



Nos références : 221-00342

Berne, le 14 septembre 2017

DECISION

de la Commission fédérale de l'électricité (ElCom)

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

en l'affaire : **Romande Energie SA**, Rue de Lausanne 53, 1110 Morges
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 **Swissgrid SA**, Werkstrasse 12, 5080 Laufenbourg
(l'autorité inférieure)

concernant la requête en changement d'emplacement du projet RPC 1, sis à A, vers l'em-
placement du projet RPC 2, sis à B (installations de biomasse)

Table des matières

I	Exposé des faits	3
II	Considérants	7
1	Compétence	7
2	Parties et droit d'être entendu	7
2.1	Parties.....	7
2.2	Droit d'être entendu	7
2.3	Requête en moyen de preuve	8
3	Changement d'emplacement et révocation.....	9
3.1	Bases réglementaires.....	9
3.2	Deux projets distincts	10
3.3	Synthèse.....	12
4	Egalité de traitement et changement de pratique	12
5	Arbitraire	14
6	Emoluments.....	15
7	Dépens	15
III	Dispositif	16
IV	Indication des voies de recours	18

I Exposé des faits

A.

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

B.

2 Il ressort d'un retraitage sans en-tête ni signature d'un courrier du 28 octobre 2016 (pièce 1, annexe 4), que la recourante a déposé auprès de l'autorité inférieure une requête en changement d'emplacement du projet RPC 1, sis à A (emplacement initial), vers l'emplacement du projet RPC 2, sis à B (nouvel emplacement), afin que celui-ci bénéficie de la décision positive octroyée à celui-là. La distance entre les deux emplacements est d'environ 63 km (pièce 1, ch. marg. 11 et pièce 11bis, annexe II-6). Cette requête tend en fait à ce que soit reconnue une variation considérable de l'emplacement pour des circonstances qui ne sont pas imputables à la requérante au sens de l'article 3^h^{bis}, alinéa 1, lettre d et alinéa 2, 1^{ère} phrase de l'ordonnance du 7 décembre 1998 sur l'énergie (OEne ; RS 730.01).

3 Par courrier recommandé du 25 novembre 2016 intitulé « *Bescheid* » (pièce 1, annexe 1, ci-après : la décision querellée), l'autorité inférieure n'a pas reconnu cette variation considérable de l'emplacement au motif que, s'il existe certes des circonstances qui ne sont pas imputables à la requérante malgré une planification professionnelle, la distance entre les deux projets serait trop grande.

C.

4 Par mémoire de recours du 21 décembre 2016 (pièce 1), la recourante a saisi la Commission fédérale de l'électricité (EiCom) pour qu'elle évalue ce courrier. Elle conclut à ce qui suit :

« Fondée sur ce qui précède, la requérante Romande Energie 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 25 novembre 2016 est annulée.
- III. La demande de transfert de la décision positive RPC 1 vers le projet RPC 2 est admise. »

5 Conformément à sa pratique lors de litiges portant sur la RPC, le Secrétariat technique de l'EiCom (ST EiCom) a notifié à la recourante à l'autorité inférieure son évaluation de la situation juridique du cas d'espèce par courrier du 2 mars 2017 (pièce 3). Il estime qu'il y a lieu de refuser le transfert de la décision positive relative au projet RPC 1, sis à A, vers l'emplacement du projet RPC 2, sis à B, les raisons de ce transfert étant imputables à la requérante.

D.

- 7 Par courrier recommandé du 7 mars 2017 (pièce 4), M^e Jean-Marc Reymond, avocat à Lausanne, agissant au nom et pour le compte de la recourante, a requis la notification d'une décision formelle avec indication des voies de recours.
- 8 Le ST EICom a donc formellement ouvert la procédure au sens de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021) par courrier recommandé du 21 mars 2017 adressé tant à l'autorité inférieure qu'à la recourante (pièce 5). Il leur a simultanément transmis copie du dossier et a fixé un délai à l'autorité inférieure pour prendre position.

E.

- 9 Par prise de position du 19 avril 2017 (pièce 7), l'autorité inférieure a conclu à ce qui suit :
- « Das Begehren vom 21. Dezember 2016 sei vollumfänglich abzuweisen.
Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. »*
- 10 Cette prise de position a été transmise à la recourante pour information par courrier recommandé du 21 avril 2017 (pièce 8).

F.

