



Arrêt du 11 juillet 2022

Composition

Jérôme Candrian (président du collège),
Maurizio Greppi, Claudia Pasqualetto Péquignot, juges,
Johanna Hirsch-Sadik, greffière.

Parties

Société des Forces-Motrices de Chancy-Pougny SA,
recourante,

contre

Pronovo AG,
autorité inférieure.

Objet

Énergie (divers) ; intégration dans le système de rétribution
de l'injection.

Faits :**A.**

A.a La Société des Forces-Motrices de Chancy-Pougny SA (ci-après, SFMCP), avec siège à Chancy, a notamment pour but l'acquisition de la concession, l'aménagement et l'exploitation de l'usine de production de force motrice créée sur le Rhône près de Chancy et de Pougny.

A.b Le 17 novembre 2014, après avoir complété plusieurs fois sa demande de rétribution à prix coûtant du courant injecté (ci-après, RPC), SFMCP a finalement déposé auprès de Swissgrid SA, une demande complète de rétribution à prix coûtant pour une petite installation hydroélectrique d'une puissance inférieure à 1 mégawatt (ci-après, MW). Elle a été mise en service le 24 mai 2013.

A.c Par décision du 9 février 2015, Swissgrid SA a indiqué que les conditions en vue de la rétribution à prix coûtant du courant injecté conformément à l'art. 7a de la loi fédérale du 26 juin 1998 sur l'énergie (aLEne, RO 1999 197) étaient remplies. Toutefois, la somme des suppléments pour toutes les technologies d'énergies renouvelables déterminée par le Parlement à l'art. 15b al. 4 aLEne ayant été atteinte et l'Office fédéral de l'énergie (ci-après, l'OFEN) ayant ordonné un arrêt des décisions pour toutes les technologies, le projet a été intégré à la liste d'attente conformément à l'art. 3g^{bis} al. 1 et 2 de l'ordonnance du 7 décembre 1998 sur l'énergie (aOEne, RO 1999 207). Swissgrid SA a précisé qu'il n'était pas possible de dire si, et le cas échéant, à quelle date, le projet pourrait bénéficier du versement de la rétribution.

A.d Le 6 décembre 2017, S. _____ SA a certifié les données de l'installation hydraulique en cause. La certification a été corrigée le 7 mars 2018 et le 30 septembre 2018.

A.e Par courrier du 8 décembre 2017, Swissgrid SA a informé SFMCP que la nouvelle loi du 30 septembre 2016 sur l'énergie, entrant en vigueur le 1^{er} janvier 2018 (LEne, RS 730.0), excluait en principe les petites installations hydroélectriques d'une puissance inférieure à 1 MW du système de rétribution du courant injecté (ci-après, le SRI). Elle a également exposé les exceptions dont pouvait bénéficier la microcentrale sous le régime de la nouvelle ordonnance du 1^{er} novembre 2017 sur l'encouragement de la production d'électricité issue d'énergies renouvelables (OEneR, RS 730.03). Swissgrid SA a prié SFMCP de lui communiquer, jusqu'au 31 mars 2018, si elle estimait qu'elle pouvait bénéficier d'une de ces exceptions.

A.f Par courriel du 9 janvier 2018 à SFMCP, Pronovo SA (anciennement, Swissgrid SA ; ci-après, Pronovo) a remarqué que l'exploitant dans son système, soit SFMC, ne correspondait pas avec l'exploitant figurant sur la certification, soit les Services Industriels de Genève (ci-après, les SIG). Elle a demandé à SFMCP de préciser l'identité de l'exploitant.

A.g Le 7 mars 2018, S. _____ SA a corrigé l'identité de l'exploitant figurant sur la certification, soit SFMCP et non les SIG.

A.h Par courrier du 21 février 2018, SFMCP a exposé que la microcentrale pouvait bénéficier du régime d'exception prévu par l'art. 19 al. 5 LEne, au motif qu'elle avait le rôle d'une centrale de dotation au sens de l'art. 9 let. a OEneR. Elle a expliqué que la microcentrale n'avait pas été construite dans le but d'ajouter de la capacité de production (0.4 MW) à l'usine existante (50 MW) mais pour faire partie intégrante de l'ouvrage de franchissement du barrage transfrontalier de Chancy-Pougny, afin de rendre possible la migration aval-amont des poissons (passe à poissons).

A.i Par courriel du 20 septembre 2018, Pronovo a indiqué à SFMCP, que la certification du 6 décembre 2017, indiquait que la microcentrale n'était pas une centrale de dotation. Elle a demandé à SFMCP d'effectuer une nouvelle certification par un auditeur accrédité et de lui envoyer un protocole de projet avec toutes les données techniques.

A.j Par courrier du 8 octobre 2018, S. _____ SA a envoyé à Pronovo la certification corrigée le 30 septembre 2018, certifiant que l'installation était une centrale de dotation.

A.k Par courriel du 14 janvier 2020, SFMCP s'est enquis auprès de Pronovo de l'avancement de sa demande de SRI.

A.l Par courriel du 15 janvier 2020, Pronovo a indiqué que le dossier de SFMCP était « passé à la trappe » et s'est excusée du retard dans le traitement de la demande. Pronovo a requis une nouvelle fois de SFMCP un descriptif technique du projet, y compris des plans exécutoires tels que de situation, pour pouvoir saisir la situation et la catégorie correcte de l'installation.

A.m Après plusieurs échanges de courriels en février 2020 concernant les documents exacts à produire par SFMCP, cette dernière a, par courriel du 6 avril 2020, fourni les documents requis.

