



Arrêt du 21 mai 2015

Composition

Jérôme Candrian (président du collège),
Marianne Ryter, Jürg Steiger, juges,
Déborah D'Aveni, greffière.

Parties

Bleue-Verte SA,
Choindez, 2830 Courrendlin,
représentée par Maître Vincent Willemin, avocat,
Place de la Gare 18, Case postale 169, 2800 Delémont,
recourante,

contre

Swissgrid SA,
Werkstrasse 12, 5080 Laufenburg,
intimée,

Commission fédérale de l'électricité ElCom,
3003 Bern,
autorité inférieure.

Objet

Rétribution à prix coûtant du courant injecté (RPC).

Faits :

A.

Bleue-Verte SA est une société anonyme de droit privé, inscrite au registre du commerce du canton du Jura, dont le but est la planification, l'assainissement, la construction et l'exploitation d'installations de force hydraulique, la production écologique d'énergie électrique, ainsi que sa vente. Elle exploite l'aménagement hydraulique de Choindez, repris de von Roll en 2002, sans qu'ait eu lieu une interruption de production.

B.

En date du 31 mai 2012, Turbinor SA, agissant en qualité de mandataire de Bleue-Verte SA, a déposé une annonce à la rétribution à prix coûtant du courant injecté (ci-après: RPC) pour une petite centrale hydraulique, portant sur le projet "PHC Choindez" (Projet-RPC: 00085851), auprès de Swissgrid SA. Il y est en particulier exposé que Bleue-Verte SA a effectué des transformations importantes à partir du 1^{er} janvier 2006 dans le but d'augmenter la production d'électricité de son installation de plus de 20%. Pour chacun des travaux de rénovation ou d'agrandissement, le potentiel d'augmentation de la production annuelle a été quantifié à l'aide d'un calcul représentatif pour les années 2004 et 2005 (simulation théorique de la production). Selon cette évaluation, figurant dans des tabelles annexées à l'annonce à la RPC, la somme des mesures appliquées entre le 1^{er} janvier 2006 et le 28 janvier 2012 contribue à une augmentation nette de la production de 23,8% si l'on se réfère à l'année 2004, et de 21,5% si l'on considère l'année 2005 comme année de référence. Il ressort en outre du formulaire d'inscription à la RPC que la production électrique brute annuelle projetée de l'installation est de 3'400'000 kWh/a. Au cours des cinq années d'exploitation précédant le 1^{er} janvier 2010, la production d'électricité de la centrale de Choindez s'est élevée à 3'021'028 kWh/a en 2009 ; 3'439'408 kWh/a en 2008 ; 3'865'335 kWh/a en 2007 ; 3'400'260 kWh/a en 2006 ; et à 2'884'260 kWh/a en 2005.

C.

Le 29 août 2012, Swissgrid SA a rejeté la demande de RPC formée par Bleue-Verte SA relative à la petite centrale hydraulique de Choindez. Elle a retenu que les conditions issues de l'art. 3a al. 1 et 2 de l'ordonnance du 7 décembre 1998 sur l'énergie (OEne, RS 730.01) devant être réalisées pour qu'une installation soit qualifiée de notablement agrandie ou rénovée n'étaient pas remplies. S'agissant en particulier de la condition de l'art. 3a al. 2 OEne, Swissgrid SA a comparé la moyenne des cinq dernières années d'exploitation complètes précédant le 1^{er} janvier 2010 à la

production électrique brute annuelle projetée de l'installation, soit à 3'400'000 kWh/a.

D.

D.a Par demande du 28 septembre 2012, Bleue-Verte SA a saisi la Commission fédérale de l'électricité (ElCom) en concluant au constat que son installation remplit les conditions d'allocation de la RPC au sens de l'art. 7a al. 1 de la loi du 26 juin 1998 sur l'énergie (LEne, RS 730.0) et, partant, à ce que sa demande de RPC du 31 mai 2012 soit admise.

Pour l'essentiel, Bleue-Verte SA conteste le raisonnement opéré par Swiss-grid SA – laquelle s'est fondée sur l'art. 3a al. 2 OEne pour rejeter sa demande – considérant que la disposition appliquée est en contradiction manifeste avec la loi. Elle fait également valoir que la période de comparaison fixée dans l'ordonnance, à savoir la moyenne de production des cinq années antérieures au 1^{er} janvier 2010, n'est pas conforme au sens et à l'esprit de la loi. A ce propos, Bleue-Verte SA est d'avis, d'une part, qu'en se fondant sur la production effective d'électricité des années 2005 à 2009, les agrandissements et rénovations intervenus à compter du 1^{er} janvier 2006 ne sont pas pris en compte et, d'autre part, que le recours à la production effective fait essentiellement dépendre l'admission d'une demande de RPC de la pluviométrie et des conditions climatiques. A son sens, il conviendrait plutôt d'apprécier la réalisation de la condition de l'agrandissement ou de la rénovation notable au regard du pourcentage d'augmentation de la production qu'entraîne chacun des travaux de rénovation ou d'agrandissement effectué.

D.b Par écriture ultérieure, Bleue-Verte SA a requis que lui soit appliqué le mode de calcul auquel il est fait recours dans les cas où les données comparatives requises ne sont pas disponibles.

E.

L'ElCom a rejeté la demande de Bleue-Verte SA par décision du 15 avril 2014, les conditions de l'art. 3a al. 2 OEne et du chiffre 1.2.1 de l'appendice 1.1 OEne n'étant pas réalisées.