- 11 Par courrier recommandé du 2 mai 2017 (pièce 9), la recourante a conclu en ces termes à la production d'un certain nombre de moyens de preuve :
- « Au vu de ce qui précède, Romande Energie SA a l'honneur de requérir qu'il plaise à la Commission fédérale de l'électricité ordonner :*
- I. la production par Swissgrid SA de tous les documents dont elle est en possession concernant les projets RPC 1 et RPC 2.
 - II. la production par Swissgrid SA de toutes les décisions rendues admettant ou refusant le transfert d'une décision octroyant la rétribution à prix coûtant sur un autre projet entre le 1^{er} juillet 2015 et le 30 avril 2017 »
- 12 Par courrier recommandé du 10 mai 2017 (pièce 10), le ST EICom a transmis à l'autorité inférieure la requête en moyen de preuve de la recourante (pièce 9). Il a fixé un délai tant à l'autorité inférieure qu'à la recourante pour produire un certain nombre de pièces. Ainsi, il a demandé à l'autorité inférieure de lui faire parvenir tous les documents dont elle est en possession concernant les projets RPC 1 et 2. D'autre part, il a demandé à la recourante de produire les caractéristiques et spécifications techniques des installations concernées ainsi que les plans y relatifs, tant en ce qui concerne le projet prévu à l'emplacement initial de A tel qu'annoncé (projet RPC 1) (1), qu'en ce qui concerne le projet prévu au nouvel emplacement de B tel qu'annoncé (projet RPC 2) (2), et tel que prévu actuellement (3).

13 Par courrier du 16 mai 2017 (pièce 11), la recourante conteste le fait que l'autorité de céans n'a pas donné suite à l'une de ses conclusions en production d'un moyen de preuve. Elle l'a réitérée en ces termes :

« Dès lors, notre cliente a l'honneur de :

- I. Réitérer sa réquisition tendant à ce que la production par Swissgrid SA de toutes les décisions rendues admettant ou refusant le transfert d'une décision octroyant la rétribution à prix coûtant sur un autre projet entre le 1^{er} juillet 2015 et le 30 avril 2017 soit ordonnée.
- II. En cas de refus de la réquisition de preuve sous point I, requérir que ce refus soit motivé. »

14 Par courrier recommandé daté du 17 mai 2017 mais reçu le 23 mai 2017 (pièce 11bis), l'autorité inférieure a produit ses propres dossiers concernant les projets RPC 2 et 1. Ceux-ci ont été transmis à la recourante par courrier recommandé du 24 mai 2017 (pièce 14).

15 Par courrier recommandé du 19 mai 2017 (pièce 12), la recourante a déposé les caractéristiques et spécifications techniques des installations concernées ainsi que les plans y relatifs pour les projets de A et de B. Les documents produits par la recourante dans ce cadre ont été transmis à l'autorité inférieure par courrier recommandé du 22 mai 2017 (pièce 13).

G.

16 Par courrier du 13 juillet 2017 (pièce 16), le ST EICOM a posé à l'autorité inférieure un certain nombre de questions complémentaires en lien avec sa pratique en matière de transfert de décision octroyant la RPC vers un autre projet.

17 Par courrier recommandé du 16 août 2017 (pièce 19), l'autorité inférieure a répondu à ces questions et produit un bordereau de six annexes. Ce courrier a été transmis à la recourante par courrier recommandé du 17 août 2017 (pièce 20).

H.

18 Par courrier du 21 juillet 2017 (pièce 17), l'autorité inférieure s'est prévaluée de l'arrêt du Tribunal fédéral du 21 juin 2017 en la cause 1C_532/2016 opposant l'Association Paysage Libre Suisse – Freie Landschaft Schweiz à l'autorité inférieure dans un litige relevant du droit d'accès aux documents officiels (ci-après : arrêt Paysage Libre Suisse) pour porter à la connaissance de l'autorité de céans et de la recourante qu'elle dispose du pouvoir décisionnel dans le cadre de la promotion des énergies renouvelables. Se prévalant de l'article 66, alinéa 4 de la loi du 17 juin 2005 (LTF ; RS 173.110), elle estime ne pas être redevable de frais judiciaires. Fort de ce constat, elle prend la conclusion complémentaire suivante :

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

19 Cette conclusion complémentaire a été transmise à la recourante pour information par courrier recommandé du 8 août dernier (pièce 18).

I.

- 20 Par courrier du 4 septembre 2017 (pièce 21), la recourante a déposé sa prise de position relative aux déterminations de l'autorité intimée du 16 août 2017 (pièce 19 ; ch. marg. 17). A cette occasion, elle se réfère à sa requête en moyen de preuve et dépose la conclusion suivante :
- « Nous avons dès lors l'honneur de requérir qu'il vous plaise sommer Swissgrid SA à l'ordre que vous lui avez donné le 13 juillet 2017 de produire dix courriers par année par lesquels elle a accepté ou rejeté des requêtes de transfert de décisions RPC dès le mois de juillet 2015. »
- 21 Cette conclusion complémentaire a été transmise à l'autorité inférieure pour information par courrier recommandé du 5 septembre dernier (pièce 22).
- 22 Il sera revenu ci-après, en tant que besoin, sur les autres éléments du dossier.