A.n Par courriel du 29 mai 2020, Pronovo a indiqué que la microcentrale réalisait les conditions d'une participation dans le SRI. Elle a remarqué que le canton de Genève partageait l'énergie avec la France, en vertu d'une convention internationale. Pour ce motif, elle a indiqué ne pouvoir accueillir dans le SRI que la part suisse de l'énergie, soit 64.6% de l'énergie produite. Elle a prié SFMCP d'ajuster les points de mesure avec un facteur de 0.646 à partir de juillet 2019 et de lui les faire parvenir. Elle a précisé que l'installation sera accueillie à partir de cette même date.

A.o Par courriel du 15 décembre 2020, SFMCP a demandé à Pronovo de confirmer si le courriel du 29 mai 2020 signifiait que l'installation serait intégrée dans le SRI dès juillet 2019 et qu'elle en bénéficierait pendant 15 ans. En outre, elle a indiqué que faire apparaître rétroactivement la part suisse de l'installation semblait difficile techniquement et a demandé s'il était possible de faire partir cette période dès juillet 2020.

B.

B.a Par décision du 22 janvier 2021, Pronovo a admis l'installation hydroélectrique de SFMCP dans le SRI et a fixé le taux de rétribution provisoire à 20.0 cts/kWh. En substance, elle remarque que l'installation hydroélectrique a été mise en service après le 1^{er} janvier 2013, que la puissance réalisée s'élève à 560 kW, qu'elle est une installation d'exploitation accessoire et qu'elle remplit les conditions d'octroi concernant le système de rétribution de l'injection. Elle précise que la durée de rétribution est de 15 ans pour cette installation et a commencé à compter de la mise en service effective de l'installation le 24 mai 2013.

B.b Le 16 février 2021, SFMCP a formé opposition auprès de Pronovo contre la décision du 22 janvier 2021. Elle lui a demandé de prononcer une nouvelle décision, statuant sur la durée de la rétribution et la date à partir de laquelle elle serait versée. Elle a également indiqué que la rétribution devait être versée à partir du 1^{er} janvier 2014, toutes les données nécessaires à son versement étant déjà à disposition à cette date.

B.c Par décision du 13 août 2021, Pronovo a rejeté l'opposition de SFMCP. Elle a fixé le taux de rétribution en faveur de l'installation à 20.0 cts/kWh. Elle a précisé que la rétribution était versée à partir du 1^{er} juillet 2019, que la durée de rétribution était de 15 ans et courait à partir de la mise en service le 24 mai 2013. Aucun frais de procédure et aucun dépens n'ont été alloués. En substance, elle a considéré que la nouvelle loi et la nouvelle ordonnance, en vigueur au moment de sa décision du 22 janvier 2021, étaient applicables au cas concret. Elle a estimé que les conditions pour

l'admission au système de la rétribution de l'injection étaient remplies, notamment que les moyens financiers étaient à nouveau disponibles. Elle a précisé que la durée de rétribution de 15 ans courait à compter de la mise en service effective de l'installation – même si l'exploitant ne percevait encore aucune rétribution pour son installation – et ne pouvait pas être interrompue. Elle a indiqué que l'installation avait avancé sur la liste d'attente en raison du fait que la notification d'avancement du projet avait été transmise jusqu'au 31 décembre 2017. Elle en a conclu que la rétribution devait être versée à partir du 1^{er} juillet 2019.

C.

C.a Par mémoire du 13 septembre 2021, reçu le 27 septembre 2021 en raison d'une erreur d'adressage, SFMCP (ci-après, la recourante) a interjeté recours auprès du Tribunal administratif fédéral (ci-après, le Tribunal) à l'encontre de la décision sur opposition du 13 août 2021 de Pronovo (ci-après, également l'autorité inférieure), concluant à son annulation et au versement de la rétribution à partir du 1^{er} juillet 2018, sous suite de frais et dépens.

A l'appui de son recours, la recourante fait valoir en substance que la microcentrale satisfait aux conditions légales pour une intégration dans le SRI depuis le 1^{er} juillet 2018 et que le retard dans le traitement de sa demande est uniquement dû à la négligence de l'autorité inférieure. Partant, le versement de la rétribution doit débiter à la date précitée. En outre, le comportement de l'autorité est contraire aux principes constitutionnels de la bonne foi et de l'égalité de traitement et viole l'art. 25 al. 2 de l'ordonnance sur l'énergie du 1^{er} novembre 2017 (OEne, RS 730.01).

C.b Par écriture du 11 octobre 2021, la recourante a, sur demande du Tribunal, justifié des pouvoirs de ses représentants par procuration et a estimé la valeur litigieuse à 263'676.29 francs.

C.c Par mémoire en réponse du 2 novembre 2021, l'autorité inférieure a conclu au rejet du recours, sous suite de frais. Elle explique, en résumé, qu'elle a statué le 22 janvier 2021 après avoir reçu l'annonce de mise en service du 21 décembre 2017, qu'avant de statuer sur la participation de l'installation dans le SRI, il fallait clarifier des questions, qu'elle a reçu un audit selon lequel l'installation ne serait pas une centrale de dotation, que la recourante s'est déclarée d'accord avec sa proposition du 29 mai 2020 et que des difficultés techniques semblent avoir existé quant à l'ajustement des points de mesure avec un facteur de 0.646 dès juillet 2019. Elle estime que la recourante ne motive pas suffisamment la violation des principes

constitutionnels qu'elle invoque, notamment en quoi seules des erreurs de l'administration seraient en cause, et non pas des problèmes techniques ou le manque de coopération de la recourante.

