculté de prendre position dans le cadre de la présente procédure. Le mémoire de la requérante (act. 1) et sa prise de position subséquente (act. 6) ont été soumis à la participante à la procédure pour prise de position (act. 3 et 7). En outre, la prise de position de celle-ci (act. 4) a été transmise à la requérante pour information (act. 5). Les conclusions des parties ainsi que les arguments y relatifs 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 Droit applicable

- 26 La centrale litigieuse a été admise à la RPC par courrier recommandé de la participante à la procédure du 18 septembre 2008 (act. 1, annexe 4 ; ch. marg. 5). En ce qui concerne les petites centrales hydrauliques, la notion d'installations notablement agrandies ou rénovées – qui est l'une des conditions d'octroi de la RPC selon l'article 7a, alinéa 1 – LEne, est précisée à l'appendice 1.1, OEne. Or, Comme celui-ci est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2009 seulement – soit après le courrier recommandé de la participante à la procédure du 18 septembre 2008 – la requérante fait notamment valoir qu'il ne serait pas applicable à l'état de fait. Il est donc nécessaire d'examiner préalablement si et quelle version de l'appendice 1.1, OEne est applicable à la requête en RPC de la requérante.
- 27 Le 14 mars 2008, en adoptant l'ordonnance sur l'approvisionnement en électricité (OApEI ; RS 734.7), le Conseil fédéral a également modifié l'OEne, en y introduisant notamment les dispositions concernant la RPC. Ces modifications ont été publiées au Recueil officiel (RO) n° 13 du 1^{er} avril de la même année, en pages 1223 ss. Il découle de l'article 32, alinéa 4, lettre b, OApEI que les articles 3b, 3f à 3i, 3j, alinéas 1 et 2, l'article 5, alinéa 1, l'article 17c, alinéa 1, et l'article 29, alinéas 4 et 5, sont entrées en vigueur le 1^{er} mai 2008. Il s'agit là des dispositions réglementaires permettant de préparer l'octroi de la RPC. C'est dans ce cadre également, et à cette même date du 1^{er} avril 2008, que l'appendice 1.1, OEne a été publié (RO **2008** 1254). Par contre, il découle de l'article 32, alinéa 4, lettre c, OApEI *a contrario* que l'appendice 1.1, OEne est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009 seulement. C'est en raison de cette entrée en vigueur différée au 1^{er} janvier 2009 que cette disposition n'a pas été publiée au Recueil systématique (RS) avant le 1^{er} janvier 2009. En effet, conformément à l'article 11, alinéa 1, 1^{ère} phrase *i.i.*, de la loi fédérale du 18 juin 2004 sur les recueils du droit fédéral et la Feuille fédérale (LPubl ; RS 170.512), le RS est une collection consolidée. Il n'en demeure pas moins que l'appendice 1.1, OEne est réputé connu dès sa publication au RO en date du 1^{er} avril 2008. L'article 8, alinéa 1, LPubl dispose en effet que « les obligations juridiques inscrites dans les textes visés aux articles 2 à 4 naissent dès que les textes en question ont été publiés conformément aux dispositions de la présente section », à savoir celle consacrée au RO. Celles-ci ne naissent toutefois pas avant l'entrée en vigueur. En outre, selon la jurisprudence, la RPC ne constitue pas le régime de base s'appliquant de par la loi aux propriétaires d'installations. En effet, l'allocation de la RPC ne peut avoir lieu que sur requête de ces derniers et pour autant que les conditions d'octroi soient réalisées, et, à défaut d'une telle demande expresse, le gestionnaire du réseau est tenu de reprendre et de rétribuer l'énergie, non pas au prix courant, mais au prix du marché (cf. art. 7 al. 1 et 2 LEne). Il est dès lors légitime et raisonnable d'attendre du propriétaire d'une installation – désireux de voir l'électricité qu'il produit être rémunérée à un prix généralement plus intéressant – qu'il se soucie de l'état de la législation et de veiller à déposer sa demande de RPC à temps, afin que ses efforts ne soient pas vains (Tribunal administratif fédéral [TAF], arrêt du 21 mai 2015, A-2901/2014, consid. 6.3.2, p. 15).