II Considérants

1 Compétence

- 23 Conformément à l'article 25, alinéa 1bis de la loi du 26 juin 1998 sur l'énergie (LEne ; RS 730.0), la Commission de l'électricité statue sur les litiges relatifs aux conditions de raccordement pour les installations de production d'énergie et aux suppléments sur les coûts de transport (art. 7, 7a et 15b LEne ; EICom, décision du 7 juillet 2016, 221-00127, consid. 1, ch. marg. 15 ss, p. 5).
- 24 En l'espèce, il y a lieu de déterminer si la requête en changement d'emplacement du projet RPC 1, sis à A, vers l'emplacement du projet RPC 2, sis à B, peut être reconnue à titre de variation considérable de l'emplacement au sens de l'article 3h^{bis}, alinéa 1, lettre d et alinéa 2, 1^{ère} phrase OEn. C'est pourquoi il s'agit d'un litige relatif aux conditions de raccordement pour les installations de production d'énergie au sens de l'article 25, alinéa 1bis LEne.
- 25 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.
- 26 La compétence de l'EICom est ainsi donnée. Elle se fonde sur l'article 25, alinéa 1bis LEne.
- 27 Le Tribunal fédéral a jugé que l'autorité inférieure rendait des décisions dans le cadre de la RPC (arrêt Paysage Libre Suisse, consid. 2.3 ; cf. ch. marg. 18), si bien que la présente procédure doit être qualifiée de procédure de recours et qu'elle doit être menée conformément au chapitre III de la PA, à savoir les articles 44 ss PA.

2 Parties et droit d'être entendu

2.1 Parties

- 28 A qualité pour recourir au sens de l'article 48, alinéa 1 PA, quiconque : a. a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure ou a été privé de la possibilité de le faire ; b. est spécialement atteint par la décision attaquée, et c. a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification.
- 29 La recourante, déboutée par la décision querellée, laquelle rejette la requête en changement d'emplacement du projet RPC 1, sis à A, vers l'emplacement du projet RPC 2, sis à B, afin que celui-ci bénéficie de la décision positive octroyée à celui-là, a qualité pour recourir (art. 48 al. 1 PA).

2.2 Droit d'être entendu

- 30 Tant la recourante que l'autorité inférieure ont bénéficié de la faculté de prendre position dans le cadre de la présente procédure. Ainsi, le mémoire de recours de la recourante du 21 décembre 2016 (pièce 1) a été soumis à l'autorité inférieure pour prise de position par courrier d'ouverture de la procédure du 21 mars 2017 (pièce 5). En outre, la prise de position de l'autorité inférieure du 19 avril 2017 (pièce 7) a été transmise à la recourante pour information par courrier du 21 avril 2017 (pièce 8). Par ailleurs, la requête en moyens de preuve de la recourante du 2 mai 2017 (pièce 9) a été transmise à l'autorité inférieure par courrier du 10 mai 2017 (pièce 10) et un délai a été fixé tant à l'autorité inférieure qu'à la recourante pour transmettre les pièces demandées

par le ST ECom. Le courrier du 16 mai 2017 par lequel la recourante conteste le fait que l'autorité de céans n'ait pas donné suite à sa requête en moyens de preuve (pièce 11) ainsi que les caractéristiques et spécifications techniques des installations de production concernées (courrier du 19 mai 2017 ; pièce 12) produites par la recourante ont été transmises à l'autorité inférieure pour information en date du 22 mai 2017 (pièce 13). Inversement, les dossiers concernant les projets RPC 2 et 1 produits par l'autorité inférieure le 17 mai 2017 (pièce 11bis) ont été transmis à la recourante pour information par courrier du 24 mai 2017 (pièce 14). Le courrier du 16 août 2017 (pièce 19) par lequel l'autorité inférieure a répondu aux questions complémentaires de l'autorité de céans du 13 juillet 2017 (pièce 16) a été transmis à la recourante par courrier du 17 août 2017 (pièce 20). De même, la conclusion complémentaire de l'autorité inférieure déposée le 21 juillet 2017 (pièce 17) et basée sur l'arrêt Paysage Libre Suisse a été transmise à la recourante par courrier du 8 août 2017 (pièce 18). La conclusion complémentaire de la recourante du 4 septembre 2017 (pièce 21) a également été transmise à l'autorité inférieure par courrier du 5 septembre 2017 (pièce 22). Tant les conclusions de la recourante que de l'autorité inférieure ainsi que leurs arguments ont été pris en compte par l'ECom dans le cadre de l'appréciation matérielle du cas d'espèce. Ainsi, le droit d'être entendu des parties est respecté (art. 29, PA).