En résumé, elle retient que la mention du 1^{er} janvier 2006 à l'art. 7a al. 1 2^{nde} phrase LEne correspond à la date de lancement du programme RPC. Le 1^{er} janvier 2010 mentionné à l'art. 3a al. 2 OEne est, pour sa part, la date de référence déterminante pour la période de comparaison, qui permet d'établir si une installation est notablement agrandie ou rénovée. S'agissant de la compétence du Conseil fédéral d'édicter l'art. 3a al. 2

OENE, l'EiCom explique que celle-ci est donnée en l'espèce, puisque la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101) n'interdit pas cette délégation et qu'elle trouve son fondement à l'art. 7a al. 2 3^{ème} phrase LENE, lequel prévoit que le Conseil fédéral règle les modalités. Aussi, l'art. 3a OENE ne fait que préciser et concrétiser la notion d'installations notablement agrandies ou renouvelées qui sont assimilées à de nouvelles installations au sens de l'art. 7a LENE. Elle écarte en outre l'argumentation de Bleue-Verte SA, selon laquelle le mode de calcul fixé serait arbitraire, en indiquant qu'en prolongeant de deux à cinq ans la période de référence, la révision de l'OENE, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2011, a eu pour conséquence d'atténuer les effets de variation de pluviométrie et des conditions climatiques. Enfin, dans la mesure où la production effective des cinq dernières années d'exploitation complètes précédant le 1^{er} janvier 2010 de l'installation de Bleue-Verte SA est connue, l'EiCom exclut l'application de la procédure d'estimation, celle-ci n'étant que subsidiaire au calcul prévu à l'art. 3a al. 2 OENE.

F.

Par mémoire du 27 mai 2014, Bleue-Verte SA (ci-après: la requérante) a interjeté recours contre la décision du 15 avril 2014 de l'EiCom (ci-après: l'autorité inférieure) devant le Tribunal administratif fédéral (ci-après aussi: le Tribunal) en concluant à son annulation et, partant, à l'admission de sa requête de RPC du 31 mai 2012, subsidiairement, au renvoi du dossier à l'autorité inférieure, éventuellement à Swissgrid SA (ci-après: l'intimée), pour compléter l'instruction dans le sens des considérants. Pour le cas où le Tribunal ne pourrait pas se fonder sur les calculs effectués par Turbinor SA (cf. Faits B.), la requérante requiert qu'une expertise soit ordonnée.

Reprenant en grande partie l'argumentation préalablement développée devant l'autorité inférieure, la requérante invoque tout d'abord la violation du principe de la hiérarchie des normes. Elle conteste la portée donnée par l'autorité inférieure à la date du 1^{er} janvier 2006. A son sens, la lettre de la loi étant claire, elle ne saurait donner lieu à une quelconque interprétation. Elle conteste également que la délégation législative faite au Conseil fédéral pour édicter l'art. 3a al. 2 OENE puisse trouver son fondement à l'art. 7a al. 2 3^{ème} phrase LENE, cette disposition n'indiquant nullement, parmi les modalités à régler par lui, la date de référence déterminante pour la période de comparaison. Au surplus, la méthode appliquée revient selon elle à diluer, sans aucun fondement, l'effet des mesures d'amélioration appliquées sur plusieurs années plutôt que sur une seule. Dans son cas, les travaux d'amélioration effectués entre le 1^{er} janvier 2006 et le 31 décembre 2009 ne seraient ainsi pas pris en considération. Faisant en

autre dépendre l'admission de la RPC de la pluviométrie et des conditions climatiques, la recourante maintient que l'art. 3a al. 2 OEné n'est pas conforme au sens et à l'esprit de la loi et viole les principes de l'égalité de traitement et de l'interdiction de l'arbitraire.

G.

G.a Dans sa réponse du 18 juin 2014, l'autorité inférieure a indiqué renoncer à prendre position et renvoyer à la décision attaquée du 15 avril 2014. Elle a transmis au Tribunal le dossier de la cause.

G.b Par écriture du 30 juin 2014, l'intimée a déposé ses observations. Elle y expose pour l'essentiel que les conditions des art. 7a al. 1 LEné et 3a al. 1 et 2 OEné ne sont pas réalisées, de sorte que le recours doit être rejeté.

H.

Dans ses observations finales du 20 août 2014, la recourante a remis les rapports de production de sa centrale pour les deux premiers trimestres de l'année 2014. Elle expose que ces résultats viennent confirmer le caractère arbitraire de la méthode de comparaison utilisée, puisqu'elle dépend largement de la pluviométrie. Par surabondance, elle ajoute qu'aussi bien en 2012, 2013 et très vraisemblablement en 2014, la production aurait très significativement dépassé la moyenne des cinq dernières années d'exploitation complètes précédant le 1^{er} janvier 2010.

I.

Par ordonnance du 26 août 2014, le Tribunal a signalé aux parties que la cause était gardée à juger, sous réserve d'autres mesures d'instruction.

J.

Les autres faits et arguments des parties seront repris en tant que besoin dans les considérants en droit du présent arrêt.

Droit :

1.

1.1 La procédure de recours est régie par la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), pour autant que la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32) n'en dispose pas autrement (art. 37 LTAF). Le Tribunal examine d'office et librement sa compétence (art. 7 PA), ainsi que la recevabilité des recours qui lui sont soumis.

1.2 D'après l'art. 31 LTAF, le Tribunal administratif fédéral connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA. Les décisions de l'EiCom – autorité compétente pour connaître des litiges sur les conditions de raccordement des installations productrices d'énergie – peuvent faire l'objet d'un recours devant le Tribunal administratif fédéral (art. 25 al. 1^{bis} LEne et art. 33 let. f LTAF). En outre, aucune exception de l'art. 32 LTAF n'est réalisée, de sorte que le Tribunal administratif fédéral est compétent.

