



Nos références : 221-00018 (anc. 941-12-074)

Berne, le 14 août 2014

DECISION

de la Commission fédérale de l'électricité (ElCom)

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

en l'affaire : **A et B**, [...], [...]

(les requérants)

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

(la participante à la procédure)

concernant l'évaluation de la décision de Swissgrid SA du 31 octobre 2012 relative au montant définitif attribué en vue de la rétribution à prix coûtant du courant injecté (RPC) – projet RPC 00005789 ; qualification de l'installation photovoltaïque

Table des matières

I	Exposé des faits	3
II	Considérants	4
1	Compétence	4
2	Parties et droit d'être entendu	4
2.1	Parties.....	4
2.2	Droit d'être entendu	4
3	Appréciation matérielle	5
3.1	Qualification de l'installation photovoltaïque	5
3.2	Sécurité du droit	7
3.3	Egalité de traitement dans l'illégalité	7
4	Emoluments.....	8
5	Dépens	8
III	Dispositif	9
IV	Indication des voies de recours.....	10

I Exposé des faits

- 1 MM. A et B (ci-après : les requérants) exploitent une installation photovoltaïque située sur un toit au lieu-dit « Les Chaux », sur la commune de [...]. Ils ont déposé auprès de Swissgrid SA (ci-après : la participante à la procédure) une annonce en vue de la rétribution à prix coûtant du courant injecté (RPC). Par courrier du 1^{er} juillet 2011, la participante à la procédure leur a confirmé que le projet annoncé remplissait les conditions en vue de la RPC (cf. act. 4, annexe 3, 1^{er} paragraphe). Par courrier recommandé du 31 octobre 2012 (ci-après : la décision querellée), la participante à la procédure a fixé un taux de rétribution définitif de 37.0 cts/kWh calculé sur la base d'une installation de 246.7 kWp qualifiée d'ajoutée (act. 4, annexe 3).
- 2 Par courrier recommandé du 26 novembre 2012 adressé à la participante à la procédure (act. 1, annexe 1) et transmis d'office à l'EiCom par celle-ci pour raison de compétence par courriel du 6 décembre 2012 (act. 1), les requérants ont déposé une requête en appréciation de la décision querellée. Ils contestent l'attribution de l'installation litigieuse à la catégorie ajoutée et estiment qu'elle doit être qualifiée d'intégrée. Ils concluent à une rétribution de 41 cts/kWh.
- 3 Par courriel du 11 décembre 2012 (act. 4), la participante à la procédure a déposé auprès du Secrétariat technique de l'EiCom les principaux éléments du dossier de la cause en sa possession. Elle a également déposé une première prise de position informelle.
- 4 Par courriel du 28 mai 2013 (act. 6), les requérants, donnant suite à la requête de l'EiCom du 18 avril 2013 (act. 5), ont produit des photographies de l'installation litigieuse.
- 5 Le Secrétariat technique de l'EiCom a notifié aux parties son évaluation de la situation juridique par courrier du 2 avril 2014 (act. 7). Il qualifie l'installation litigieuse d'ajoutée.
- 6 Par courrier recommandé du 31 mai 2014 (act. 10), les requérants ont requis une décision formelle de l'EiCom. Ils développent leur argumentation.
- 7 Le Secrétariat technique de l'EiCom a donc formellement ouvert la procédure au sens de la loi fédérale du 20 décembre 1968 (PA ; RS 172.021) par courrier recommandé du 4 juin 2014 aux parties (act. 11). Il leur a simultanément transmis copie du dossier et il a fixé un délai à la participante à la procédure pour prendre position.
- 8 La participante à la procédure a pris position sur la cause par mémoire du 10 juillet 2014 (act. 13). Elle conclut à ce qui suit :

*« Die Begehren vom 26. November und vom 31. Mai 2014 seien vollumfänglich abzuweisen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. »*
- 9 Par courrier recommandé du 14 juillet 2014 (act. 14), le Secrétariat technique de l'EiCom a transmis aux requérants la prise de position de la participante à la procédure.
- 10 Les requérants ont déposé une prise de position complémentaire par courrier recommandé du 9 août 2014 (act. 15). Ils ont confirmé leurs conclusions et développé leur argumentation. Le Secrétariat technique de l'EiCom l'a transmise pour information à la participante à la procédure par courrier recommandé du 12 août 2014 (act. 16).
- 11 Il sera revenu ci-après, en tant que besoin, sur les autres éléments du dossier.