C.d Dans leurs écritures subséquentes des 3 décembre 2021, 11 janvier 2022 et 10 février 2022, les parties ont maintenu leurs conclusions et argumentation respectives.

Les autres faits et arguments pertinents 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 (cf. PA, RS 172.021), à moins que la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32) n'en dispose autrement (cf. art. 37 LTAF). Le Tribunal examine d'office sa compétence (cf. art. 7 PA) et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis.

1.2 Conformément à l'art. 31 LTAF et sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 LTAF, non pertinentes en l'espèce, le Tribunal connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF.

Les décisions de l'organe d'exécution concernant le SRI (cf. art. 19 LEne), la rétribution de l'injection en vertu de l'ancien droit et la rétribution unique allouée pour les installations photovoltaïques (cf. art. 25 LEne) peuvent faire l'objet d'une opposition auprès de l'organe d'exécution dans un délai de 30 jours à compter de la notification (cf. art. 66 al. 1 LEne). Les décisions sur opposition de l'organe d'exécution, qui est une autorité inférieure au sens de l'art. 33 let. h LTAF, peuvent faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif fédéral conformément aux dispositions générales de la procédure fédérale (cf. art. 66 al. 2 LEne). En l'espèce, l'acte attaqué du 13 août 2021, par lequel l'autorité inférieure rejette l'opposition de la recourante, satisfait aux conditions qui prévalent à la reconnaissance d'une décision au sens de l'art. 5 al. 1 PA et n'entre pas dans le champ d'exclusion de l'art. 32 LTAF. Partant, le Tribunal est compétent pour connaître du présent recours.

1.3 La recourante a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure. En tant que destinataire de la décision attaquée qui rejette son opposition, elle

est particulièrement atteinte et a un intérêt digne de protection à requérir son annulation ou sa modification (cf. art. 48 al. 1 PA). Elle a ainsi qualité pour recourir.

1.4 Présenté dans le délai (cf. art. 50 al. 1 PA) et les formes (cf. art. 52 al. 1 PA) prescrits par la loi, le recours s'avère ainsi recevable quant à la forme, de sorte qu'il convient d'entrer en matière.

2.

2.1 En sa qualité d'autorité de recours, le Tribunal dispose d'une pleine cognition. Il revoit librement l'application du droit par l'autorité inférieure (cf. art. 49 PA), y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a), la constatation des faits (let. b) et l'opportunité de la décision attaquée (let. c), tous griefs que la recourante peut soulever à l'appui de son recours.

Conformément à la maxime inquisitoire, le Tribunal vérifie d'office les faits constatés par l'autorité inférieure (cf. art. 12 PA), sous réserve du devoir de collaborer des parties (cf. art. 13 PA). Le Tribunal applique le droit d'office, sans être lié par les motifs invoqués (cf. art. 62 al. 4 PA), ni par l'argumentation juridique développée dans la décision querellée (cf. ATAF 2015/23 consid. 2 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral [TAF] A-953/2016 du 30 août 2017 consid. 1.4.2 ; BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, 2^{ème} éd. 2015, p. 243). 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 (cf. ATF 135 I 91 consid. 2.1 ; ATAF 2016/18 consid. 3, 2014/24 consid. 2.2, 2012/23 consid. 4).

2.2 En l'espèce, il n'est pas litigieux que la microcentrale remplit les conditions d'intégration dans le SRI, selon les art. 19 al. 5 LEne et 9 OEneR. Le taux de rétribution de 20.0 ct/kWh ainsi que la durée de rétribution, soit 15 ans à compter de la mise en service effective de l'installation hydroélectrique le 24 mai 2013, ne sont pas non plus litigieux. L'objet du litige se limite ainsi à la question de la date à partir de laquelle la rétribution du courant injecté doit être versée en faveur de l'installation hydroélectrique de la recourante, à savoir le 1^{er} juillet 2018 ou le 1^{er} juillet 2019.

La recourante ne soulève, ou tout du moins, ne motive pas de griefs de nature formelle. Partant, le Tribunal peut se limiter à se prononcer sur les griefs matériels soulevés.

3.

Il convient tout d'abord de déterminer le droit applicable dans le temps puis de présenter le cadre juridique dans lequel s'inscrit le présent litige.

3.1 Le droit applicable *ratione temporis* est le suivant.

3.1.1 La LEné, l'OEne et l'OEneR sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2018. L'art. 72 LEné prévoit diverses dispositions transitoires relatives au SRI. En particulier, il prévoit que le nouveau droit s'applique aux exploitants et aux responsables de projet qui n'ont pas reçu de décision positive avant l'entrée en vigueur de la LEné, y compris ceux qui ont été avisés que leur installation se trouve sur la liste d'attente (avis de mise en liste d'attente), même si leur installation est déjà en exploitation à l'entrée en vigueur de la LEné (al. 3, 1^{ère} phrase). Les ayants droits visés à l'art. 19 LEné qui ont reçu un avis de mise en liste d'attente le 31 juillet 2013 au plus tard peuvent participer au système de rétribution de l'injection, même si leur installation a été mise en service avant le 1^{er} janvier 2013 (al. 4).

3.1.2 En l'espèce, la recourante a mis en service son installation le 24 mai 2013, soit après le 1^{er} janvier 2013. Elle a reçu un avis de mise sur liste d'attente de Swissgrid SA le 9 février 2015, soit après le 31 juillet 2013. L'art. 72 al. 4 LEné n'est donc pas applicable. Par ailleurs, la recourante n'avait pas encore reçu de décision positive avant l'entrée en vigueur de la LEné, le 1^{er} janvier 2018. Partant, l'art. 72 al. 3 LEné est applicable. Celui-ci prévoit que le nouveau droit s'applique au présent litige, tel que l'a correctement retenu l'autorité inférieure.