- 28 L'article 7a, LEne est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2009. Il en découle qu'un droit à la RPC peut exister dès cette date. En conséquence, les dispositions qui règlent les conditions de ce droit (en particulier l'art. 3a, OEne en lien avec l'appendice 1.1, ch. 1.2, OEne) sont également entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2009 seulement. Au contraire, les dispositions concernant les procédures d'annonce et d'octroi de la RPC auprès de la participante à la procédure étaient déjà en vigueur depuis le 1^{er} mai 2008 (ch. marg. 27). Ainsi, l'article 3g, alinéa 1, lettre b, OEne dans sa teneur au 1^{er} mai 2008, prévoit expressément que l'annonce pour la rénovation et l'agrandissement d'installations existantes doit comporter les données prévues à l'article 3a, OEne. Or, l'article 3a, OEne, sous le titre « Installations notablement agrandies ou rénovées » renvoie à l'accroissement de production d'électricité selon l'appendice 1.1, OEne. De plus, tant l'article 3a, OEne que l'appendice 1.1, OEne étaient publiés au RO (ch. marg. 27). Ils étaient par conséquent déjà réputés connus à ce moment-là. Ainsi, au moment du dépôt de l'annonce, la requérante devait avoir connaissance du fait qu'il n'existait un droit à la RPC pour le 1^{er} janvier 2009 que si la production d'électricité de la centrale litigieuse avait augmenté de 20% par rapport à la moyenne des deux dernières années d'exploitation complètes précédant le 1^{er} janvier 2006, conformément au chiffre 1.2, appendice 1.1, OEne dans sa teneur au 1^{er} janvier 2009 (ci-après : appendice 1.1, OEne [janvier 2009]).
- 29 Ainsi, la requérante ne peut pas valablement opposer le fait qu'elle ignorait de bonne foi ces dispositions, ceci d'autant plus que, cette société, dont le but social est notamment la « construction, vente et exploitation de centrales hydroélectriques et autres usines » est gérée par un professionnel. Celui-ci ne saurait ignorer comment se procurer les modifications légales et réglementaires régissant son activité commerciale, que celles-ci soient existantes ou projetées. De même, le grief de la requérante selon lequel la destinataire de la décision ou l'OFEN auraient dû l'informer des changements de législation n'est pas pertinent. En effet, aucune disposition légale en ce sens ne leur en fait l'obligation. En outre, la publication au RO est précisément prévue pour que les dispositions légales et réglementaires soient portées à la connaissance de tous. Ne pas communiquer individuellement ces changements législatifs n'est donc pas constitutif de violation des règles de la bonne foi. En outre, et malgré cette absence d'obligation, l'OFEN a pour habitude de publier un communiqué de presse lors de chaque changement de législation, lequel est également communiqué électroniquement à quiconque s'est préalablement inscrit.
- 30 L'argumentation de la requérante selon laquelle elle ne pouvait avoir connaissance de l'exigence d'augmentation de production d'électricité de 20% par rapport à la moyenne des deux dernières années d'exploitation complètes précédant le 1^{er} janvier 2006, fixé au chiffre 1.2, appendice 1.1, OEne (janvier 2009), ne saurait ainsi être suivie.
- 31 Ensuite, 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). Ainsi, d'un fait qui fait naître au bénéfice de l'administré une prétention à indemnité ou à remboursement ou, à sa charge, une obligation : on applique le droit en vigueur au moment où ce fait s'est produit (MOOR / FLÜCKIGER / MARTENET, n. 2.4.2.3, p. 185). Le courrier recommandé du 18 septembre 2008 de la participante à la procédure (act. 1, annexe 4 ; ch. marg. 5) concernait l'octroi de la RPC. Celui-ci se fonde sur l'article 7a, LEne qui est incontestablement entré en vigueur le 1^{er} janvier 2009. Par conséquent, c'est avec raison que la participante à la procédure y a apprécié le futur droit à l'aune de l'appendice 1.1, OEne dans sa teneur au 1^{er} janvier 2009.
- 32 Enfin, 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 différent de l'ancien (MOOR / FLÜCKIGER / MARTENET, ch. 2.4.2.3, p. 186 ; cf. également : BOVAY BENOÎT, *Procédure administrative*, Berne 2000, p. 197).

Ainsi, l'autorité de céans applique le droit en vigueur ce jour pour tout ce qui relève des règles de procédure qui la concerne, notamment en ce qui concerne la question de la révocation (consid. 5).