1.3 La recourante a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure. En tant que destinataire de la décision attaquée qui la déboute, elle est particulièrement atteinte et a un intérêt digne de protection à requérir son annulation ou sa modification (art. 48 al. 1 PA). Elle a donc la qualité pour recourir.

1.4 Présenté dans le délai (art. 50 al. 1 PA) et les formes (art. 52 al. 1 PA) prescrits par la loi, le recours s'avère ainsi recevable.

Il convient donc d'entrer en matière.

2.

2.1 En sa qualité d'autorité de recours, le Tribunal administratif fédéral dispose, en principe, d'une pleine cognition et revoit ainsi librement l'application du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents et l'opportunité de la décision attaquée (art. 49 PA).

Toutefois, comme le Tribunal a déjà eu l'occasion de l'affirmer, l'EiCom n'est pas une autorité inférieure habituelle, mais une autorité collégiale et indépendante dotée de compétences particulières en matière de régulation dans le domaine de l'électricité (cf. art. 21 s. de la loi du 23 mars 2007 sur l'approvisionnement en électricité [LApEI, RS 734.7]). Jouissant de connaissances très pointues et de compétences étendues, ses décisions profitent d'une solide assise technique. C'est pourquoi, il se justifie que le Tribunal fasse preuve d'une certaine retenue dans l'examen de la décision attaquée s'agissant des questions techniques qui y sont réglées. Cette réserve ne le dispense toutefois pas de vérifier la compatibilité de la décision attaquée avec le droit fédéral (cf. notamment ATF 133 II 35 consid. 3; ATAF 2009/35 consid. 4; arrêts du Tribunal administratif fédéral A-857/2014 du 13 novembre 2014 consid. 2, A-265/2012 du 4 juillet 2013 consid. 2; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2^{ème} éd., Bâle 2013, n. 2.149 ss, spéc. 2.154).

2.2 Le Tribunal vérifie d'office les faits constatés par l'autorité inférieure (art. 12 PA), sous réserve du devoir de collaborer des parties (art. 13 PA). Il applique le droit d'office, sans être lié par les motifs invoqués (art. 62 al. 4 PA), ni par l'argumentation juridique développée dans la décision entreprise (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, op. cit., n. 2.156). Il se limite en principe aux griefs soulevés et n'examine les questions de droit non invoquées que dans la mesure où les arguments des parties ou le dossier l'y incitent (ATF 135 I 91 consid. 2.1; ATAF 2014/24 consid. 2.2 p. 348 s. et réf. cit.).

3.

3.1 L'objet du litige est défini par le contenu de la décision attaquée – plus particulièrement son dispositif – en tant qu'il est effectivement contesté par le recourant. Il est donc fixé par les conclusions du recours, qui doivent rester dans le cadre de l'acte attaqué (ATF 136 II 457 consid. 4.2, ATF 136 II 165 consid. 5, ATF 133 II 35 consid. 2; parmi d'autres: arrêt du Tribunal administratif fédéral A-2039/2014 du 15 septembre 2014 consid. 3 et réf. cit.; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, op. cit., n. 2.7 ss; JÉRÔME CANDRIAN, Introduction à la procédure administrative fédérale, Bâle 2013, n. 182 p. 108).

3.2 En l'espèce, la recourante fait valoir que l'art. 3a al. 2 OEne – appliqué par l'autorité inférieure – serait contraire à l'art. 7a LEne et que, partant, le principe de la hiérarchie des normes imposerait de faire abstraction de la règle de droit inférieure. Dans le même sens, elle soutient que, contrairement à ce qu'a retenu l'autorité inférieure, la délégation législative sur la base de laquelle l'art. 3a al. 2 OEne a été édicté par le Conseil fédéral – l'art. 7a al. 2 3^{ème} phrase, selon l'autorité inférieure – serait insuffisante. Elle se plaint en outre que la période de comparaison, ainsi que le mode de calcul fixés à l'art. 3a al. 2 OEne seraient arbitraires et violeraient le principe de l'égalité de traitement. La recourante soutient dès lors que l'art. 7a LEne était seul applicable ; disposition dont elle remplirait les conditions et sur la base de laquelle elle conclut à l'admission de sa demande de RPC.

En définitive, l'objet du présent litige est de savoir si l'autorité inférieure pouvait appliquer l'art. 3a al. 2 OEne au cas d'espèce.

3.3 A toutes fins utiles, le Tribunal relève que la recourante ne fait valoir aucune prétention fondée sur l'art. 3a al. 1 OEne. Il convient donc d'en déduire que la recourante reconnaît ainsi, du moins implicitement, qu'elle ne remplit pas les conditions exigées par cette disposition, lesquelles sont

cumulatives (cf. Directive du 1^{er} janvier 2015 relative à la RPC, art. 7a LEné, partie générale, disponible sur le site Internet de l'Office fédéral de l'énergie [OFEN] <<http://www.ofen.ch>> > Thèmes > Force hydraulique > Informations supplémentaires, Rétribution à prix coutant du courant injecté > Documents utiles, Directives [consulté le 17 avril 2015]). Au surplus, l'examen du dossier ne permet pas au Tribunal de retenir le contraire.

4.

4.1 Selon le principe de la légalité, toute activité de l'Etat doit reposer sur une base légale (cf. art. 5 al. 1 Cst.). La délégation législative est l'acte par lequel une autorité dotée d'une compétence législative, le plus souvent le législateur, transfère totalement ou partiellement celle-ci à une autre autorité – généralement le pouvoir exécutif, soit le Conseil fédéral au niveau fédéral –, laquelle a alors le droit ou l'obligation de l'exercer à sa place (cf. JACQUES DUBEY/JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, *Droit administratif général*, Bâle 2014, n. 532 p. 186).