3.2 Le cadre juridique est le suivant.

3.2.1 La loi sur l'énergie a été révisée avec pour objectif de renforcer la production d'électricité issue d'énergies renouvelables. Le soutien financier a été optimisé, développé et assorti de mesures d'appui (cf. Message du 4 septembre 2013 relatif au premier paquet de mesures de la Stratégie énergétique 2050 [Révision du droit de l'énergie] et à l'initiative populaire fédérale « Pour la sortie programmée de l'énergie nucléaire [Initiative « Sortir du nucléaire »] », FF 2013 6771 ss, p. 6836, [ci-après, Message LEné]). Le nouveau régime de la LEné prévoit la transition du système du RPC au système du SRI afin d'améliorer l'intégration au marché des installations produisant de l'énergie renouvelable, en augmentant la sécurité des investissements pour les nouvelles installations et les nouvelles technologies (Message LEné, p. 6837 ; arrêt du TAF A-3884/2017 du 6 septembre 2018 consid. 2.2.3).

3.2.2 De jurisprudence constante, le RPC a été qualifié d'aide financière (cf. arrêts du TAF A-6543/2018 du 24 mars 2020, consid. 6.1.2, A-2760/2019 du 29 octobre 2019, consid. 3.4.2, A-7036/2018 du 26 août 2019, consid. 4.5.1). Au vu de la similarité entre le RPC et le SRI (cf. MATHIEU SIMONA, La Loi fédérale sur l'énergie [LEne] du 30 septembre 2016, in : Jusletter 19 décembre 2016, p. 11), il convient de qualifier le SRI d'aide financière. En tant que tel, le SRI est soumis aux dispositions de la loi fédérale du 5 octobre 1990 sur les aides financières et les indemnités (Loi sur les subventions, LSu, RS 616.1), pour autant que les dispositions spéciales applicables n'y dérogent pas (cf. art. 2 al. 2 LSu).

3.2.3 Peuvent participer au système de rétribution de l'injection les exploitants de nouvelles installations si celles-ci sont adaptées au site concerné et produisent de l'électricité issue des énergies renouvelables hydraulique, solaire, éolienne, géothermique ou produite à partir de la biomasse (art. 19 al. 1 let. a-e LEne). La participation dans le SRI n'est possible que dans la mesure où les moyens financiers suffisent (art. 19 al. 2 LEne). L'organe d'exécution perçoit auprès des gestionnaires de réseau un supplément sur la rémunération versée pour l'utilisation du réseau de transport (supplément) qu'il verse au fonds alimenté par le supplément. Ce supplément permet notamment de financer la prime d'injection, dans le système de rétribution de l'injection, et les coûts de règlement qui y sont liés (art. 35 al. 1 et al. 2 let. b LEne).

3.2.4 S'agissant des installations hydroélectriques, sont réputées nouvelles, les installations mises en service après le 1^{er} janvier 2013 et qui utilisent un potentiel hydraulique pour la première fois (art. 19 al. 3 LEne et art. 3 al. 1 let. a OEneR). Les exploitants des installations hydroélectriques d'une puissance inférieure à 1 MW ou supérieure à 10 MW sont exclus de la participation au SRI (art. 19 al. 4 let. a LEne), à moins qu'un régime d'exception ne leur soit applicable (art. 19 al. 5 LEne et art. 9 OEneR). La durée de rétribution est de 15 ans (cf. annexe 1.1, ch. 4, OEneR), dès la mise en service effective de l'installation hydroélectrique et ne peut être interrompue. Elle commence à courir même si l'exploitant ne perçoit encore aucune rétribution pour l'installation (art. 17 al. 2 OEneR). Ainsi, la date à laquelle débute le versement des rétributions détermine directement le total des rétributions qui seront perçues par l'administré.

4.

Il convient dès lors d'examiner si l'autorité inférieure a fixé à juste titre le 1^{er} juillet 2019 comme date à partir de laquelle la rétribution du courant

injecté doit être versée en faveur de l'installation hydroélectrique de la recourante ou si elle aurait plutôt dû fixer le 1^{er} juillet 2018, comme le soutient la recourante.

4.1

4.1.1 La recourante fait valoir que, le 20 mars 2018, l'OFEN a communiqué publiquement les contingents 2018 dans le cadre de la rétribution de l'injection. Cet office a notamment indiqué qu'en juillet 2018, les petites centrales hydrauliques prêtes à être construites ou déjà réalisées qui ont déposé un dossier complet de constructibilité ou de mise en service jusqu'au 31 octobre 2015 auprès de Swissgrid seront intégrées dans le SRI. Elle rappelle que sa microcentrale a été mise en service le 24 mai 2013 et que Swissgrid – considérant sa demande comme complète – a intégré son projet dans la liste d'attente le 9 février 2015, soit avant le 31 octobre 2015 indiqué par l'OFEN. L'ensemble des conditions communiquées par l'OFEN étant remplies et les fonds à disposition ayant été confirmés par l'OFEN, elle aurait dû commencer à recevoir une rétribution pour sa microcentrale dès le 1^{er} juillet 2018, conformément à l'art. 20 al. 1 OEnR. Elle souligne que Pronovo ne conteste pas qu'il y avait des fonds à disposition pour que la microcentrale puisse en bénéficier et être intégrée au contingent 2018 déjà, ni le montant de 263'676.29 francs qui lui est dû pour la période de rémunération du 1^{er} juillet 2018 au 30 juin 2019. Pronovo ne conteste pas non plus, d'un point de vue technique, que la répartition des données de production de la microcentrale entre la part française et la part suisse peut être utilisée pour calculer la part de la production d'électricité de la microcentrale dès le 1^{er} juillet 2018 et, ainsi, la rétribution qui lui est due. En outre, l'autorité inférieure n'invoque aucun intérêt public prépondérant qui justifierait que la microcentrale ne puisse être intégrée au contingent 2018.