4 Octroi de la RPC

- 33 Le litige porte principalement sur la question de savoir si la centrale litigieuse bénéficie de la RPC. De la réponse donnée à cette question dépend directement le traitement des autres questions. Il y a dès lors lieu de s'y pencher en premier.
- 34 Le 20 mai 2008, la requérante a déposé une annonce en vue de la rétribution à prix coûtant du courant injecté (ci-après : RPC ; act 1, annexes 3 et 7 ; ch. marg. 4). A cette date, l'appendice 1.1, OEné (janvier 2009) a déjà été adopté, mais il n'était pas encore entré en vigueur. Il était toutefois déjà réputé connu (ch. marg. 27).
- 35 Le 18 septembre 2008, la participante à la procédure a rendu une décision positive (act 1, annexe 4 ; ch. marg. 5) fondé sur l'article 3g, alinéa 3, OEné (mai 2008) par laquelle elle constate que les conditions pour la rétribution à prix coûtant du courant injecté au sens de l'art. 7a, LEné sont remplies et précise notamment que la production d'électricité augmentera ainsi d'au moins 20% par rapport aux deux dernières années d'exploitation complète.
- 36 La requérante n'a alors pas contesté la décision positive du 18 septembre 2008 (act 1, annexe 4). Elle conteste toutefois aujourd'hui notamment que, pour bénéficier de la RPC, la centrale litigieuse doit remplir l'exigence d'augmentation annuelle de production d'électricité de 20% par rapport à la moyenne des deux dernières années d'exploitation complète précédant le 1^{er} janvier 2006 conformément au ch. 1.2, de l'appendice 1.1, OEné (janvier 2009). Elle conteste toutefois également implicitement, que la centrale litigieuse soit qualifiée d'installation réputée rénovée ou considérablement agrandie au sens de l'article 3a, lettre b, OEné (janvier 2009), relevant par là même qu'elle a été admise à tort à la RPC, justifiant ainsi un retour au système FFS.
- 37 Or, selon le chiffre 1.2, lettre a, de l'appendice 1.1, OEné (janvier 2009), sont réputées rénovées ou considérablement agrandies au sens de l'art. 3a, let. b, OEné (janvier 2009), les installations qui augmentent leur production d'électricité d'au moins 20% par rapport à la moyenne des deux dernières années d'exploitation complètes précédant le 1^{er} janvier 2006.
- 38 Dans le cas d'espèce, il ressort de l'annonce de la requérante déposée le 20 mai 2008 (act 1, annexes 3 et 7 ; ch. marg. 4) que la production annuelle de la centrale litigieuse s'est élevée à [...] kWh en 2004 et à [...] kWh en 2005, ce qui représente une moyenne de [...] kWh pour les des deux dernières années d'exploitation complètes précédant le 1^{er} janvier 2006. Pour prétendre à la RPC, la centrale litigieuse doit donc atteindre la valeur cible de [...] kWh de production annuelle, laquelle correspond à l'augmentation de 20% par rapport à la moyenne des deux dernières années d'exploitation complètes précédant le 1^{er} janvier 2006 exigée par le chiffre 1.2, lettre a, de l'appendice 1.1, OEné (janvier 2009). La centrale litigieuse a rempli cette exigence à tout le moins en 2007 et 2008, années au cours desquelles elle a connu une production annuelle de [...] kWh, respectivement de [...] kWh (act 1, annexe 3 et act. 4, annexe 1 ; ch. marg. 41). Fort de ce constat et en raison de l'annonce déposée par la requérante, c'est donc à raison que la participante à la procédure a admis la centrale litigieuse à la RPC.
- 39 En outre, le fait que, dans son courrier du 18 septembre 2008 (act 1, annexe 4 ; ch. marg. 5), la participante à la procédure se soit limitée à préciser que « la production d'électricité augmentera ainsi d'au moins 20% par rapport aux deux dernières années d'exploitation complète » en omettant le passage « précédant le 1^{er} janvier 2006 » est sans portée. En effet, premièrement, le

chiffre 1.2, lettre a, de l'appendice 1.1, OEne (janvier 2009), était réputé connu en date du 20 mai 2008 déjà (ch. marg. 27), date du dépôt de l'annonce par la requérante. Ensuite, exactement au même endroit, le courrier de la participante à la procédure renvoie expressément à « l'OEne, Annexe 1.1, ch.1.2 a. » (act. 1, annexe 4, ch. 1, p. 1), mentionnant ainsi la source de cette exigence réglementaire. La requérante, en sa qualité de professionnelle de la branche, ne peut pas se contenter d'affirmer ne pas avoir eu connaissance de la teneur de cet appendice faute de publication au RS. Au contraire, elle devait bel et bien le rechercher activement (ch. marg. 27 s.).