La jurisprudence et la doctrine opèrent une distinction entre les ordonnances dépendantes d'exécution et celles de substitution. Alors que les premières précisent et détaillent le sens et le contenu de la loi, les secondes établissent de manière originaire des règles de droit (PIERRE MOOR/ALEXANDRE FLÜCKIGER/VINCENT MARTENET, *Droit administratif*, vol. I, 3^{ème} éd., Berne 2012, n. 2.5.5.3 p. 251 ss; THIERRY TANQUEREL, *Manuel de droit administratif*, Zurich 2011, n. 323 s. p. 107 s.). Si la compétence du Conseil fédéral d'édicter des ordonnances d'exécution trouve son fondement à l'art. 182 al. 2 Cst., cette disposition n'est en revanche pas une base suffisante pour les ordonnances de substitution, dont la création nécessite une clause de délégation dans une loi au sens formel et ne doit pas être exclue par la Constitution (cf. art. 164 al. 2 Cst. ; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4^{ème} éd., Berne 2014, § 14 n. 27 ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, op. cit., n. 2.5.5.5 p. 255). En matière de sous-délégation, il convient de souligner que le Conseil fédéral est habilité à déléguer à son tour une compétence législative qui lui a été déléguée par le législateur fédéral ordinaire (MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, op. cit., n. 2.5.5.5 p. 260 s.). Quand bien même elle ne figurerait pas dans la clause de délégation, cette possibilité de sous-délégation en faveur des départements existe (cf. art. 48 al. 1 de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration [LOGA, RS 172.010]).

4.2 Dans le cadre d'un contrôle concret de la norme, tel qu'il est ici requis par la recourante, le Tribunal administratif fédéral vérifie, s'agissant des

ordonnances fédérales dites dépendantes, si le Conseil fédéral s'en est tenu aux limites des compétences que la loi lui a attribuées. En outre, dans la mesure où la loi n'autorise pas le délégataire à s'écarter de la Constitution, respectivement que la réglementation du Conseil fédéral ne reprend pas purement et simplement un élément contraire à la Constitution inscrit dans la loi au sens formel, le Tribunal administratif fédéral juge non seulement de la légalité de ladite réglementation, mais aussi de sa constitutionnalité. Lorsque le Conseil fédéral dispose d'une très large marge d'appréciation, celle-ci lie alors le Tribunal (cf. art. 190 Cst.). Dans de telles circonstances, le Tribunal n'est pas en droit de substituer sa propre appréciation à celle du Conseil fédéral. Il doit au contraire se limiter au contrôle consistant à savoir si la réglementation en cause outrepassé manifestement le cadre de la délégation de compétence prévue par la loi ou si, pour d'autres raisons, cette réglementation apparaît contraire à la loi ou à la Constitution. Dans ce contexte, il peut notamment examiner si une disposition de l'ordonnance repose sur des motifs sérieux ou si elle contrevient aux art. 8 ou 9 Cst. parce qu'elle est vide de sens ou inutile, opère des distinctions juridiques sans motif raisonnable, ou encore parce qu'elle omet de faire des distinctions qui auraient justement dû être faites. La responsabilité concernant l'opportunité de la mesure prescrite incombe au Conseil fédéral ; il ne revient pas au Tribunal de s'exprimer au sujet de son caractère approprié du point de vue économique ou politique (cf. ATF 140 II 194 consid. 5.8, ATF 139 II 460 consid. 2.3, ATF 137 III 217 consid. 2.3; arrêts du Tribunal administratif fédéral A-5627/2014 du 12 janvier 2015 consid. 5.2, A-1956/2014 du 2 octobre 2014 consid. 4.2).

4.3 Au vu de ces considérations et de l'argumentation de la recourante, le Tribunal commencera par examiner si l'art. 3a al. 2 OEne repose sur une délégation législative valable (consid. 5), puis, le cas échéant, si cette disposition entre dans le cadre de la délégation de compétence prévue et n'est pas contraire aux principes de l'interdiction de l'arbitraire et à l'égalité de traitement (consid. 6).

5.

5.1 L'art. 7a al. 2 LEne prévoit que la rétribution est calculée d'après les coûts de production prévalant la même année pour les installations de référence qui correspondent à la technique la plus efficace (1^{ère} phrase) ; la rentabilité à long terme de la technique en question est un préalable (2^{ème} phrase) ; le Conseil fédéral règle les modalités, en particulier : les coûts de production par technique de production, catégorie et classe de puissance

(let. a) ; la réduction annuelle du montant de la rétribution (let. b) ; la durée de la rétribution couvrant les coûts, compte tenu de l'amortissement (let. c) ; l'augmentation périodique de capacité pour la photovoltaïque, compte tenu de l'évolution des coûts (let. d) ; et la définition de la plus-value écologique liée à la rétribution et aux conditions mises à sa commercialisation (let. e ; 3^{ème} phrase).

Pour sa part, l'art. 16 al. 1 LEne spécifie que, sous réserve de l'art. 19 LEne (tâches dont l'exécution est déléguée aux cantons), le Conseil fédéral exécute la LEne et édicte les dispositions d'application. Il peut en outre déléguer au département le soin d'édicter des prescriptions techniques et administratives.