4.1.2 La recourante rappelle également que les éléments suivants étaient déjà réalisés fin 2017 pour transmettre à l'autorité inférieure toutes les données nécessaires pour bénéficier de la rétribution. En effet, elle disposait d'un POD « virtuel » calculant la production nette de la microcentrale depuis le 1^{er} janvier 2015 ; la production nette de celle-ci était adressée à Swissgrid de manière séparée par rapport à la production du barrage depuis le 30 novembre 2017 ; la certification de la microcentrale réalisée par un auditeur externe avait été communiquée à Swissgrid le 6 décembre 2017 ; la question de la répartition des garanties d'origine suisse, à hauteur de 64.6%, et française, avait déjà été clarifiée par Swissgrid depuis le 29 janvier 2015. Elle admet que certains éléments techniques n'ont été clarifiés qu'en 2019, mais rappelle que cela est dû à une négligence de l'autorité inférieure dans le traitement de sa demande car elle l'a oubliée et a

perdu son dossier. Le décalage d'une année est entièrement dû aux erreurs de traitement du dossier par l'autorité inférieure. Aucune raison technique ne l'empêche.

4.1.3 En outre, la recourante indique que, dans la certification de l'installation de décembre 2017, l'auditeur, accrédité par Pronovo, s'est trompé dans la qualification du type d'installation, alors qu'il s'agit manifestement d'une centrale de dotation, ce qui a été corrigé le 30 septembre 2018. Si l'autorité inférieure avait eu des doutes quant aux informations transmises par l'auditeur, elle aurait pu requérir des compléments d'information à ce moment-là, ce qu'elle n'a pas fait. La recourante souligne que, dans toute la procédure de demande de rétribution, elle a présenté l'installation comme étant une centrale accessoire à une centrale principale, appelée aussi centrale de dotation. Suite à la correction du 30 septembre 2018, l'autorité inférieure n'a pas réagi jusqu'à ce qu'elle la relance le 14 janvier 2020. Le 15 janvier 2020, l'autorité inférieure a finalement précisé les informations complémentaires requises, qu'elle a produites le 6 avril 2020. Par ailleurs, la recourante considère que, même si, selon l'autorité inférieure, la clarification n'est intervenue que courant 2020 – alors que les informations nécessaires étaient déjà en sa possession depuis 2017 –, l'autorité inférieure n'a pas pu démontrer que l'intégration au contingent 2018 n'était pas possible en 2020 de manière rétroactive pour des raisons techniques ou autres. En effet, les fonds ont été mis à disposition par la Confédération pour en faire bénéficier la recourante. Finalement, elle explique avoir accepté d'ajuster les points de mesure avec un facteur de 0.646 à partir de juillet 2019, mais seulement sous réserve que des explications formelles basées sur la loi lui soient transmises quant à la date de début du versement de la rétribution. Elle conteste vivement avoir demandé que la microcentrale soit intégrée dans le SRI dès le 1^{er} juillet 2019.

4.1.4 La recourante fait enfin valoir que le versement de la rétribution à partir du 1^{er} juillet 2019 viole manifestement la bonne foi, protégée par les art. 5 al. 3 et 9 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 [Cst., RS 101]) et le principe de l'égalité de traitement (art. 8 Cst.). En effet, les installations mises en service avant le 31 octobre 2015 et encore sur liste d'attente en 2018 ont, elles, été intégrées au contingent de 2018. Par ailleurs, elle estime qu'il est disproportionné et arbitraire de refuser l'intégration de sa microcentrale dans le contingent 2018 en raison d'éventuelles absences de sa part dans le cadre de la procédure de demande d'intégration dans le SRI. Les principes de la bonne foi, de la proportionnalité et de l'égalité de traitement justifient qu'elle soit intégrée dans

le contingent 2018. Finalement, la recourante estime que l'autorité inférieure viole aussi l'art. 25 al. 2 OEnE.

4.2

4.2.1 L'autorité inférieure explique qu'après la décision de mise sur liste d'attente du 9 février 2015, l'annonce de mise en service lui a été transmise en décembre 2017. L'installation a avancé sur la liste d'attente en raison du fait que la notification d'avancement du projet a été transmise jusqu'au 31 décembre 2017. De ce fait, la rétribution est versée à partir du 1^{er} juillet 2019. Elle indique que la demande de rétribution de l'injection pour centrales hydroélectriques doit comporter entre autres les données certifiées de l'installation et que les données de la certification sont contraignantes pour elle.

4.2.2 Vu la nouvelle loi sur l'énergie, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2018, il s'agissait de déterminer si l'installation hydroélectrique, bien qu'étant d'une puissance inférieure à 1 MW, pouvait bénéficier du régime d'exception prévu par l'art. 19 al. 5 LEnE et l'art. 9 OEnER. Avant de statuer sur la participation de l'installation dans le SRI, elle devait clarifier l'identité de l'exploitant et la question du type d'installation. Cette dernière clarification est une condition, applicable à toutes les installations hydroélectriques, pour l'admission de l'installation dans le SRI. Elle explique avoir reçu en décembre 2017 un audit de S. _____ SA, selon lequel l'installation ne serait pas une centrale de dotation mais une centrale à fil de l'eau et une installation sur des cours d'eau déjà exploitée. La certification des données n'a été corrigée que le 30 septembre 2018 et a confirmé qu'il s'agissait d'une centrale de dotation. En outre, les 20 septembre 2018, 15 janvier 2020 et 24 février 2020, elle a demandé à la recourante de lui fournir un descriptif technique du projet et des plans exécutoires de la phase de construction, prouvant que l'installation était une exception à la limite inférieure pour les installations hydroélectriques. La recourante n'a transmis les documents requis que le 6 avril 2020 seulement.