- 40 Contrairement à ce qu'allègue la requérante, est également sans portée le fait que la fiche d'information 2 de l'OFEN (act. 1, annexe 2 ; ch. marg. 4) précise que « Toute installation mise en service, notamment agrandie ou rénovée après le 1^{er} janvier 2006 peut bénéficier de la rétribution du courant injecté à compter du 1^{er} janvier 2009 » (p. 1). En effet, premièrement, bien qu'elle n'y fasse pas référence, cette fiche d'information se fonde sur l'article 7a, LEné dans sa version au 20 mai 2008 (état le 1^{er} mai 2008, ci-après : LEné [mai 2008]) qui instaure le régime de la RPC. Celui-ci dispose que « Les gestionnaires de réseau sont tenus de reprendre sous une forme adaptée au réseau et de rétribuer toute l'électricité produite dans des installations nouvelles situées dans leur zone de desserte, adaptées au site concerné et utilisant l'énergie solaire, l'énergie géothermique, l'énergie éolienne, l'énergie hydraulique jusqu'à une puissance de 10 MW, ainsi que la biomasse et les déchets provenant de la biomasse. Sont considérées comme nouvelles les installations mises en service, notamment agrandies ou rénovées après le 1^{er} janvier 2006. » Ensuite, nous avons déjà démontré que le chiffre 1.2, lettre a, de l'appendice 1.1, OEne (janvier 2009) était réputé connu en date du 20 mai 2008 déjà (ch. marg. 27 et 39), date du dépôt de l'annonce par la requérante.
- 41 Par ailleurs, il ressort de son courriel du 7 octobre 2014 à la participante à la procédure (act. 4, annexe 1) que la requérante connaissait bel et bien personnellement en 2008 déjà l'existence de l'exigence d'augmentation annuelle de production d'électricité de 20% par rapport à la moyenne des deux dernières années d'exploitation complète précédant le 1^{er} janvier 2006 conformément au ch. 1.2, de l'appendice 1.1, OEne (janvier 2009). En effet, ce courriel dispose : « Fort du constat d'amélioration de la production vérifié pour l'année 2007 ([...] KWH) et confirmé ensuite pour l'année 2008 ([...] KWH), chiffre prouvant le bien-fondé de l'augmentation de production de plus de 20%, nous avons décidé en toute bonne foi de requérir la RPC, ce qui nous a été octroyé. » Ainsi, premièrement, il ressort du texte de ce courriel que la requérante connaissait l'exigence d'augmentation annuelle de production d'électricité de 20%. Ensuite, pour 2008 ([...] kWh ; act. 4, annexe 1), la condition d'augmentation de production de 20% n'était remplie que par rapport à la moyenne des deux dernières années d'exploitation complètes précédant le 1^{er} janvier 2006 (+25% par rapport à la moyenne de [...] kWh ; ch. marg. 38), et non par rapport aux deux dernières années d'exploitation complètes, à savoir 2006 ([...] kWh ; act. 1, annexe 3) et 2007 ([...] kWh ; act. 1, annexe 3) (+ 12% par rapport à la moyenne de [...] kWh). Or, la requérante connaissait très bien ses données de production. Elle les a d'ailleurs produites soigneusement compilées dans le cadre de la présente procédure. Ainsi, il découle de ce qui précède que la requérante connaissait non seulement l'exigence d'augmentation annuelle de production d'électricité de 20%, mais encore que celle-ci se rapportait à la moyenne des deux dernières années d'exploitation complètes précédant le 1^{er} janvier 2006. Elle ne saurait dès lors valablement opposer à l'autorité de céans qu'elle ignorait de bonne foi la teneur du chiffre 1.2, lettre a, de l'appendice 1.1, OEne (janvier 2009).
- 42 Enfin, il y a lieu de relever que la requérante n'as pas demandé à l'autorité de céans d'évaluer le courrier de la participante à la procédure du 18 septembre 2008 (act. 1, annexe 4) par lequel la centrale litigieuse a été admise à la RPC, l'acceptant *de facto*.
- 43 La centrale litigieuse ayant atteint la valeur cible de [...] kWh de production annuelle tant en 2007 qu'en 2008, laquelle correspond à l'augmentation de 20% par rapport à la moyenne des deux

dernières années d'exploitation complètes précédant le 1^{er} janvier 2006 exigée par le chiffre 1.2, lettre a, de l'appendice 1.1, OEne (janvier 2009) et en raison de l'annonce déposée par la requérante, c'est donc à raison que la participante à la procédure a admis la centrale litigieuse à la RPC. Dès lors, reste seule litigieuse la question de la rétribution au prix du marché.