2.3 Requête en moyen de preuve

- 31 En date du 2 mai 2017, la recourante a déposé une requête en moyen de preuve par laquelle elle demande « la production par Swissgrid SA de toutes les décisions rendues admettant ou refusant le transfert d'une décision octroyant la rétribution à prix coûtant sur un autre projet entre le 1^{er} juillet 2015 et le 30 avril 2017 » (pièce 9, conclusion n. II, cf. ch. marg. 11). Le ST ECom n'ayant pas donné suite à cette requête (pièce 10 ; cf. ch. marg. 12), la recourante a, en date du 16 mai 2017, « [réitéré] sa réquisition tendant à ce que la production par Swissgrid SA de toutes les décisions rendues admettant ou refusant le transfert d'une décision octroyant la rétribution à prix coûtant sur un autre projet entre le 1^{er} juillet 2015 et le 30 avril 2017 soit ordonnée » (pièce 11, conclusion n. I, cf. ch. marg. 13). Elle appuie sa requête sur le fait qu'elle entend ainsi démontrer que l'autorité inférieure n'a pas véritablement de nouvelle pratique en matière de transfert de décisions RPC positives et que, en tous les cas, celle-ci n'est pas constante et enfreint le principe de l'égalité de traitement (pièce 9, p. 1). A noter encore que, par courrier du 13 juillet 2017 (pièce 16), le ST ECom a posé à l'autorité inférieure un certain nombre de questions complémentaires en lien avec sa pratique en matière de transfert de décision octroyant la RPC vers un autre projet. L'autorité inférieure y a répondu par courrier recommandé du 16 août 2017 (pièce 19 ; cf. ch. marg. 16 s.). Estimant que cet envoi ne couvrait pas la demande de l'autorité de céans, la recourante a réitéré sa requête en moyen de preuve en déposant la conclusion de « sommer Swissgrid SA à l'ordre [...] donné le 13 juillet 2017 de produire dix courriers par année par lesquels elle a accepté ou rejeté des requêtes de transfert de décisions RPC dès le mois de juillet 2015 » (pièce 21 ; cf. ch. marg. 20).
- 32 A teneur de l'article 33, alinéa 1 PA, l'autorité admet les moyens de preuve offerts par la partie s'ils paraissent propres à élucider les faits. Un moyen de preuve est propre à élucider les faits lorsqu'il est apte à éclaircir les faits pertinents. Au contraire, les états de fait non pertinents et les questions de droit ne font pas l'objet de la preuve. L'autorité détermine la probable force probante du moyen de preuve en posant un pronostic (cf. WALDMANN BERNHARD / BICKEL JÜRIG, Commentaire ad art. 33, ci-après : WALDMANN / BICKEL, in : WALDMANN BERNHARD / WEISSEBERGER PHILIPPE, *Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz [VWVG]*, 2^e édition, Zurich 2016, ci-après : WALDMANN / WEISSEBERGER, ch. marg. 14 ss ad art. 33). L'autorité peut aussi renoncer à l'administration de preuves lorsque les faits pertinents sont déjà suffisamment établis. Pour évaluer si tel est le cas, l'autorité procède à une appréciation anticipée des preuves. L'on peut renoncer à ordonner des mesures probatoires complémentaires si, en raison des preuves déjà recueillies, elle a déjà fondée sa conviction et qu'elle peut admettre que le fait d'ordonner des

moyens de preuve complémentaires n'y changerait rien. Cela intervient également dans le cadre du principe de l'économie de procédure (cf. WALDMANN / BICKEL, ch. marg. 21 ss ad art. 33 ; EICom, décision du 13 novembre 2014, 233-00041, consid. 3.2, pp. 12 s.).

- 33 La production par l'autorité inférieure de toutes les décisions rendues admettant ou refusant le transfert d'une décision octroyant la rétribution à prix coûtant sur un autre projet entre le 1^{er} juillet 2015 et le 30 avril 2017 n'est pas un moyen de preuve propre à démontrer que celle-ci enfreint le principe de l'égalité de traitement. En effet, par courrier du 16 août 2017 (pièce 19, p. 2, à propos de la question 1 ; ch. marg. 17), l'autorité inférieure a expliqué avoir changé sa pratique en octobre 2016. Elle produit également un bordereau de six courriers et courriels qu'elle présente comme étant l'ensemble des réponses qu'elle a rendues en la matière après octobre 2016 (« *In der Beilage sende ich Ihnen sämtliche Antwortschreiben seit Oktober 2016, welche einen Transfer im Rahmen einer Standortänderung betreffen.* » ; pièce 19, p. 2, à propos de la question 1 ; ch. marg. 17). Il devient par conséquent inutile d'exiger la production des décisions antérieures à cette date. Force est donc de constater que, en raison des preuves déjà recueillies, les faits pertinents sont déjà suffisamment établis. Il est ainsi inutile d'ordonner le moyen de preuve requis.
- 34 Ainsi, la requête en moyen de preuve est rejetée.

3 Changement d'emplacement et révocation

3.1 Bases réglementaires

- 35 A teneur de l'article 3^h^{bis}, alinéa 1, lettre d OEne, la décision perd son caractère obligatoire lorsque l'emplacement de l'installation varie considérablement par rapport aux données fournies dans l'annonce. Pour les installations de *biomasse*, sont considérés comme « notables » les écarts supérieurs à 1000 mètres (Directive relative à la rétribution à prix coûtant du courant injecté [RPC] – Art. 7a LEne – Biomasse [appendice 1.5 OEne], version 1.7 du 1^{er} janvier 2016, téléchargeable sur : www.ofen.admin.ch > Thèmes > Approvisionnement en électricité > Electricité issue de sources d'énergie renouvelables > Rétribution à prix coûtant du courant injecté > Documents utiles > Directives, consulté le 28 juin 2017, ch. 6.9.3, p. 20). Pour les installations *photovoltaïques*, une variation de l'emplacement est en règle générale dite « considérable » lorsque le terrain sur lequel l'installation est érigée ne correspond pas à celui qui avait été annoncé (Directive relative à la rétribution à prix coûtant du courant injecté (RPC) – Art. 7a LEne – Photovoltaïque [PV] [appendice 1.2 OEne], version 1.6 du 1^{er} janvier 2017, téléchargeable au même endroit, consulté le 28 juin 2017, ch. 6, ch. 5.3, let. c, 2^e par., p. 6).
- 36 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 28 juin 2017) que des modifications de l'emplacement entre l'annonce et la mise en service (art. 3^h^{bis} OEne) 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).