II Considérants

1 Compétence

- 12 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 (articles 7, 7a et 15b, LEne ; ElCom, décision du 3 juillet 2014, 221-00031 [anc. 941-13-020], consid. 1, ch. marg. 30 ss, p. 7 et références citées).
- 13 En l'espèce, il y a lieu de déterminer si l'installation photovoltaïque des requérants appartient à la catégorie des installations ajoutées ou à celle des installations intégrées selon le chiffre 2, de l'appendice 1.2, de l'ordonnance du 7 décembre 1998 sur l'énergie (OEne ; RS 730.01). 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.
- 14 La compétence de l'ElCom est ainsi donnée. Elle se fonde sur l'article 25, alinéa 1bis, LEne.

2 Parties et droit d'être entendu

2.1 Parties

- 15 Sont admises comme parties au sens de l'article 6, PA les personnes dont les droits ou les obligations pourraient être touchés par la décision à prendre, ainsi que les autres personnes, organisations ou autorités, qui disposent d'un moyen de droit contre la décision.
- 16 En l'espèce, les requérants ont introduit une requête en appréciation du litige prédécrit. Ils sont destinataires de la décision. En conséquence, ils revêtent la qualité de partie au sens de l'article 6, PA.
- 17 La participante à la procédure est concernée par l'objet du litige du fait de sa décision. C'est pourquoi elle dispose elle-aussi de la qualité de partie au sens de l'article 6, PA.

2.2 Droit d'être entendu

- 18 Les parties ont bénéficié de la faculté de prendre position dans le cadre de la présente procédure. Elles ont fait usage de leur droit. La requête des requérants (act. 1, annexe 1) et d'autres pièces de procédure (notamment act. 6, 10 et 15) ont été soumises à la participante à la procédure pour prise de position (act. 11 et 16). En outre, les prises de position de celle-ci (act. 4 et 13) ont été transmises aux requérants (act. 11 et 14). Les conclusions des parties et les arguments y relatifs ont été pris en compte par l'ElCom dans le cadre de l'appréciation matérielle du cas d'espèce. Ainsi, le droit d'être entendu des parties a été respecté (article 29, PA).

3 Appréciation matérielle

3.1 Qualification de l'installation photovoltaïque

- 19 La question litigieuse porte sur la question de savoir si l'installation photovoltaïque litigieuse doit être qualifiée d'intégrée ou d'ajoutée.
- 20 Selon le chiffre 2.2, de l'appendice 1.2, OEne (état jusqu'au 31 décembre 2013), les installations photovoltaïques doivent être qualifiées d'ajoutées lorsqu'elles sont liées à la construction de bâtiments ou d'autres installations d'infrastructure et vouées exclusivement à la production d'électricité, par exemple modules montés sur un toit de tuiles ou sur un toit plat à l'aide de systèmes de fixation.
- 21 Par contre, selon le chiffre 2.3, de l'appendice 1.2, OEne (état jusqu'au 31 décembre 2013), les installations intégrées sont les installations intégrées dans les constructions et qui remplissent une double fonction, par exemple modules photovoltaïques substituée à des tuiles ou des éléments de façade, modules intégrés dans les murs anti-bruit. Ainsi, selon la lettre de l'ordonnance, les deux exigences – intégration et double fonction – doivent être remplies pour qu'une installation puisse être qualifiée d'intégrée. A titre d'exemple, les modules photovoltaïques substitués à des tuiles, à des éléments de façade, ou encore à des murs anti-bruit, sont qualifiés d'intégrés. Depuis lors, cette disposition réglementaire a fait l'objet d'une révision ayant abouti à une énumération exhaustive et non plus exemplative des doubles fonctions reconnues.
- 22 Une directive de l'Office fédéral de l'énergie OFEN (« Directive relative à la rétribution du courant injecté à prix coûtant [RPC], art. 7a LEne, Photovoltaïque [PV] [appendice 1.2 OEne] », version 1.2 du 1^{er} octobre 2011 en vigueur le 31 octobre 2012, date de la décision querellée ; ci-après : directive de l'OFEN) concrétise la définition d'installation photovoltaïque intégrée. Dans ce but, elle formule trois principes directeurs :
- 23 Le premier principe directeur concrétise la notion de double fonction d'une installation de production intégrée : en plus de la production d'électricité, l'installation de production intégrée doit par exemple également servir de protection contre les intempéries ou contre les chutes, de protection solaire ou thermique, de protection contre le bruit, etc. Les modules doivent remplacer une partie de la construction. Si l'on supprime le module PV, la fonction initiale de la construction n'est plus remplie ou seulement encore sommairement, ce qui rend son remplacement absolument nécessaire. Les exigences normales pour l'enveloppe externe du bâtiment ne sont pas considérées comme une fonction. On exige par exemple que l'enveloppe du bâtiment résiste à la grêle ou protège contre les incendies.
- 24 Le deuxième principe directeur définit une installation de production comme intégrée lorsque les modules photovoltaïques constituent une surface supérieure de bâtiment intégrale et homogène rendant invisible tout élément de la structure du bâtiment. Les cadres en tôle de grande surface pour compenser la largeur des modules ne sont pas reconnus. Dans tous les cas, on ne doit voir aucun élément de l'ossature sur les bordures latérales, le faîtage et les chéneaux. Du fait que des installations de ce genre ne sont pas intégrées à la toiture et ne remplissent d'ordinaire pas de double fonction, le deuxième principe directeur ne satisfait pas à la réglementation fixée dans l'OEne.
- 25 Le troisième principe directeur se réfère à des modules solaires spéciaux insérés dans les matériaux membraneux et n'est pas pertinent dans le cas d'espèce (EiCom, décision du 3 juillet 2014, 221-00031 [anc. 941-13-020], consid. 4.1, ch. marg 43 ss, p. 9 et EiCom, décision du 12 juin 2014, 221-00015 [anc. 941-12-071], consid. 3.1, ch. marg 29 ss, p. 7s.).