5 Rétribution

- 44 Selon l'article 3^{quater}, alinéa 1, OEne en lien avec l'article 3^{ter}, alinéa 2, OEne, si les exigences minimales relatives aux installations notablement agrandies ou rénovées ne sont pas respectées pendant une année civile, la rétribution est provisoirement supprimée ; la production de l'installation est alors rétribuée au prix du marché correspondant (art. 3^f, al. 3, OEne [octobre 2011] ; actuellement : art. 3^{bis}, al. 2, OEne [janvier 2015]), avec effet rétroactif pour la période d'évaluation concernée ; la rétribution perçue en trop doit être remboursée.
- 45 Dans le cas d'espèce, pour prétendre à la RPC en 2014, la centrale litigieuse devait atteindre la valeur cible de [...] kWh de production annuelle, laquelle correspond à l'augmentation de 20% par rapport à la moyenne des deux dernières années d'exploitation complètes précédant le 1^{er} janvier 2006, à savoir [...] kWh (ch. marg. 38). Avec une production annuelle 2014 non contestée de [...] kWh (act. 1, annexe 10), force est de constater que la valeur cible n'est pas atteinte et que, par conséquent, les exigences minimales pour l'année 2014 ne sont pas respectées.
- 46 La requérante se prévaut des circonstances indépendantes de la volonté du propriétaire (art. 3^h^{bis}, al. 2, OEne [janvier 2014]), principalement pour que la centrale litigieuse soit maintenue dans le système de la RPC, et subsidiairement pour obtenir une prolongation de délai (art. 3^{quater}, al. 2, OEne en lien avec art. 3^{ter}, al. 4, OEne). Elle argue ainsi que la seconde phrase de l'article 3^h^{bis}, al. 2, OEne (janvier 2014) ne serait pas en lien avec la première concernant les prolongations de délai.
- 47 Selon l'article 3^h^{bis}, al. 2, OEne (janvier 2014), 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 (art. 3^h^{bis}, al. 1, let. a OEne [janvier 2014]) ne peut pas être respecté pour des raisons du même ordre, la société nationale du réseau de transport peut le prolonger sur demande. Cette disposition est intitulé « Non-respect de l'obligation de notifier et divergences par rapport aux données fournies dans l'annonce ». En ce sens, elle ne porte que sur les défauts d'annonce et ne concerne pas les révocations pour cause de non-respect des exigences minimales, qui elles, sont régies par l'article 3^{ter} et 3^{quater} intitulés « Respect d'exigences minimales » et « Exigences relatives aux installations notablement agrandies ou rénovées ». L'on ne saurait dès lors maintenir la centrale litigieuse dans le système de la RPC sur la base de l'article 3^h^{bis}, alinéa 2, OEne (janvier 2014). La question de savoir si la seconde phrase de l'article 3^h^{bis}, alinéa 2, OEne (janvier 2014) concernant les prolongations de délai est à interpréter en lien avec la première relative à la révocation peut donc rester ouverte en l'espèce.
- 48 Reste à analyser la question de savoir si la requérante pouvait obtenir une prolongation de délai afin de mettre sa centrale en conformité conformément à l'article 3^{quater}, alinéa 2, OEne en lien avec l'article 3^{ter}, alinéa 4, OEne.
- 49 Selon l'article 3^{quater}, alinéa 2, OEne en lien avec l'article 3^{ter}, alinéa 4, OEne, en cas de circonstances qui ne lui sont pas imputables, le producteur peut exposer à la société nationale du réseau de transport les mesures qu'il entend prendre pour que les exigences minimales soient à nouveau respectées ; la société nationale du réseau de transport peut lui accorder un délai approprié pour prendre des mesures, assorti, le cas échéant, de charges ; jusqu'à l'expiration de ce délai, le droit

à la rétribution demeure, dans la mesure où les charges sont observées. L'article 3^{quater}, alinéa 3, OEne quant à lui dispose que, dans de tels cas et si aucune mesure ne peut être prise, la société nationale du réseau de transport peut continuer de verser la rétribution pendant une durée appropriée ; cette durée ne peut se monter qu'à un cinquième au plus de la durée de rétribution ; la production de l'installation est ensuite rétribuée au prix du marché pour la durée pendant laquelle les exigences ne sont pas respectées. L'OFEN a illustré ainsi cette dernière disposition réglementaire : « Exemple: Pendant la phase de planification d'une petite centrale hydroélectrique, la quantité d'eau disponible a été légèrement surestimée. Cette centrale, notablement agrandie selon l'art. 3a, al. 2, OEne, est incapable de respecter l'accroissement de production de 20%. Dans ce cas, Swissgrid peut continuer à verser la rétribution pour une période raisonnable, mais au maximum pendant 5 ans (un cinquième de la durée de rétribution). Ensuite, l'installation sera mise au prix du marché pendant les années au cours desquelles les exigences ne seront pas remplies. » (OFEN, Directive relative à la rétribution à prix coûtant du courant injecté [RPC] – Art. 7a LEne – Partie générale, version 1.5 du 1^{er} janvier 2015, Commentaire ad art. 3^{quater}, al. 3, p. 13, téléchargeable sur : www.ofen.admin.ch > Thèmes > Approvisionnement en électricité > Electricité issue de sources d'énergie renouvelables > Rétribution à prix coûtant du courant injecté > Directives, consulté le 17 septembre 2015).