37 Le rapport du 12 juillet 2011 sur les résultats de la consultation (ci-après : rapport de consultation, 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 28 juin 2017), le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication [DETEC] précise au ch. 3.1.13, p. 18 :

« Pour prévenir un « commerce des emplacements », on salue fondamentalement qu'il ne soit possible de modifier ni les emplacements ni le type d'installation entre l'inscription et la mise en exploitation.

Cependant, divers participants à la consultation notent que le transfert de l'emplacement central visé à l'al. 1, par exemple pour les PCH, est susceptible d'apporter des optimisations extrêmement judicieuses. Il convient d'en tenir adéquatement compte (EWEM, EnBAG, VBE-AEG).

Trois autres prises de position saluent que l'on traite les modifications avec tolérance, qui devrait inclure la taille des installations (PS, IWB, EBM). »

38 Les questions de commerce des emplacements et d'optimisation des projets ont ainsi été abordées dans le cadre de la consultation portant sur la révision de l'OEne (rapport de consultation, ch. 3.1.13, p. 18). Avec la réglementation selon laquelle la décision perd son caractère obligatoire en cas de changement d'emplacement, l'on coupe court à un tel commerce des emplacements.

3.2 Deux projets distincts

39 L'autorité de céans doit déterminer si, dans le cas d'espèce, le projet RPC 1, sis à A (emplacement initial), et le projet RPC 2, sis à B (nouvel emplacement) peuvent être qualifiés d'une seule et même installation (« emplacement de *l'installation* », art. 3^h^{bis}, al. 1, let. d, OEne) ou si, au contraire, il s'agit de deux installations distinctes. En effet, cette qualification est centrale pour l'issue de la cause dans la mesure où une réponse négative à cette question suffit à elle seule au rejet de la requête.

40 Le faisceau d'indices concordants démontre que le projet d'installation nouvelle devant être implanté à l'emplacement initial se distingue de celui devant trouver place au nouvel emplacement :

41 *Premièrement*, force est de constater que la recourante a annoncé auprès de l'autorité inférieure deux projets distincts en vue de l'octroi de la RPC. Ces deux projets – dont l'un est sis à l'emplacement initial et l'autre au nouvel emplacement – ont été annoncé séparément, c'est pourquoi ils bénéficient chacun d'un numéro RPC différent.

42 *Deuxièmement*, le développement de ces projets a été mené de manière indépendante l'un de l'autre. Rien au dossier ne laisse en effet à penser que les différentes phases des deux projets auraient été coordonnées d'une quelconque manière. En effet, alors que le projet RPC 1 a été annoncé le 13 décembre 2010 (pièce 11bis, annexe II-1), le projet RPC 2 a été annoncé le 15 mars 2016 (pièce 11bis, annexe I-1). Cette seconde date est antérieure de plus de cinq mois à la notification d'abandon du projet par les sociétés de fromagerie partenaires qui est intervenue le 20 août 2016 (pièce 1, annexe 6). Le dépôt d'une annonce RPC suppose un travail de préparation assez important. Cela implique que la recourante travaillait sur le projet RPC 2 déjà quelques mois avant le dépôt de l'annonce. Ainsi, l'on doit admettre que le second projet a été entrepris avant même de savoir que le premier serait abandonné. Les projets ont ainsi été développés indépendamment l'un de l'autre, si bien que l'on ne peut pas retenir que le projet sis au nouvel emplacement serait le même que celui qui devait trouver place à l'emplacement initial et qu'il n'aurait en fait qu'été déplacé.