5.2 Comme la recourante le fait valoir, le Tribunal retient qu'il est douteux que la compétence du Conseil fédéral d'édicter l'art. 3a al. 2 OEne puisse trouver son fondement à l'art. 7a al. 2 3^{ème} phrase LEne. En effet, l'art. 3a al. 2 OEne, dont il est ici question, ne traite manifestement pas la problématique de la rétribution, ni ses modalités. Une compétence générale du Conseil fédéral d'édicter des dispositions d'exécution est en revanche expressément prévue à l'art. 16 al. 1 LEne. L'OEne consiste donc bien en une ordonnance dépendante de substitution, laquelle trouve son fondement en particulier à l'art. 16 al. 1 LEne. Cette norme de délégation de compétence se limite aux buts poursuivis par la LEne et les grandes lignes de la matière déléguée sont réglées dans la LEne elle-même. Une telle délégation n'étant au surplus pas exclue par la Constitution fédérale (cf. art. 164 al. 2 Cst.), la norme de délégation en vertu de laquelle l'OEne a été édictée est par conséquent valable. Pour ce qui concerne enfin des clauses du genre de l'art. 7a al. 2 3^{ème} phrase LEne, celles-ci ont pour objectif de préciser à l'attention du Conseil fédéral les points particuliers devant être réglés par les dispositions d'exécution.

Ainsi, le grief soulevé par la recourante quant à l'absence de délégation législative valable en faveur du Conseil fédéral doit être écarté.

6.

6.1 Conformément à l'art. 7a al. 1 1^{ère} phrase LEne, les gestionnaires de réseau sont tenus de reprendre sous une forme adaptée au réseau et de rétribuer toute l'électricité produite dans les 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 d'une puissance maximale de 10 MV 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 (art. 7a al. 1 2^{nde} phrase LEne).

Pour sa part, l'art. 3a OEné prévoit tout d'abord à son alinéa premier qu'une installation est réputée notablement agrandie ou rénovée lorsque : les nouveaux investissements réalisés au cours des cinq dernières années précédant la mise en service représentent au moins 50% des investissements nécessaires pour une nouvelle installation (let. a) ; l'installation, déduction faite des réductions de la production résultant des conditions posées par les pouvoirs publics, produit au moins autant d'électricité qu'auparavant (let. b); la durée d'utilisation est écoulee aux deux tiers de la durée qui a été prévue comme durée de rétribution par les appendices 1.1 et 1.5 (let. c). Une installation est également réputée notablement agrandie ou rénovée lorsque la production d'électricité ou le taux d'utilisation de l'électricité augmente par rapport à la moyenne des cinq dernières années d'exploitation complètes précédant le 1^{er} janvier 2010 conformément aux exigences des appendices 1.1 à 1.5. Le DETEC peut redéfinir dans les appendices la date de référence déterminante pour la période de comparaison (art. 3a al. 2 OEné). Selon l'art. 3b al. 1 OEné, le calcul des coûts de revient et la rétribution s'appuient sur les installations de référence définies dans les appendices 1.1 à 1.5. Enfin, l'appendice 1.1 OEné, propre aux petites centrales hydrauliques, expose à son chiffre 1.1 ce qu'il faut comprendre par cette notion. Le chiffre 1.2.1 prévoit que l'augmentation de la production d'électricité selon l'art. 3a al. 2 OEné doit atteindre au moins 20%.

6.2 La recourante fait valoir que l'art. 3a al. 2 OEné outrepasserait le cadre de la délégation de compétence. A son sens, la période de comparaison qui y est fixée serait contraire à l'art. 7a al. 1 2^{nde} phrase LEne, disposition qui est au surplus tout à fait claire et qui ne saurait donner lieu à interprétation ni à aucun possible complément dans une ordonnance.

6.2.1 Il est exact que l'art. 7a al. 1 2^{nde} phrase LEne décrit quelles installations peuvent être considérées comme *nouvelles*, soit en l'espèce celles qui ont été mises en service, notamment agrandies ou rénovées après le 1^{er} janvier 2006. En revanche, contrairement à ce que la recourante soutient, cette disposition ne définit pas ce qu'il faut comprendre par le terme installation *notablement agrandie ou rénovée*. Faisant usage de la délégation législative générale en sa faveur, le Conseil fédéral a défini cette notion à l'art. 3a OEné. Aussi, pour qu'une installation soit réputée notablement agrandie ou rénovée au sens de l'art. 7a LEne, elle

doit satisfaire aux conditions visées à l'art. 3a al. 1 ou al. 2 OEne. L'alinéa 2, seul ici en cause, décrit le critère de l'accroissement requis de la production. Ce critère découle de la réflexion selon laquelle une installation qui réalise un accroissement de sa production moyennant des investissements faibles contribue également à l'objectif global (accroissement de 5'400 GWh/a) et mérite de ce fait d'être encouragée. A ce titre, il a été retenu qu'elle doit aussi pouvoir demander la rétribution sur les coûts (cf. Modifications de l'ordonnance sur l'énergie – rapport explicatif concernant le projet mis en consultation du 27 juin 2007, commentaire de l'art. 3a, p. 6, disponible sur le site Internet de l'Administration fédérale <<http://www.admin.ch>> > Droit fédéral > Procédures de consultation > Procédures de consultation et d'audition terminées > Procédures ouvertes en 2007 > Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication [DETEC] > Ordonnance sur l'approvisionnement en électricité et modification de l'ordonnance sur l'énergie, Rapport 1 [consulté le 17 avril 2015]).

6.2.2

6.2.2.1 La condition de l'accroissement de la production d'électricité, telle que fixée au chiffre 1.2.1 de l'appendice 1.1 OEne, et qui n'est pas mise en cause par la recourante, doit être d'au moins 20%. Pour que la réalisation de cette condition puisse être établie, il est indéniable que l'augmentation de la production doit être vérifiable. Pour l'être, un élément de comparaison est indispensable. C'est pourquoi, qu'il s'agisse de l'électricité produite à une date donnée ou au cours d'une année déterminée ou d'une période de temps déterminée, il faut nécessairement deux éléments temporels à comparer, afin d'être en mesure d'établir si l'accroissement de production requis a été réalisé et, en conséquence, si la RPC peut être allouée à la personne physique ou morale qui la requiert.