- 50 Dans le cas d'espèce, il n'est pas contesté que la centrale litigieuse ne respecte plus les exigences minimales depuis 2009. Par contre, si la requérante s'estime toujours à même d'y remédier en procédant à différents aménagements (act. 6, ch. 2, p. 4), la destinataire de la décision estime que, au vu du programme d'avancement des travaux remis par celle-ci, des mesures ne sauraient être prises dans un laps de temps raisonnable (act. 4, ch. 3.b, pp. 4 s.). Toutefois, puisque dans le cas d'espèce des mesures concrètes sont planifiées pour que les exigences minimales soient à nouveau respectées, la durée maximale d'un cinquième dont il est question à l'article 3^{quater}, alinéa 3, OEne ne saurait trouver application. Cette limite de temps peut toutefois servir d'indice permettant de mieux cerner la notion de « délai approprié » au sens de l'article 3^{quater}, alinéa 2, OEne en lien avec l'article 3^{ter}, alinéa 4, OEne, pertinente en l'espèce. Or, force est de constater que depuis le début de l'année 2009 à la fin de 2013, un cinquième de la durée de rétribution s'est écoulé. En effet, conformément au ch. 4.2, de l'appendice 1.1, OEne, la durée de rétribution est de 25 ans. Le cinquième représente cinq années, lesquelles se sont écoulées de janvier 2009 à décembre 2013. Qu'aucune prolongation de délai n'ait été octroyée formellement n'y change rien. La centrale a été rémunérée au tarif RPC alors qu'elle n'en remplissait pas les exigences minimales pour un délai au cinquième de la durée de la rétribution sans que la requérante ne remédie au défaut. Elle savait en outre qu'elle n'en remplissait pas les conditions, mais n'a pas mis à profit ce temps imparti pour prendre les mesures techniques et organisationnelles nécessaires afin de remédier au fait que les exigences minimales n'étaient pas remplies, si bien qu'elle ne peut pas se prévaloir de sa bonne foi. L'on ne voit dès lors pas comment l'octroi d'un délai complémentaire devrait lui permettre de remédier enfin à ce défaut, ce d'autant plus que le programme d'avancement des travaux de 3 ans et 10 mois remis par la requérante à la participante à la procédure (act. 6, p. 4) est ambitieux au vu de la tâche à réaliser (relevages de chute de 60 m et 80 m notamment) et au regard des risques de procédures (oppositions, etc.) et financiers qui constituent autant de défis à relever en un si court laps de temps. L'octroi d'une nouvelle prolongation de presque quatre ans équivaut quasiment à doubler le délai de prolongation de cinq ans déjà écoulé et porterait à plus du tiers de la durée de rétribution (presque 9 ans sur 25 ans), la période durant laquelle la centrale litigieuse bénéficierait de la RPC sans en remplir les conditions. Il ne s'agit donc pas là de l'octroi d'un délai approprié au sens de l'article 3^{quater}, alinéa 2, OEne en lien avec l'article 3^{ter}, alinéa 4, OEne.
- 51 Au vu de ce qui précède, c'est donc avec raison que la participante à la procédure a décidé que la production de la centrale litigieuse sera rétribuée au prix du marché correspondant avec effet rétroactif pour l'année civile 2014.

6 Droits acquis

- 52 Selon la requérante, le contrat de reprise d'énergie conclu le 15 décembre 2008 entre EPS Pool Energie Suisse SA et elle-même prévoit, à son article 4, qu'« il repose sur les bases juridiques en vigueur à sa signature ». EPS Pool Energie Suisse SA agissant sur délégation de l'OFEN, la requérante en tire comme conséquence que la disposition précitée créerait un droit acquis lui permettant de recevoir la RPC conformément au courrier recommandé de la participante à la procédure daté du 18 septembre 2008 et intitulé « décision » (act 1, annexe 4 ; ch. marg. 5) sans que des modifications législatives ultérieures ne puissent venir modifier ce droit acquis, conformément au principe *pacta sunt servanda*.
- 53 L'expression « Droits acquis » (« *wohlerworbene Rechte* ») désigne l'ensemble des droits que les administrés peuvent avoir envers l'Etat et qui se distinguent par le fait qu'ils bénéficient d'une garantie de stabilité particulière qui, faute d'être respectée par l'Etat, se transforme en une garantie de valeur en faveur des administrés (DUBEY JACQUES / ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, *Droit administratif général*, Bâle 2014, ci-après : DUBEY / ZUFFEREY, ch. marg. 1322). Font partie de la catégorie générique des « droits acquis » les droits que l'Etat accorde aux administrés sous la forme d'un acte juridique bilatéral. Tel est donc en premier lieu le cas des droits conférés par le biais d'un contrat de droit administratif, dont la stabilité particulière procède du principe « *pacta sunt servanda* » à déduire de celui de la bonne foi (DUBEY / ZUFFEREY, ch. marg. 1333).
- 54 Une disposition telle que celle dont se prévaut la requérante est formulée trop largement pour conclure à l'existence de droits acquis. En effet, elle ne constate ni un état de fait, ni ne reconnaît l'existence d'un droit précis. En particulier, elle ne reconnaît pas de droit à la RPC, ne mentionne pas de montant dû ni de durée de rémunération, ni ne fixe de conditions. Formulée de manière aussi générale, elle s'apparente plus à une clause de style qu'à une promesse concrète. En foi de quoi, la requérante ne peut se prévaloir d'un droit acquis qui serait issu du contrat de reprise d'énergie conclu le 15 décembre 2008 entre EPS Pool Energie Suisse SA et elle-même pour recevoir la RPC conformément au courrier recommandé de la participante à la procédure daté du 18 septembre 2008 et intitulé « décision » (act 1, annexe 4 ; ch. marg. 5) sans que des modifications législatives ultérieures ne puissent venir modifier cette RPC. Enfin, l'on est en droit de douter qu'EPS Pool Energie Suisse SA soit une représentante de l'Etat.