- 26 A titre préalable, il y a lieu de constater que l'installation litigieuse n'est pas intégrée à la construction. En effet, les requérants eux-mêmes admettent que la toiture d'origine a été maintenue pour des motifs indépendants de leur volonté (act. 10, ch. 3 et 4, pp. 1 s.). Celle-ci est en outre également visible sur les photographies produites par les requérants (act. 4, annexe 2, act. 6, annexe 5 et act. 13, annexe 1 notamment).
- 27 Ensuite, les requérants ne sauraient être suivis lorsque, se prévalant du premier principe directeur de la directive de l'OFEN, ils arguent que les modules photovoltaïques de l'installation litigieuse remplissent une double fonction, à savoir servir de protection contre les incendies (1) et favoriser la circulation de l'air en vue de chauffer l'air utilisée ensuite par le séchoir en grange (2) (act. 10, ch. 3 et 4, pp. 1 s.).
- 28 Premièrement, les exigences normales pour l'enveloppe extérieure du bâtiment ne sont pas considérées comme une fonction. La protection contre les incendies constitue une telle exigence normale (directive de l'OFEN, p. 4 ; ElCom, décision du 3 juillet 2014, 221-00031 [anc. 941-13-020], consid. 4.1, ch. marg. 52, p. 10). Ainsi, le fait que les autorités cantonales ou les normes anti-incendie exigent la pose d'une sous-toiture pour séparer les modules photovoltaïques des locaux sur lesquels ils sont fixés pour prévenir du risque d'incendie tend à démontrer que les modules photovoltaïques n'appartiennent pas à l'enveloppe extérieure du bâtiment. La fonction initiale du toit qui réside dans la protection contre les incendies n'est donc pas remplie par les modules photovoltaïques, mais bien par la toiture d'origine. Assurément, dans le cas d'espèce, les modules photovoltaïques installés sont voués exclusivement à la production d'électricité. Ainsi, si on les supprime, la fonction initiale du toit est encore remplie, ne rendant pas leur remplacement absolument nécessaire. En d'autres termes, la toiture remplirait totalement sa fonction même en l'absence de modules photovoltaïques.
- 29 Deuxièmement, dans le cas d'espèce, les modules photovoltaïques ont été montés sur le toit préexistant sans que les tôles en Eternit n'aient été préalablement retirées (ch. marg. 26). Comme la qualification d'une installation photovoltaïque comme intégrée suppose que les deux conditions cumulatives de l'intégration et de la double fonction soient remplies (chiffre 2.3, de l'appendice 1.2, OEne [état jusqu'au 31 décembre 2013], cf. ch. marg. 21), la question de savoir si le fait de chauffer l'air utilisé ensuite par le séchoir en grange est une double fonction peut rester ouverte en l'espèce. La condition de l'intégration des modules photovoltaïques n'est en effet pas remplie, ce qui constitue un motif suffisant à ne pas qualifier l'installation d'intégrée au sens du chiffre 2.3, de l'appendice 1.2, OEne et du premier principe directeur de la directive de l'OFEN (cf. ch. marg. 26 ; cf. également : ElCom, décision du 11 mars 2014, 221-00012 [anc. 941-12-067], consid. 3, ch. marg. 29, p. 6).
- 30 Ensuite, il ressort des pièces au dossier que les modules photovoltaïques ne constituent pas une surface supérieure de bâtiment intégrale et homogène rendant invisible tout élément de la structure du bâtiment au sens du deuxième principe directeur de la directive de l'OFEN. Certes les requérants ont posé des tôles de couleur identique aux modules photovoltaïques autour du toit et de la cheminée destinées à compenser la largeur des panneaux photovoltaïques (act. 6, annexes 3 – 7, act. 10, ch. 5, p. 2.). Toutefois, la surface supérieure de bâtiment n'apparaît pas intégrale et homogène rendant invisible tout élément de la structure du bâtiment. Au contraire, l'on ne peut que constater, sur les différentes photographies produites, l'existence de cadres en tôle de grande surface destinés à compenser la largeur des modules photovoltaïques en bordure de toit (act. 6, annexes 5 – 7) et autour des cheminées (act. 6, annexes 3 et 4) ainsi que l'existence d'une toiture, située sous les panneaux photovoltaïques (act. 4, annexe 2, act. 6, annexe 5 et act. 13, annexe 1 notamment). Pour couvrir ce genre de lacune, la directive de l'OFEN suggère de recourir à des modules vides adéquats. Tel n'a pas été le cas en l'espèce. Le recours à des cadres en tôle d'une dimension de 38 cm à l'est et de 41 cm à l'ouest (act. 10, ch. 5, p. 2) ne saurait être qualifié d'insignifiant comme l'allègue les requérants. En effet, cumu-