4.2.3 L'autorité inférieure souligne qu'elle a demandé le 29 mai 2020 à la recourante de se déterminer sur l'admission de l'installation dans le SRI dès le 1^{er} juillet 2019. Elle fait valoir que, dans son courriel du 15 décembre 2020, la recourante s'est déclarée d'accord avec cette proposition. Elle ajoute que, suite à sa requête d'ajuster les points de mesure avec un facteur de 0.646 dès juillet 2019, la recourante a elle-même demandé d'appliquer ce facteur à compter de juillet 2020 en raison de difficultés techniques. Par ailleurs, l'autorité inférieure estime que le communiqué de presse de l'OFEN de 2018 n'est pas une loi contraignante et ne constitue pas une

assurance d'admission dans le SRI. Il ne suffit pas de renvoyer à ce communiqué de presse. Finalement, elle considère avoir respecté les principes de la bonne foi et de l'égalité de traitement. Elle estime que la recourante ne motive pas suffisamment la violation de ces principes. Elle rappelle qu'après avoir reçu l'annonce de mise en service en décembre 2017, elle a statué sur la participation de l'installation dans le SRI par décision du 22 janvier 2021.

4.3 Le droit applicable est le suivant.

4.3.1 La demande de participation au SRI doit être déposée auprès de l'organe d'exécution (cf. art. 21 al. 1 OEneR). S'agissant d'une installation hydraulique, la demande doit contenir toutes les informations listées à l'annexe 1.1, ch. 5, OEneR. Une demande de participation au système de rétribution de l'injection est prise en compte en fonction de sa date de dépôt (cf. art. 18 al. 1 OEneR). Si les moyens ne suffisent pas à prendre en compte immédiatement toutes les demandes, les projets sont inscrits sur une liste d'attente, à moins qu'ils ne remplissent manifestement pas les conditions d'octroi (cf. art. 19 al. 1 OEneR). L'organe d'exécution informe le requérant que son projet a été inscrit sur la liste d'attente (cf. art. 19 al. 2 OEneR). A cet égard, l'inscription sur la liste d'attente ne fonde aucun droit à une future participation au SRI (cf. arrêts du Tribunal fédéral [TF] 2C_254/2021 du 27 septembre 2021 consid. 7.2, 2C_821/2019 du 11 février 2020 consid. 7.3 ; arrêts du TAF A-501/2021 du 19 janvier 2022 consid. 6.5, A-4189/2020 du 9 juin 2021 consid. 5.4).

4.3.2 Lorsque des moyens sont à nouveau disponibles, l'OFEN fixe des contingents dans le cadre desquels les installations figurant sur les listes d'attente peuvent être prises en compte (cf. art. 20 al. 1 OEneR). Lorsque les conditions d'octroi sont vraisemblablement remplies et que des moyens sont disponibles en suffisance, l'organe d'exécution garantit dans son principe, par voie de décision, la participation de l'installation au système de rétribution de l'injection (cf. art. 22 al. 1 OEneR). Après réception de la décision visée à l'art. 22, le requérant doit, dans les délais prescrits, progresser dans l'avancement de son projet et mettre en service l'installation (cf. art. 23 al. 1 OEneR). Le requérant doit remettre l'avis de mise en service complet au plus tard un mois après la mise en service. S'il ne respecte pas ce délai, il n'a pas droit au versement de la prime d'injection jusqu'à ce que l'annonce soit transmise ultérieurement (cf. art. 23 al. 5 OEneR). L'art. 24 al. 1 OEneR prévoit que si l'installation remplit les conditions d'octroi également après la mise en service, l'organe d'exécution décide no-

tamment : l'entrée dans le SRI (let. a), si l'installation relève de la commercialisation directe ou si elle est rétribuée au prix de marché de référence (let. b) et le montant du taux de rétribution (let. c). Si un requérant a mis en service son installation, pour laquelle des moyens sont disponibles, avant que la participation au système de rétribution de l'injection ne lui ait été garantie dans son principe, l'organe d'exécution rend directement une décision si la personne concernée a transmis l'avis complet de mise en service (cf. art. 24 al. 2 OEnER). La naissance du droit au versement de la rétribution et la naissance du droit à la rétribution coïncident dans la majorité des cas. Elles divergent notamment lorsque les moyens ne suffisent pas pour une prise en compte immédiate de la demande et que l'installation est placée sur la liste d'attente (cf. art. 17 al. 2 OEnER ; arrêt du TAF A-104/2021 du 25 novembre 2021 consid. 5.6). Par ailleurs, comme vu ci-dessus (cf. consid. 3.2.1), la loi sur l'énergie a été révisée avec pour objectif de renforcer la production d'électricité issue d'énergies renouvelables. Le soutien financier a été optimisé, développé et assorti de mesures d'appui. Il convient de tenir compte du but de la loi dans le présent cas.