Dès l'introduction de la RPC à l'art. 7a LEne, le Conseil fédéral a prévu une période de comparaison. Si celle-ci figurait au départ dans l'appendice 1.1 OEne, elle est désormais mentionnée dans l'ordonnance à l'art. 3a al. 2 OEne. Tout en connaissant des modifications, les conditions de raccordement pour les petites centrales hydrauliques agrandies ou rénovées sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2009. Jusqu'au 30 septembre 2011, l'ancien chiffre 1.2 de l'appendice 1.1 OEne spécifiait qu'étaient réputées rénovées ou considérablement agrandies au sens de l'art. 3a let. b OEne les installations qui avaient augmenté 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 (let. a), ou qui avait cessé d'être exploitées avant le 1^{er} janvier 2006 et qui, lorsqu'elles

avaient repris leur activité, avaient augmenté leur production d'électricité d'au moins 10% par rapport au deux dernières années d'exploitation complètes ayant précédé la cessation de leur exploitation (let. b).

6.2.2.2 Dans le cadre de la révision de l'OENE, la teneur de l'ancien art. 3a let. b OENE et de l'ancien appendice 1.1 OENE ont été modifiées et il est désormais prévu qu'une petite centrale hydraulique est également réputée notablement agrandie ou rénovée lorsque sa production d'électricité augmente d'au moins 20% par rapport à la moyenne des cinq dernières années d'exploitation complètes précédant le 1^{er} janvier 2010. Il ressort du rapport explicatif de l'OFEN du 10 février 2011 concernant en particulier la révision de l'OENE que l'année de référence déterminante pour décider si une installation est notablement agrandie ou rénovée n'était plus actuelle et devait être redéfinie, ce qui devrait se répéter de manière périodique. Il a également été retenu que la compétence correspondante devait être attribuée au département et que l'année de référence devait désormais s'appliquer de manière plus uniforme pour toutes les technologies. Il serait en outre superflu de procéder à une actualisation périodique, si, au lieu de prendre une année précise comme référence, on optait pour un nombre d'années antérieures. Cependant, étant donné le risque d'abus (par exemple mises hors service intentionnelles afin d'aller au-delà des critères), il a été considéré que cela ne représentait pas une solution viable (cf. commentaire de l'art. 3a let. b OENE, p. 11; document disponible sur <<http://www.admin.ch>> > Droit fédéral > Procédures de consultation > Procédures de consultation et d'audition terminées > Procédures ouvertes en 2011 > DETEC > Révision de l'ordonnance sur l'énergie > Rapport expl. OENE (RPC), OAO [consulté le 17 avril 2015]). Ces modifications, adoptées par le Conseil fédéral le 17 août 2011, sont entrées en vigueur le 1^{er} octobre 2011.

6.2.3 Aussi, au vu des considérations qui précèdent, et comme l'autorité inférieure l'a correctement retenu, l'art. 7a al. 1 2^{nde} phrase LENE fixe la date du 1^{er} janvier 2006 comme la condition de base pour bénéficier de la RPC et correspond effectivement au point de départ du régime de la RPC. L'art. 3a al. 2 OENE fixe pour sa part la période de comparaison permettant de déterminer si la condition d'augmentation de la production est réalisée. Partant, la teneur de l'art. 3a al. 2 OENE n'est pas contraire à celle de l'art. 7a al. 1 2^{nde} phrase LENE.

6.3

6.3.1 Le Tribunal observe aussi que, si la recourante conteste par son recours la période de comparaison prévue à l'art. 3a al. 2 OENE, la

considérant contraire à la loi et inutile, elle se fonde elle-même sur une période de comparaison pour prétendre à l'allocation de la RPC. En effet, les calculs qu'elle opère pour affirmer que son augmentation de production d'électricité atteint 20% se basent sur la comparaison de la production projetée pour 2012 (au terme des travaux entrepris) et l'électricité produite par son installation en 2004 ou en 2005. Elle affirme en outre que l'application de l'art. 3a al. 2 OEne aurait pour effet d'annihiler la progression de la production résultant des travaux entrepris entre le 1^{er} janvier 2006 et le 31 décembre 2009. Il apparaît ainsi que la recourante souhaiterait en réalité que l'ancienne réglementation, qui était en vigueur jusqu'au 30 septembre 2011, lui reste applicable. Néanmoins, elle ne fait à aucun moment valoir l'existence d'assurances ou de promesses de la part de l'intimée ou de l'autorité inférieure qui auraient pu la porter à croire que l'ancienne réglementation lui serait restée applicable, malgré la modification législative intervenue entre temps, pas plus que l'existence d'attentes qui seraient nées du fait du comportement de l'une de ces autorités. L'examen du dossier de la cause ne permet pas non plus de retenir l'existence de telles circonstances. Toute application de l'ancien art. 3a let. b OEne doit donc être exclue en l'espèce, étant considéré que la recourante ne bénéficie pas de droit acquis. De plus, bien qu'elle ne le soulève pas non plus, le Tribunal précise qu'il ne saurait en aucun cas être retenu que l'art. 3a al. 2 OEne violerait le principe de la non-rétroactivité des normes (sur le principe de la confiance et les circonstances qui peuvent justifier la non-application d'un acte législatif ou l'une de ces dispositions, cf. notamment ATF 130 I 26 consid. 8.1, ATF 128 II 112 consid. 10b/aa).