lés, ces cadres font près de 80 cm. En outre, la taille des panneaux photovoltaïques étant largement standardisée, cette appréciation n'est pas à poser en comparaison avec la surface totale du toit comme ils le prétendent. Pour ces raisons, l'installation photovoltaïque n'apparaît donc pas totalement intégrale et homogène. Ainsi, même si le deuxième principe directeur de la directive de l'OFEN dont se prévalent les requérants devait s'avérer compatible avec l'OENE, l'installation litigieuse n'en remplirait pas les critères d'application.

- 31 Il découle de ce qui précède que l'installation litigieuse ne remplit pas les exigences d'une installation intégrée au sens du chiffre 2.3, de l'appendice 1.2, OENE (état jusqu'au 31 décembre 2013), si bien que c'est avec raison que la participante à la procédure l'a qualifiée d'installation ajoutée. Elle n'a donc pas commis de violation du droit en agissant de la sorte.

3.2 Sécurité du droit

- 32 Les requérants n'exposent pas en quoi la pratique de l'autorité serait plus restrictive actuellement qu'auparavant comme ils le prétendent. Ils n'illustrent d'ailleurs pas leurs propos au moyen de cas concrets qu'ils porteraient à connaissance de l'autorité. Ainsi, ils ne sauraient dès lors être suivis lorsqu'ils font le grief que, pour respecter le principe de la sécurité du droit, une nouvelle pratique plus restrictive n'est applicable qu'aux situations nouvelles et non aux projets qui ont d'ores et déjà commencés.

3.3 Egalité de traitement dans l'illégalité

- 33 Enfin, les requérants se prévalent de l'égalité de traitement dans l'illégalité. Pour eux, la participante à la procédure refuse de considérer l'installation litigieuse comme intégrée, alors qu'elle l'aurait admis pour de nombreuses installations semblables (act. 10, ch. 1, p. 1).
- 34 A titre préalable, il y a lieu de souligner, qu'ici aussi, les requérants ne se prévalent pas d'un cas concret d'inégalité de traitement qu'elle porterait à la connaissance de l'autorité. Il n'est toutefois pas impossible que des erreurs de qualification d'installations photovoltaïques se soient produites. Cependant, le citoyen ne peut prétendre à l'égalité dans l'illégalité que s'il y a lieu de prévoir que l'administration persévéra dans l'inobservation de la loi. Il faut encore que l'autorité n'ait pas respecté la loi selon une pratique constante, et non pas dans un ou quelques cas isolés, et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant n'impose de donner la préférence au respect de la légalité (ATF 139 II 49, consid. 7.1, p. 61 ; ElCom, décision du 3 juillet 2014, 221-00031 [anc. 941-13-020], consid. 4.3, ch. marg 61, p. 12 et références citées).
- 35 Dans le cas d'espèce, il faut retenir que, de la part de la participante à la procédure, il n'existe, ni une pratique constante contraire à la loi, ni une volonté d'appliquer une telle pratique dans le futur. Les requérants ne démontrent d'ailleurs pas que tel serait le cas. Une éventuelle mauvaise application du droit dans d'autres cas ne donne en principe pas le droit au même traitement contraire à la loi (cf. ATF 131 V 9, consid. 3.7, p. 20 ; ElCom, décision du 3 juillet 2014, 221-00031 [anc. 941-13-020], ch. marg 62, p. 12 et références citées).
- 36 Les requérants ne peuvent par conséquent pas être mis au bénéfice de l'égalité de traitement dans l'illégalité dont ils se prévalent en l'espèce.