- 43 *Troisièmement*, il ne ressort pas non plus de la documentation produite que la recourante avait d'emblée l'intention de ne réaliser que l'un des deux projets, subordonnant la réalisation de l'une des installations au profit de l'autre en fonction de l'avancée de chacun des projets. Bien au contraire, si l'installation projetée à l'emplacement initial avait pu être réalisée, la recourante l'aurait vraisemblablement réalisée ainsi que celle projetée au nouvel emplacement (cf. ch. marg. 46).
- 44 *Quatrièmement*, les deux installations concernées présentent des caractéristiques techniques très différentes l'une de l'autre. L'on ne peut dès lors pas considérer que celle planifiée sur le nouvel emplacement soit en fait la même que celle planifiée sur l'emplacement initial et qu'elle a subi un changement d'emplacement. D'abord, alors que l'installation planifiée à l'emplacement initial a, selon l'annonce (pièce 11bis, annexe II-1, p. 13), une production annuelle brute d'électricité projetée de [...] GWh, l'autre présente, toujours selon l'annonce (pièce 11bis, annexe I-1, p. 4), une production annuelle brute d'électricité projetée de [...] GWh, soit [...] fois plus. Ensuite, alors que l'installation planifiée à l'emplacement initial correspond à un concept d'exploitation plus classique, l'autre se veut plus novatrice à ce sujet. En effet, pour l'installation planifiée à l'emplacement initial, les trois phases qui sont la réception et le prétraitement de la biomasse (1), la digestion (2) et la cogénération (3) interviennent toutes directement sur le même site (pièce 12, annexe 17, sp. p. 1 et pièce 12, annexe 18). Par contre, en ce qui concerne l'installation planifiée au nouvel emplacement, un réseau local de plusieurs digesteurs est mis en place. Les phases de réception et de prétraitement de la biomasse (1) et de digestion (2) se déroulent sur chaque site décentralisé appelé « *cluster* ». Le biogaz brut produit dans chacun de ces *clusters* est ensuite acheminé par un réseau gazier sur le site de B où la phase de cogénération (3) a lieu de façon centralisée (pièce 12, annexe 19). En d'autres termes, le projet sis au nouvel emplacement est d'une plus grande ampleur et régional avec des digesteurs décentralisés et un réseau gazier alors que l'autre est plus modeste et local avec l'ensemble des phases concentrées sur le même site. Avec une production annuelle brute projetée [...] fois supérieure et deux concepts de fonctionnement très différents, l'on ne peut pas retenir que le projet sis au nouvel emplacement serait le même que celui qui devait trouver place à l'emplacement initial et qu'il n'aurait en fait qu'été déplacé.
- 45 *Cinquièmement*, la distance de 63 km (ch. marg. 2 ; pièce 1, ch. marg. 11) entre l'emplacement initial et le nouvel emplacement plaide également en faveur de l'existence de deux projets distincts.
- 46 *Et enfin*, l'on ne saurait parler d'optimisation de projet (cf. ch. marg. 38) lorsque cela ne se limite pas au changement d'emplacement d'un projet existant vers un nouvel emplacement, mais conduit à la renonciation pure et simple d'un projet. Optimiser un projet consiste en effet à lui donner les meilleures conditions de fonctionnement ou de rendement, en d'autre terme l'exploiter au mieux (cf. Petit Robert, édition 2009). Or, dans le cas d'espèce, la recourante ne déplace pas un projet d'installation vers un autre site pour en augmenter le rendement ou l'exploiter au mieux, mais elle a renoncé à réaliser une installation et espère pouvoir faire bénéficier le projet sis au nouvel emplacement de la place avantageuse en liste d'attente dont bénéficiait le projet initial. Par ailleurs, si les deux installations avaient pu être réalisées, il est vraisemblable que la recourante les aurait réalisées toutes deux. Ainsi, au vu de ce qui précède et en raison du fait que la réalisation de l'un des projets n'était pas subordonnée à la non-réalisation de l'autre (cf. ch. marg. 43), l'on ne peut que constater que nous ne nous trouvons pas dans la configuration d'un cas d'optimisation de projet.
- 47 Il y a dès lors lieu de considérer que le second projet se distingue du premier.

- 48 Dans le cas d'espèce, il ne s'agit certes pas de commerce des emplacements au sens strict car les deux projets concernés sont des projets où la recourante est partenaire. L'on ne peut en effet commercer qu'avec un tiers et non avec soi-même. La législation fédérale sur l'énergie ne contient toutefois pas de disposition qui établisse un droit de céder ou de transférer des décisions RPC positives à d'autres projets. Au contraire, le législateur a souhaité lutter contre le commerce des emplacements. Du moment que nous nous trouvons en présence de deux installations distinctes, il ne s'agit pas d'un cas d'application de l'article 3h^{bis}, alinéa 2, OEne. L'autorité inférieure n'avait dès lors pas la faculté de reconnaître une variation considérable de l'emplacement, même en-dehors d'un cas de commerce des emplacements au sens strict.
- 49 De plus, conformément à l'article 3g, alinéa 1, 1^{ère} phrase OEne, quiconque veut construire une nouvelle installation doit annoncer son projet à la société nationale du réseau de transport. L'article 3g^{bis}, alinéa 2 OEne précise que, s'agissant des projets non pris en compte, la société nationale du réseau de transport tient une liste d'attente pour les installations photovoltaïques et une liste d'attente pour les autres techniques de production ; les projets sont inscrits sur la liste d'attente correspondante suivant leur date d'annonce. Admettre une variation de l'emplacement ne se fera dès lors qu'exceptionnellement et en présence d'un seul et unique projet d'installation et selon une interprétation restrictive de la législation applicable afin de ne pas désavantager d'autres installations nouvelles pouvant bénéficier de la RPC la précédant dans la liste d'attente.