4.3.3 Sous l'ancien droit, les montants à disposition du fonds RPC étaient largement insuffisants pour financer tous les projets annoncés (cf. MATHIEU SIMONA, La Loi fédérale sur l'énergie [LEne] du 30 septembre 2016, in : Jusletter 19 décembre 2016, p. 10). La nouvelle loi sur l'énergie met à disposition davantage de moyens destinés à l'encouragement, qui sont toutefois insuffisants pour résorber complètement la liste d'attente et intégrer toutes les installations dans le SRI. Fin septembre 2017, 39'000 installations se trouvaient sur la liste d'attente, dont environ 1'300 n'étaient pas des installations photovoltaïques. Parmi ces dernières, quelque 180 installations étaient au bénéfice du traitement prioritaire. En d'autres termes, elles se sont retrouvées en tête de liste parce qu'elles étaient prêtes à être construites ou qu'elles étaient déjà en service (cf. Rétribution de l'injection [RPC] pour petites installations hydrauliques et installations éoliennes, géothermiques et de biomasse, Fiche d'information de l'OFEN à l'intention des responsables de projets, Version 1.0 du 2 novembre 2017, disponible sur Internet à l'adresse : www.bfe.admin.ch > Mesures d'encouragement > Energies renouvelables > Rétribution de l'injection > Documents, consulté le 11 juillet 2022). Le 20 mars 2018, l'OFEN a fixé les contingents 2018 pour la rétribution de l'injection. Concernant notamment les petites centrales hydrauliques, il prévoit qu'en juillet 2018, les installations prêtes à être construites ou déjà réalisées qui ont déposé un dossier complet de constructibilité ou de mise en service jusqu'au 31 octobre 2015 (*installations au bénéfice du traitement prioritaire 2015*) auprès de Swissgrid seront intégrées dans le système de rétribution de l'injection (cf. Contingents

2018, Rétribution de l'injection [RPC] et rétribution unique pour les installations photovoltaïques de l'OFEN du 20 mars 2018, disponible sur Internet à l'adresse : www.bfe.admin.ch > Mesures d'encouragement > Energies renouvelables > Rétribution de l'injection > Documents, consulté le 11 juillet 2022).

4.4

4.4.1 En l'espèce, le 17 novembre 2014, la recourante a déposé un dossier complet de mise en service de sa microcentrale, déjà mise en service le 24 mai 2013, après avoir complété plusieurs fois sa demande de RPC. Le 9 février 2015, son installation a été inscrite sur liste d'attente par Swissgrid, vu qu'elle remplissait les conditions de l'art. 7a aLEne mais que les moyens financiers n'étaient plus disponibles. Sous l'ancien droit, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2017, l'art. 7a aLEne fixait notamment les conditions de raccordement pour l'électricité provenant d'énergies renouvelables. En particulier, pour l'énergie hydraulique, il ne fixait pas de limite de puissance inférieure pour pouvoir participer à la RPC mais uniquement une limite de puissance maximale de 10 MW. Au contraire, la nouvelle loi, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2018, prévoit également une limite de puissance minimale en cela que les exploitants des installations hydroélectriques d'une puissance inférieure à 1 MW ou supérieure à 10 MW sont exclus de la participation au SRI. Elle s'applique également aux installations se trouvant sur liste d'attente et déjà en exploitation le 1^{er} janvier 2018 (cf. art. 72 al. 3 LEne).

4.4.2 Vu que l'installation hydroélectrique en cause est d'une puissance inférieure à 1 MW, l'autorité inférieure devait clarifier son type pour déterminer si elle pouvait bénéficier d'une exception pour pouvoir être néanmoins admise dans le SRI (cf. art. 19 al. 4 let. a et al. 5 LEne en lien avec l'art. 9 OEneR). Or, ces clarifications, intervenues entre 2018 et 2020, n'ont pas pour cause que le dossier, déposé avant le 31 octobre 2015, était incomplet. En effet, elles ont dû être effectuées en raison de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur l'énergie pour pouvoir déterminer si l'installation remplissait les conditions d'intégration dans le SRI également sous le nouveau droit. Elles devaient donc nécessairement être effectuées après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi et ne pouvaient pas l'être avant le 31 octobre 2015. Ces clarifications ont permis de confirmer que l'installation hydroélectrique est une centrale de dotation et qu'elle constitue ainsi une exception à la limite inférieure de 1 MW (cf. art. 9 let. a OEneR). La recourante n'est donc pas exclue de la participation au SRI. Le fait que ces clarifications soient intervenues entre 2018 et 2020 n'a pas pour effet de

rendre incomplet le dossier de mise en service de la recourante, déposé le 17 novembre 2014.

4.4.3 Par ailleurs, le fait que la recourante n'ait transmis les documents requis par l'autorité inférieure dans ses courriels des 20 septembre 2018, 15 janvier 2020 et 24 février 2020 pour pouvoir clarifier le type d'installation, que le 6 avril 2020 n'explique pas pour quels motifs la rétribution devrait être versée à partir du 1^{er} juillet 2019 seulement et non déjà dès le 1^{er} juillet 2018, tel que prévu par les contingents 2018 fixés par l'OFEN. Cela, d'autant moins que la certification rectifiée concernant le type d'installation a été produite à l'autorité inférieure par S. _____ SA le 8 octobre 2018 et par la recourante le 15 octobre 2018 déjà et que l'autorité inférieure n'a ensuite pas répondu à la recourante jusqu'au 15 janvier 2020, après avoir été relancée par celle-ci et admettant avoir oublié sa demande.