6.3.2 De plus, la pratique qui veut que, selon les circonstances, le législateur, respectivement le Conseil fédéral, tout en disposant d'un large pouvoir d'appréciation, est tenu d'adopter des dispositions transitoires afin de permettre aux administrés de s'adapter à la nouvelle situation légale ou de maintenir des dispositions qu'ils ont prises de bonne foi, en fonction de l'ancienne réglementation, et sur lesquelles il ne leur est pas facile de revenir (cf. ATF 134 I 23 consid. 7.6.1 et réf. cit.; arrêt du Tribunal fédéral 9C_78/2007 précité consid. 5.6.1), n'est d'aucune aide pour la recourante s'agissant de la modification des conditions d'accès au régime de la RPC. D'une part, la jurisprudence n'a, jusqu'à ce jour, admis qu'avec retenue que l'absence d'un régime transitoire pouvait être contraire au droit constitutionnel. D'autre part, cette problématique intervient habituellement dans le cadre de relations de droit durable (cf. p. ex.: ATF 134 I 23, ATF 133 V 279, ATF 130 V 18 [réduction des prestations de retraite ou de prévoyance]; ATF 130 I 26 [limitation de l'admission des fournisseurs de

prestations à pratiquer]; ATF 123 II 385 [taxe sur la valeur ajoutée concernant les contrats d'abonnement]). Or, 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.

6.4 Subsistent finalement les griefs d'inégalité de traitement (art. 8 al. 1 Cst.) et d'arbitraire (art. 9 Cst.) de l'art. 3a al. 2 OEne, au motif que l'accroissement de la production d'électricité est calculé en fonction de données effectives, et inclurait ainsi la pluviométrie et autres facteurs climatiques, et que la période de comparaison arrêtée dilue les améliorations de production auxquelles la recourante a procédé.

6.4.1 En l'espèce, la recourante se méprend lorsqu'elle retient qu'en ayant procédé à des améliorations sur plusieurs années, elle serait victime d'une inégalité de traitement par rapport à un propriétaire d'installation qui aurait procédé à des travaux sur une seule année. Si, effectivement, la modification de la période de comparaison la prêterait du fait qu'une partie des améliorations de son installation ont eu lieu au cours de la période de comparaison qui est désormais prise en compte pour vérifier la condition d'accroissement de production, l'art. 3a al. 2 OEne n'omet guère de faire une distinction juridique que les circonstances d'espèce auraient commandé de faire. En effet, cette disposition n'empêche en rien de procéder à des travaux sur plusieurs années. Comme l'autorité inférieure l'a indiqué à juste titre, la période de comparaison de l'ancien art. 3a let. a OEne permettait de faire prendre en compte l'accroissement de production réalisé entre le 1^{er} janvier 2006 et le 31 septembre 2011. Pour sa part, la période actuelle de comparaison permet de prendre en compte l'accroissement de production réalisé depuis le 1^{er} janvier 2010 et jusqu'au moment de la demande de RPC, mais au plus tard au moment de l'entrée en vigueur de la prochaine modification de la période de comparaison par le département. Si les améliorations de production sur plusieurs années sont donc possibles, il faut admettre qu'il convient de privilégier la prise de

telles mesures immédiatement après la modification de la période de comparaison et de ne pas les répartir sur une période trop longue. Toutefois, dans la mesure où, comme déjà exposé, la demande de RPC est une démarche volontaire afin d'obtenir une rémunération de l'électricité produite au prix coutant, plutôt qu'au prix du marché, le Conseil fédéral est en droit d'exiger ces quelques efforts de la part des propriétaires d'installation qui souhaitent en bénéficier.

Partant, le grief soulevé par la recourante, selon lequel l'art. 3a al. 2 OEne serait contraire au principe de l'égalité de traitement (art. 8 al. 1 Cst.), doit être écarté. Le Tribunal relève qu'à l'examen des résultats annuels de production d'électricité remis dans le cadre du recours, il appert que sur la base des résultats obtenus en 2008 ou en 2010, la recourante aurait vraisemblablement pu bénéficier de la RPC en vertu de l'ancien art. 3a let. b OEne, si elle en avait fait la demande. Par ailleurs, telle qu'elle était formulée à l'ancien art. 3a let. b OEne, et comme elle l'est encore aujourd'hui, la condition d'accroissement de la production d'électricité n'exige pas que les travaux d'amélioration entrepris soient terminés.

6.4.2 S'agissant enfin du grief d'arbitraire, il convient d'abord de relever que, compte tenu de la formulation de la clause de délégation de l'art. 16 al. 1 LEne, le Conseil fédéral disposait en l'espèce d'une grande marge d'appréciation dans l'édiction des dispositions d'exécution de la LEne. L'examen du respect du cadre de la délégation législative par le Conseil fédéral a en outre déjà permis de démontrer la nécessité tant d'une période de comparaison que d'un mode de calcul (cf. ci-avant consid. 6.2). Ensuite, s'il est vrai qu'en procédant à l'examen de la production effective d'électricité, la pluviométrie et autres circonstances climatiques ne sont pas dénuées de toute influence, le Tribunal ne voit cependant pas en quoi ce mode de calcul heurterait d'une manière choquante le sentiment de justice ou d'équité. D'une part, la fixation d'une période de comparaison de cinq ans rend l'influence des facteurs climatiques réellement minime et, d'autre part, cette dernière doit une nouvelle fois être relativisée face aux effets des mesures d'agrandissement, de rénovation ou de modernisation de l'installation. C'est pourquoi, le mode de calcul choisi, parmi d'autres modalités qui étaient certainement aussi envisageables, est admissible.

Quant à savoir si, comme la recourante le suggère, il n'aurait pas été préférable de prendre en compte une quantification théorique des améliorations opérées, laquelle aurait permis d'éviter toute influence des facteurs climatiques, le Tribunal rappelle qu'en cas d'examen concret d'une norme, il n'est pas habilité à substituer sa propre appréciation à celle du

Conseil fédéral, ce qui l'empêche de procéder à un examen en opportunité (cf. ci-avant consid. 4.3). Il en va de même pour le choix de ne pas fixer la période de comparaison en fonction d'un nombre déterminé d'années antérieures à la demande de RPC.