4 Emoluments

- 37 Pour ses décisions dans les domaines de l'approvisionnement en électricité et de production d'énergie, l'EiCom prélève des émoluments (article 21, alinéa 5, de la loi du 23 mars 2007 sur l'approvisionnement en électricité [LApEI ; RS 734.7], article 13a, de l'ordonnance du 22 novembre 2006 sur les émoluments et les taxes de surveillance dans le domaine de l'énergie [Oémol-En ; RS 730.05]). Ces émoluments sont calculés en fonction du temps consacré au dossier et varient suivant la classe de fonction du personnel exécutant de 75 francs à 250 francs l'heure (article 3, Oémol-En).
- 38 Pour la présente décision, l'émolument perçu s'élève à [...] francs, représentant [...] heures de travail facturées au tarif de 250 francs/heure, [...] heures de travail facturées au tarif de 200 francs/heure et [...] heures au tarif de 180 francs/heure.
- 39 Celui qui provoque une décision est tenu de payer l'émolument (article 1, alinéa 3, Oémol-En en lien avec l'article 2, alinéa 1, de l'ordonnance générale sur les émoluments du 8 septembre 2004 [OGEmol ; RS 172.041.1]).
- 40 Or, en l'espèce, les requérants qui succombent ont provoqué cette décision par leur requête dans la mesure où leurs griefs n'étaient pas fondés. Par conséquent, l'émolument de la présente procédure est mis à leur charge.

5 Dépens

- 41 La participante à la procédure (act. 13) conclut à l'octroi de dépens. Toutefois, ni la législation sur l'approvisionnement en électricité, ni la PA ne prévoient l'allocation de dépens dans le cadre d'une procédure de première instance. En outre, il n'y a pas de place pour une application par analogie de l'article 64, PA, lequel concerne la procédure de recours, à la procédure de première instance. En effet, il ne s'agit pas d'une lacune proprement dite. Au contraire, le législateur connaissait cette particularité et il l'a voulue (ATF 132 II 47, consid. 5.2, pp. 62 s. et références citées). En conséquence, il n'y a pas lieu d'allouer de dépens en l'espèce (voir notamment : EiCom, décision du 3 juillet 2014, 221-00031 [anc. 941-13-020], consid. 6, p. 13 et références citées).

III Dispositif

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

1. La décision de Swissgrid SA du 31 octobre 2012 concernant le projet-RPC 00005789 est entièrement confirmée. L'installation photovoltaïque « PV [...] – Exploitation agricole » doit être qualifiée d'ajoutée.
2. L'émolument pour la présente procédure s'élève à [...] francs. Il est mis solidairement à la charge de MM. A et B. La facture sera envoyée après l'entrée en force de la présente décision.
3. Il n'est pas alloué de dépens.
4. La présente décision est notifiée aux parties par lettre recommandée.

Berne, le 14 août 2014

Commission fédérale de l'électricité ECom

Carlo Schmid-Sutter
Président

Renato Tami
Directeur

Envoi :

A notifier par lettre recommandée à :

- MM. A et B, [...], [...] ;
- Swissgrid SA, CS-RD, Dammstrasse 3, case postale 22, 5070 Frick.

Copie pour information (en courrier A-Prioritaire) :

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

IV Indication des voies de recours

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

- a) du 7^e jour avant Pâques au 7^e jour après Pâques inclusivement ;
- b) du 15 juillet au 15 août inclusivement ;
- c) du 18 décembre au 2 janvier inclusivement (articles 23, LApEI, 22a et 50, PA).

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