3.3 Synthèse

- 50 Le projet RPC 1, sis à A (emplacement initial) se distingue du projet RPC 2, sis à B (nouvel emplacement). Ainsi, comme le second projet se distingue du premier pour les divers motifs exposés ci-dessus, ils ne peuvent être qualifiés d'une seule et même installation.
- 51 Dès lors que nous sommes en présence de deux projets distincts, il ne s'agit pas là d'une configuration dans laquelle un seul et unique projet a changé d'emplacement. Il ne s'agit donc pas d'un cas d'application de l'article 3h^{bis}, alinéa 2 OEne. L'autorité inférieure n'avait dès lors pas la faculté de reconnaître une variation considérable de l'emplacement.

4 Egalité de traitement et changement de pratique

- 52 La recourante se prévaut en substance du fait que la l'autorité inférieure aurait autorisé un certain nombre de transferts par le passé et demande à pouvoir bénéficier du même traitement sur la base du principe de l'égalité de traitement.
- 53 A teneur de l'article 8, alinéa 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101), tous les êtres humains sont égaux devant la loi. Le principe de l'égalité devant la loi s'adresse aux organes d'application du droit, administration et tribunaux. Il signifie que la loi doit être appliquée de façon égale, dans des situations d'espèce, par l'autorité qui est chargée de cette application (AUER ANDREAS / MALINVERNI GIORGIO / HOTTELIER MICHEL, *Droit constitutionnel suisse – Volume II – Les droits fondamentaux*, 2^e édition, Berne 2006, ch. marg. 1058, p. 498). 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 régler 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).

- 54 Par courrier du 16 août 2017 (pièce 19, p. 2, à propos de la question 1 ; ch. marg. 17), l'autorité inférieure a communiqué à l'autorité de céans avoir procédé, en octobre 2016, à un changement de pratique en matière de variation considérable de l'emplacement dans la configuration particulière du transfert de décision positive RPC lorsqu'une installation de production est déjà annoncée à la RPC sur le nouvel emplacement. Il y a dès lors d'analyser si les conditions du changement de pratique sont remplies.
- 55 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 JACQUES / ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, *Droit administratif général*, Bâle 2014, ch. marg. 686, pp. 240 s.).
- 56 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).
- 57 Dans le cas d'espèce, les changements opérés par l'autorité inférieure en matière de variation considérable de l'emplacement dans la configuration particulière du transfert de décision positive RPC remplissent bel et bien les conditions du changement de pratique.
- 58 *Premièrement*, le revirement opéré par l'autorité inférieure est justifié par des motifs sérieux et pertinents dans la mesure où celui-ci permet de corriger une application erronée du droit. En effet, comme nous nous trouvons en présence de deux projets distincts, il ne s'agit pas d'un cas de variation considérable de l'emplacement (cf. consid. 3.2). Dans la mesure où, par le passé et en contrariété à la loi, de tels transferts ont été autorisés à titre de variation considérable de l'emplacement, il s'agit de corriger cette situation.
- 59 *Deuxièmement*, le revirement opéré par l'autorité inférieure présente un caractère durable et général. En effet, l'autorité inférieure a déclaré que le revirement de pratique a été effectif depuis octobre 2016 et qu'elle agit en conséquence depuis cette date (pièce 19, p. 2, à propos de la question 2 ; ch. marg. 17). Elle a produit six annexes à l'appui de ses dires qui illustrent ses propos (pièce 19, bordereau d'annexes ; ch. marg. 17). Au contraire, la recourante n'a pas démontré

que le revirement n'aurait pas été entrepris dans tous les cas similaires. D'ailleurs, les exemples qu'elle cite – sans toutefois produire les décisions mentionnées – se réfèrent tous à des cas où la demande de transfert est antérieure à octobre 2016, date de la mise en œuvre du changement de pratique (pièce 1, ch. marg. 61, p. 10 ; ch. marg. 4). Sa conclusion réitérée de « sommer Swissgrid SA à l'ordre [...] donné le 13 juillet 2017 de produire dix courriers par année par lesquels elle a accepté ou rejeté des requêtes de transfert de décisions RPC dès le mois de juillet 2015 » (pièce 21 ; cf. ch. marg. 20) n'est pas de nature à démontrer le contraire (cf. consid. 2.3).

60 *Troisièmement*, le revirement opéré par l'autorité inférieure 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, ce changement permet de mieux protéger la liste d'attente RPC voulue par le législateur et codifiée à l'article 3g^{bis} OEnE (cf. ch. marg. 49). D'ailleurs, aucun droit acquis n'a été octroyés aux porteurs de projet qu'il serait assuré de pouvoir réaliser leurs installations de production ailleurs ou – ce qui est le cas en l'espèce – qu'il pourrait réutiliser une décision positive devenue obsolète pour une autre installation de production figurant en moins bonne place en liste d'attente. Au contraire, le législateur a souhaité explicitement lutter contre le commerce des emplacements.

61 *Quatrièmement*, l'on ne voit pas en quoi le revirement opéré par l'autorité inférieure contreviendrait au principe de la bonne foi. La recourante ne le démontre pas non plus.