Le mode de calcul figurant à l'art. 3a al. 2 OEné n'étant pas arbitraire, le grief soulevé par la recourante en ce sens doit également être écarté.

7.

7.1 Compte tenu de qui précède, il y a lieu de retenir en l'espèce que la délégation législative sur laquelle le Conseil fédéral s'est fondé afin d'édicter l'art. 3a al. 2 OEné était suffisante. Pour les motifs exposés ci-avant, cette disposition réglementaire n'est en outre d'aucune manière contraire au droit supérieur, à savoir en particulier à l'art. 7a LEné. Toute violation du principe de l'égalité de traitement et du principe de l'interdiction de l'arbitraire a pu être écartée. Par conséquent, aucun motif ne saurait justifier que l'art. 3a al. 2 OEné ne trouve pas application et que, partant, la demande de RPC de la recourante n'ait pas été pas examinée à ce titre.

7.2

7.2.1 Si la recourante contestait – à tort – dans son recours la légalité de l'art. 3a al. 2 OEné, elle n'a en revanche à aucun moment fait valoir que la condition posée par cette disposition serait réalisée, contrairement à ce que l'autorité inférieure a retenu. A ce propos, le calcul opéré par l'autorité inférieure se fonde sur les données indiquées par la recourante au moment du dépôt de sa demande de RPC. Celles-ci correspondent aux totaux de production annuelle d'électricité qui figurent dans les pièces transmises par la recourante à l'appui de son mémoire de recours, de sorte qu'aucun élément ne permet au Tribunal de mettre en doute l'exactitude de ces données. La moyenne des cinq années d'exploitation complètes précédant le 1^{er} janvier 2010 s'élève bien à 3'322'058.2 kWh/a. En comparaison à la production électrique brute annuelle projetée de 3'400'000 kWh/a annoncée par la recourante dans le formulaire de requête de RPC, l'augmentation de la production n'est que d'environ 2,35%. Ainsi y a-t-il lieu de retenir, comme l'autorité inférieure l'a correctement fait, que la condition d'accroissement de la production d'électricité prévue à l'art. 3a al. 2 OEné en relation avec le chiffre 1.2.1 de l'appendice 1.1 OEné n'est pas réalisée. Même si, par extraordinaire, il fallait à ce stade prendre en considération la production effective d'électricité de la recourante pour l'année 2012, force est de constater que la condition de l'art. 3a al. 2 OEné ne serait pas davantage réalisée.

7.2.2 Il sied enfin de préciser qu'en l'espèce, toute application des règles supplétives de détermination de l'accroissement de la production d'électricité est exclue. Conformément à ce qui figure dans la Directive du 1^{er} septembre 2014 relative à la RPC, art. 7a LEne, petites centrales hydrauliques (appendice 1.1 OEne), ce n'est en effet que si les données de production des cinq dernières années d'exploitation complètes précédant le 1^{er} janvier 2010 ne sont plus disponibles qu'il faut alors apprécier la production d'électricité à l'origine sur la base de la hauteur de la chute, de la quantité d'eau disponible et du degré d'efficacité de l'ancienne ou de l'actuelle installation ; ce cas peut se produire si, sous le régime régi par l'art. 28a OEne, seule l'énergie excédentaire a été injectée et facturée, ou si les données de production ont été perdues et que l'installation est hors service (disponible sur le site Internet de l'OFEN <<http://www.ofen.ch>> > Thèmes > Force hydraulique > Informations supplémentaires, Rétribution du courant injecté à prix coûtant > Documents utiles, Directives [consulté le 17 avril 2015]). Or, il est manifeste que la recourante dispose des données de production pour les cinq années d'exploitation précédant le 1^{er} janvier 2010, dans la mesure où elle les a remises à l'intimée lors du dépôt de sa demande de RPC.

8.

Il s'ensuit que le recours est rejeté.

8.1 Selon l'art. 63 al. 1 1^{ère} phrase PA, les frais de procédure, comprenant l'émolument d'arrêté, les émoluments de chancellerie et les débours, sont généralement mis, dans le dispositif, à la charge de la partie qui succombe. En l'occurrence, la recourante doit prendre à sa charge les frais de procédure qui s'élèvent à Fr. 1'500.-, lesquels seront prélevés sur l'avance de frais du même montant qu'elle a déjà effectuée.

8.2 Le Tribunal 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 (art. 64 al. 1 PA et art. 7 ss du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). Les autorités fédérales et, en règle générale, les autres autorités parties n'ont pas droit aux dépens (art. 7 al. 3 FITAF). Aucune indemnité de dépens ne sera donc allouée en l'espèce.

(dispositif à la page suivante)

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté.

2.

Les frais de procédure d'un montant de Fr. 1'500.- sont mis à la charge de la recourante. Cette somme est prélevée sur l'avance de frais déjà versée du même montant.

3.

Il n'est pas alloué de dépens.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (Acte judiciaire)
- à l'intimée (Acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. 221-00011 (anc. 941-12-065) ; Recommandé)
- au Secrétariat général du Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication DETEC (Acte judiciaire)

L'indication des voies de droit se trouve à la page suivante.

Le président du collège :

La greffière :

Jérôme Candrian

Déborah D'Aveni

Indication des voies de droit :

Dans la mesure où l'art. 83 let. k de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110) n'entrerait pas en application, la présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 LTF). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains du recourant (art. 42 LTF).

Expédition :