7 Pas de réintégration au système de financement des frais supplémentaires (FFS)

- 55 La requérante conclut à titre subsidiaire à ce qu'il plaise à l'EiCom à ce qu'elle soit autorisée à réintégrer le système FFS, dit des 15 centimes. Il y a dès lors lieu de se pencher sur cette question.
- 56 A teneur de l'article 28a, alinéa 1, LEne, qui est une disposition transitoire, pour les contrats existants liant les gestionnaires de réseau à des producteurs indépendants pour la reprise d'électricité produite par des installations utilisant des énergies renouvelables, les conditions de raccordement au sens de l'art. 7 [LEne] dans sa version du 26 juin 1998 sont applicables jusqu'au 31 décembre 2035 pour les installations hydroélectriques et jusqu'au 31 décembre 2025 pour toutes les autres installations. L'OFEN a précisé le sens de cette disposition réglementaire dans une fiche d'information du 20 février 2009 intitulée « *Mehrkostenfinanzierung (MKF) oder kostendeckende Einspeisevergütung (KEV)* » (act. 4, annexe 3). Cette fiche d'information précise sous chiffre 2 que, en principe, les installations mises en services ou notablement agrandies ou rénovées après le 1^{er} janvier 2006 doivent bénéficier de la RPC (art. 7a, LEne) ou être rémunérées au prix du marché (art. 7b, LEne). Elle précise ensuite que, à titre d'exception, les installations au

bénéfice d'un contrat au sens de l'article 28a, LEnE et qui ont été agrandies ou renouvelées après le 1^{er} janvier 2006 peuvent continuer de bénéficier du système FFS.

- 57 Dans le cas d'espèce, la centrale litigieuse a certes été agrandie ou renouvelée après le 1^{er} janvier 2006. En date du 20 mai 2008, la requérante a toutefois déposé une annonce en vue de la rétribution à prix coûtant du courant injecté (ci-après : RPC ; act 1, annexes 3 et 7 ; ch. marg. 4). Elle a été admise à la RPC par courrier recommandé daté du 18 septembre 2008 (act 1, annexe 4 ; ch. marg. 5). L'octroi de la RPC par la participante à la procédure était justifiée dans la mesure où la centrale litigieuse en remplissait les conditions et où la requérante en faisait la demande (cf. consid. 4, sp. ch. marg. 38). Le contrat FFS qui liait la requérante à son gestionnaire de réseau X SA a donc été résilié. La requérante admet par ailleurs le fait que, dès 2009, un tel contrat n'existe plus (courriel de la requérante à l'OFEN du 24 janvier 2015, act. 4, annexe 9). Le fait que, dès 2009, la centrale litigieuse ne remplissait déjà plus les conditions minimales d'octroi de la RPC ne change rien au fait que le contrat qui liait la requérante, en sa qualité de productrice indépendante, à X SA, en sa qualité de gestionnaire de réseau, pour la reprise d'électricité produite par des installations utilisant des énergies renouvelables n'existe plus. Cette condition du contrat existant fixé par l'article 28a, alinéa 1, LEnE (janvier 2009) fait donc défaut, si bien que la centrale litigieuse ne saurait être mise au bénéfice de la FFS. Interpellé sur cette question par la requérante, l'OFEN partage en outre le même avis (courriels de l'OFEN à la requérante des 23 janvier et 30 janvier 2015 ; act. 1, annexe 9). Certes aucune disposition légale n'interdit explicitement le retour au régime FFS. Toutefois, outre le fait que la condition du contrat existant n'est plus remplie, le but même des dispositions transitoires – à savoir régler harmonieusement la transition vers le nouveau droit du traitement juridique de situations de faits qui perdurent et devraient être gérées par plusieurs régimes juridiques successifs – plaide pour le fait qu'un état de fait qui ne bénéficie plus, pour une raison ou pour une autre, d'une législation transitoire n'y soit soumis à nouveau.
- 58 Ainsi, la centrale litigieuse ayant quitté le régime FFS à fin 2008 suite à l'octroi de la RPC et en raison de la résiliation simultanée du contrat qui liait la requérante à son gestionnaire de réseau X SA pour la reprise d'électricité produite par des installations utilisant des énergies renouvelables, elle ne saurait bénéficier de la FFS.