4.4.4 Quant aux clarifications effectuées au sujet de l'identité de l'exploitant, le Tribunal remarque que sur la demande de RPC du 17 novembre 2014, c'est bien la société des Forces Motrices de Chancy-Pougny qui figure comme bénéficiaire de la RPC, et que les SIG figurent uniquement comme mandataire. De même, si la décision de Swissgrid du 9 février 2015 est adressée aux SIG, il est précisé que c'est en tant que représentant de la société demanderesse et non pas comme bénéficiaire de la RPC. Les clarifications quant à l'identité exacte de l'exploitant sont de nature formelle et, même si elles sont intervenues après le 31 octobre 2015, elles n'ont pas pour cause que le dossier était incomplet à cette date. Partant, l'installation de la recourante remplissait les conditions pour faire partie des contingents 2018, fixés par l'OFEN le 20 mars 2018 sur la base de l'art. 20 al. 1 OEnER, dès juillet 2018. S'il est vrai que la lettre de l'OFEN du 20 mars 2018, fixant les contingents 2018, ne constitue pas une assurance d'admission dans le SRI, elle précise de quelle façon les moyens – à nouveau disponibles mais pas en suffisance pour tous les projets se trouvant sur liste d'attente – doivent être répartis.

4.4.5 En outre, dans le courriel des SIG du 15 décembre 2020 se référant au courriel de l'autorité inférieure du 29 mai 2020, la recourante n'indique pas être d'accord que l'installation intègre le SRI à partir de juillet 2019, mais pose une question de compréhension à ce sujet à l'autorité inférieure. Par ailleurs, concernant la détermination de la part suisse de l'installation, la recourante explique qu'il semble pour l'instant difficile de la faire apparaître rétroactivement et demande s'il est possible de faire partir cette période à partir de juillet 2020. Cependant, elle n'affirme pas qu'il est impossible de la déterminer rétroactivement dès juillet 2018. Au contraire, dans

son opposition du 16 février 2021, la recourante explique avoir adressé la production nette de la microcentrale à Swissgrid de manière séparée par rapport à la production du barrage dès le 30 novembre 2017. Elle précise que la répartition de 64.6% a été activée rétroactivement par Swissgrid à partir du 1^{er} janvier 2014. A l'appui de ses propos, elle produit deux rapports d'audit du 24 février 2017, indiquant la production nette en 2015 et en 2016 en kWh ainsi que la production nette certifiée pour la centrale de Chancy-Pougny correspondant au 64.6%. La recourante a également produit dans la présente procédure de recours, en annexe à son écriture du 11 octobre 2021, la production d'électricité de la microcentrale et la part suisse pour la période du 1^{er} juillet 2018 au 30 juin 2019. Partant, il n'est pas possible de déduire de cet e-mail que la recourante était d'accord avec l'intégration de son installation dans le SRI dès juillet 2019 seulement, ni qu'elle était incapable d'ajuster les points de mesure dès juillet 2018.

4.4.6 Ainsi, le Tribunal retient, à l'instar de l'autorité inférieure, que l'installation hydroélectrique de la recourante satisfait aux conditions légales fixées par les art. 19 al. 1, 3 et 5 LEnE et 9 OEnE R et que la procédure prévue par les art. 21 ss OEnE R a été respectée. Au surplus, il juge que l'installation remplit les conditions, fixées par l'OFEN sur la base de l'art. 20 al. 1 OEnE R, pour pouvoir bénéficier des contingents 2018 dès le 1^{er} juillet 2018. Partant, la rétribution du courant injecté doit être versée en faveur de l'installation hydroélectrique de la recourante dès le 1^{er} juillet 2018.

5.

Il découle de ce qui précède que le recours du 13 septembre 2021 est admis. Selon l'art. 61 al. 1 PA, l'autorité de recours statue elle-même sur l'affaire ou exceptionnellement la renvoie avec des instructions impératives à l'autorité inférieure. En l'espèce, le dispositif de la décision attaquée est réformé en ce sens que son ch. 2 prévoit que la rétribution est versée à partir du 1^{er} juillet 2018. Il est ainsi fait droit aux conclusions de la recourante et il n'est pas nécessaire de se prononcer sur ses autres griefs.

6.

En règle générale, les frais de procédure comprenant l'émolument judiciaire et les débours sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). Aucun frais de procédure n'est mis à la charge des autorités inférieures, ni des autorités fédérales recourantes et déboutées (art. 63 al. 2 PA).

En l'espèce, la recourante a obtenu entièrement gain de cause. Partant, il n'y a pas lieu de percevoir de frais de procédure. L'avance sur les frais de procédure présumés de 3'000 francs versée par la recourante durant l'instruction lui sera restituée une fois le présent jugement entré en force.

7.

L'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement 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 FITAF).

La recourante n'est pas représentée par un avocat ou un autre mandataire et n'a pas fait valoir d'autres frais nécessaires. Il n'y a en conséquence pas lieu de lui allouer de dépens.

(le dispositif est porté à la page suivante)

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est admis et le dispositif de la décision attaquée du 13 août 2021 est réformé en ce sens que son ch. 2 prévoit que la rétribution est versée à partir du 1^{er} juillet 2018.

2.

Il n'est pas perçu de frais de procédure.

3.

L'avance de frais effectuée d'un montant de 3'000 francs sera restituée à la recourante après l'entrée en force du présent arrêt.

4.

Il n'est pas alloué de dépens.

5.

Le présent arrêt est adressé à la recourante et à l'autorité inférieure.

Le juge instructeur :

La greffière :

Jérôme Candrian

Johanna Hirsch-Sadik

Indication des voies de droit :

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). Ce délai est réputé observé si les mémoires sont remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à La Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 48 al. 1 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 de la partie recourante (art. 42 LTF).

Expédition :

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (acte judiciaire)