62 *Enfin*, le droit n'ayant pas été appliqué de façon correcte jusqu'alors – c'est-à-dire de manière conforme à la volonté du législateur – la pratique doit être changée.

63 Il découle de ce qui précède que les conditions du changement de pratique sont remplies en l'espèce, si bien que l'autorité inférieure était légitimée à procéder au changement de pratique qu'elle a opéré en octobre 2016.

64 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 lié par les décisions de l'autorité inférieure (ATF 90 I 8 consid. 2, 162 consid. 2 ; ATF 91 I 171 / 172 ; ATF 102 la 81, consid. 3, p. 87 ; MOOR PIERRE / FLÜCKIGER ALEXANDRE / MARTENET VINCENT, *Droit administratif – Volume I – Les fondements*, 3^e édition, Berne 2012, ch. 6.2.1.3, p. 849 et références citées).

65 Ainsi, en raison du fait que les conditions d'un changement de pratique sont remplies (ch. marg. 54 ss) et que l'autorité de céans, en sa qualité d'autorité de recours, ne serait pas lié par les décisions de l'autorité inférieure (ch. marg. 64), 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, l'autorité inférieure était légitimée à opérer le revirement de pratique entrepris en matière de variation considérable de l'emplacement dans la configuration particulière du transfert de décision positive RPC.

5 Arbitraire

66 La recourante se prévaut de l'interdiction de l'arbitraire au sens de l'article 9 Cst. au motif qu'une décision est notamment qualifiée d'arbitraire lorsqu'elle est affectée d'une contradiction inhérente et insoluble.

67 Elle base son argumentation sur le fait que l'autorité inférieure a reconnu que la variation considérable découlait de circonstances qui ne sont pas imputables à la requérante, mais que, en raison de la distance entre l'emplacement initial et le nouvel emplacement, l'on ne

pouvait plus admettre qu'il s'agissait du même projet. Cette pratique ne respecterait pas l'interprétation que l'autorité inférieure donne elle-même à l'article 3h^{bis}, alinéa 1, lettre d et alinéa 2 OEn. Dans ce cas en effet, la contradiction relèverait de la reconnaissance du caractère considérable de la variation de l'emplacement, lequel implique précisément l'application de l'article 3h^{bis}, alinéa 1, lettre d et alinéa 2 OEn, et la non-reconnaissance de l'identité du projet en raison même de la trop grande distance entre l'emplacement initial et le nouvel emplacement, soit précisément ce que l'on peut communément qualifier de « variation considérable de l'emplacement », condition d'application de ces dispositions réglementaires.

- 68 Le raisonnement de la recourante ne saurait toutefois être suivi dans le cas d'espèce. En effet, pour les raisons présentées ci-dessus (consid. 3), l'autorité de céans a retenu que les projets planifiés au nouvel et à l'ancien emplacement doivent être considérée comme étant deux installations distinctes, ce qui implique qu'il ne s'agit donc pas d'un cas d'application de l'article 3h^{bis}, alinéa 2 OEn. Le mode de procéder de l'autorité inférieure n'est dès lors pas arbitraire.

6 Emoluments

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

7 Dépens

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

(dispositif à la page suivante)

III Dispositif

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

1. La requête en moyen de preuve tendant à la production par Swissgrid SA de toutes les décisions rendues admettant ou refusant le transfert d'une décision octroyant la rétribution à prix coûtant sur un autre projet entre le 1^{er} juillet 2015 et le 30 avril 2017 est rejetée.
2. La décision du 25 novembre 2016 par laquelle Swissgrid SA rejette la requête en changement d'emplacement du projet RPC 1, sis à A, vers l'emplacement du projet RPC 2, sis à B, afin que celui-ci bénéficie de la décision positive octroyée à celui-là est confirmée. La recourante conserve la faculté de réaliser les installations faisant l'objet du projet RPC 1 et du projet RPC 2 telles qu'annoncées et selon les délais fixés pour chacune d'elle ou de déposer de nouvelles annonces.
3. L'émolument pour la présente procédure s'élève à [...] francs. Il est mis à la charge de Romande Energie SA. La facture sera envoyée après l'entrée en force de la présente décision.
4. L'EiCom n'alloue de dépens ni à Swissgrid SA, ni à Romande Energie SA.
5. La présente décision est notifiée à Romande Energie SA et à Swissgrid SA par lettre recommandée.

Berne, le 14 septembre 2017

Commission fédérale de l'électricité EiCom

Brigitta Kratz
Vice-présidente

Renato Tami
Directeur

Envoi :

A notifier par lettre recommandée à :

- Romande Energie SA, Rue de Lausanne 53, 1110 Morges,
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 ;
- Swissgrid SA, Werkstrasse 12, 5080 Laufenbourg.

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

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

IV Indication des voies de recours

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

- a) du 7^e jour avant Pâques au 7^e jour après Pâques inclusivement ;
- b) du 15 juillet au 15 août inclusivement ;
- c) du 18 décembre au 2 janvier inclusivement (art. 47, al. 1, let. c PA en lien avec l'art. 23 LApEI ainsi que les art. 22a et 50 PA).

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