8 Emoluments

- 59 Pour ses décisions dans les domaines de l'approvisionnement en électricité et de production d'énergie, l'EiCom prélève des émoluments (art. 21, al. 5, de la loi du 23 mars 2007 sur l'approvisionnement en électricité [LApEl ; RS 734.7], art. 24, al. 1, LEnE, art. 13a, de l'ordonnance du 22 novembre 2006 sur les émoluments et les taxes de surveillance dans le domaine de l'énergie [Oémol-En ; RS 730.05]). Ces émoluments sont calculés en fonction du temps consacré au dossier et varient suivant la classe de fonction du personnel exécutant de 75 francs à 250 francs l'heure (art. 3, Oémol-En).
- 60 Pour la présente décision, l'émolument perçu s'élève à [...] francs, représentant [...] heures de travail facturée au tarif de 250 francs/heure, [...] heures de travail facturées au tarif de 200 francs/heure et [...] heures au tarif de 180 francs/heure.
- 61 Celui qui provoque une décision est tenu de payer l'émolument (art. 1, al. 3, Oémol-En en lien avec l'art. 2, al. 1, de l'ordonnance générale sur les émoluments du 8 septembre 2004 [OGEmol ; RS 172.041.1]).

62 Or, en l'espèce, la requérante qui succombe en tous points a provoqué cette décision par ses conclusions non-fondées. Par conséquent, l'émolument de la présente procédure est mis intégralement à sa charge

9 Dépens

63 Tant la requérante que la participante à la procédure concluent à l'octroi de dépens dans leur mémoire respectif du 27 avril 2015 (act. 1 ; ch. marg. 10) et du 26 juin 2015 (act. 4 ; ch. marg. 13). Toutefois, ni la législation sur l'approvisionnement en électricité, ni la PA ne prévoient l'allocation de dépens dans le cadre d'une procédure de première instance. En outre, il n'y a pas de place pour une application par analogie de l'article 64, PA, lequel concerne la procédure de recours, à la procédure de première instance. En effet, il ne s'agit pas d'une lacune proprement dite. Au contraire, le législateur connaissait cette particularité et il l'a voulue (ATF 132 II 47, consid. 5.2, pp. 62 s. et références citées). En conséquence, il n'y a pas lieu d'allouer de dépens en l'espèce (voir notamment : EICOM, décision du 19 mai 2015, 221-00135, consid. 6, ch. marg. 45, p. 10 et références citées).

III Dispositif

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

1. L'ECom n'entre pas en matière sur la conclusion subéventuelle par laquelle Gasa S.A. requiert l'intervention du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC) concernant une adaptation de la rétribution, sur la base de l'article 3e, OEn, notamment en la maintenant au minimum au système de financement des frais supplémentaires (FFS). Elle transmet le dossier au DETEC pour compétence.
2. L'ECom rejette la requête de rétribution à prix coûtant de Gasa S.A.
3. Gasa S.A. n'est pas autorisée à réintégrer le système FFS.
4. L'émolument pour la présente procédure s'élève à [...] francs. Il est mis à la charge de Gasa S.A. La facture sera envoyée après l'entrée en force de la présente décision.
5. Il n'est pas alloué de dépens.
6. La présente décision est notifiée aux parties par lettre recommandée.

Berne, le 17 septembre 2015

Commission fédérale de l'électricité ECom

Carlo Schmid-Sutter
Président

Renato Tami
Directeur

Envoi :

à notifier par lettre recommandée à :

- Gasa S.A., Ch. du Pélaz-Beau 1, 1806 St-Légiez – La Chiésaz ;
représentée par M^e Guillaume Grand, Etude du Ritz, Avenue Ritz 33, case postale 2135,
1950 Sion 2 Nord ;
- Swissgrid SA, CS-RD, Dammstrasse 3, case postale 22, 5070 Frick.

copie pour information avec transmission du dossier pour compétence (par lettre recommandée) :

- Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC), 3003 Berne.

copie pour information (en courrier A-Prioritaire) :

- 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. 23, LApEI, 22a et 50, PA).

Le recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire. La décision attaquée et les pièces invoquées comme moyens de preuve, lorsqu'elles se trouvent en mains du recourant, sont à joindre au recours (art. 52, al. 1, PA).