



Nos références: 941-08-041

Berne, le 26 mars 2009

DECISION

de la Commission fédérale de l'électricité (ElCom)

Composition: Carlo Schmid-Sutter (Président), Brigitta Kratz (Vice-présidente), Hans-Jörg Schötzau (Vice-président), Anne Christine d'Arcy, Aline Clerc, Matthias Finger, Werner K. Geiger

en l'affaire:



destinataire de la décision

concernant

le droit à la rétribution du courant injecté à prix coûtant selon l'article 7a LEne et 29 alinéa 4 lettre a OEne.



I Exposé des faits

A.

██████████ (ci-après : le destinataire de la décision) exploite une petite installation photovoltaïque qu'il a installée sur le toit de sa maison dans le courant de l'année 2008. Elle est en service depuis le 10 octobre 2008 (act. 2 et act. 2, annexe 3).

B.

Désireux de bénéficier de la rétribution à prix coûtant (ci-après : RPC) du courant produit par son installation et injecté dans le réseau, le destinataire de la décision a fait parvenir à swissgrid SA, par courrier du 2 mai 2008, une annonce relative à la rétribution à prix coûtant du courant injecté (act. 6, annexes 5 - 6).

Par courrier du 17 octobre 2008, swissgrid SA a constaté que les conditions pour la rétribution à prix coûtant du courant injecté au sens de l'article 7a de la Loi sur l'énergie du 26 juin 1998 (RS 730.0 ; LEné) sont remplies et a enregistré le projet sur la liste d'attente en fonction de sa date d'annonce (act. 2, annexe 4).

C.

Par courrier du 11 novembre 2008 adressé à l'EiCom, le destinataire de la décision a demandé à l'EiCom de statuer sur son cas et de reconsidérer la décision de swissgrid SA (act. 2).

Par courrier du 3 décembre 2008, le Secrétariat technique de l'EiCom a expliqué au destinataire de la décision les conditions à remplir pour bénéficier de la RPC (act. 3). Un entretien téléphonique et un échange de courrier entre le Secrétariat technique et le destinataire de la décision s'en sont suivis (act. 4 - 5).

D.

Dans l'échange de correspondance dont il est question plus avant, le destinataire de la décision a confirmé sa volonté d'obtenir une décision formelle. Ainsi, par courrier du 5 février 2009, le Secrétariat technique de l'EiCom a sommé le destinataire de la décision de produire le permis de construire ainsi que la formule « demande de raccordement pour une installation autoproductrice (IAP) pour mise en parallèle avec le réseau de distribution » (act. 5).

Par courrier recommandé du 12 février 2009, le destinataire de la décision a fait parvenir à l'EiCom les documents requis (act. 6). Il en a joints d'autres et a exigé une nouvelle évaluation de son dossier. Parmi les documents déposés se trouvent le permis de construire octroyé par le Préfet du district de ██████████ et daté du 25 juillet 2008 (act. 6, annexe 3), ainsi que la formule « Demande de raccordement pour une installation autoproductrice (IAP) pour mise en parallèle avec le réseau de distribution » signé par ██████████ en sa qualité de gestionnaire de réseau en date du 29 avril 2008 (act. 6, annexe 4).



II Considérants

1 Compétence

A teneur de l'article 25 alinéa 1bis LEne, les litiges portant sur les conditions de raccordement des installations productrices d'énergie et les suppléments sur les coûts de transport (articles 7, 7a, 15b et 28a LEne) relèvent de la Commission de l'électricité.

En l'espèce, le destinataire de la décision souhaite bénéficier de la rétribution du courant injecté à prix coûtant dans le cadre du plafond spécial dont il est question aux articles 3f alinéa 1, 1^{ère} phrase et 29 alinéa 4 lettre a de l'Ordonnance sur l'énergie du 7 décembre 1998 (RS 730.01 ; OEne). Or, il découle de la structure de l'ordonnance que ces articles sont des dispositions d'exécution de l'article 7a LEne. Dès lors, la compétence de l'ECom est donnée pour traiter du présent litige.

Par contre, l'ECom n'est pas compétente pour se prononcer sur des questions de subventions octroyées par les collectivités publiques. En effet, ces questions relèvent de la législation édictée par les collectivités publiques concernées. Il ne sera dès lors pas question dans la présente décision du litige relatif à l'octroi de subvention par le Canton [REDACTED] à certains producteurs d'électricité issue d'énergies renouvelables.

2 Parties

Sont admises comme parties au sens de l'article 6 de la Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (RS 172.021; 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.

[REDACTED] est gestionnaire d'une installation de production de courant photovoltaïque. Il est destinataire de la décision. De ce fait, il est touché dans ses droits et ses obligations. La qualité de partie doit dès lors lui être reconnue.

3 Allégués du destinataire de la décision

Il ressort de l'ensemble des actes de procédure produits par le destinataire de la décision qu'il affirme avoir déposé dans les délais l'ensemble des pièces requises. Il soulève aussi le grief d'inégalité de traitement. En effet, pour lui, [REDACTED] et d'autres producteurs d'énergie renouvelable ont bénéficié de la RPC, alors même qu'ils n'ont pas déposé les documents dans les délais. [REDACTED] n'aurait d'ailleurs pas encore obtenu le permis de construire nécessaire à la réalisation de son projet. Le destinataire de la décision souhaite bénéficier prioritairement de la RPC, son projet étant antérieur à celui de [REDACTED]. De plus, il constate un manque de coordination entre les autorités fédérales et cantonales en matière d'énergies renouvelables. Il déplore aussi le fait que certaines installations bénéficient d'un subventionnement cantonal doublé de la rétribution à prix coûtant fédérale (act. 2, 4 et 6).



4 Droit à la rétribution à prix coûtant et capacité disponible

La rétribution de l'injection de courant provenant d'énergies renouvelables est réglementée dans la LEné et dans l'OEné. Ainsi, l'article 7a LEné pose le principe, alors que l'article 15b alinéa 4 LEné prévoit que cette contribution est financée au moyen d'un fond alimenté par le prélèvement d'un supplément sur les coûts de transport des réseaux à haute tension (fonds RPC). Le produit du supplément ne doit pas dépasser 0.6 centime par kWh de la consommation finale annuelle (art. 15b al. 4 LEné).

L'article 3g OEné réglemente la procédure d'annonce. Selon cette disposition, quiconque veut construire une nouvelle installation doit annoncer son projet à la société nationale du réseau de transport ; l'annonce doit comporter en particulier les documents visés aux appendices 1.1 à 1.5 (alinéa 1). La société nationale examine, en se basant sur le prix du marché défini à l'article 3j alinéa 2 lequel est déterminant au moment de sa décision, si le projet peut s'intégrer dans l'augmentation de capacité visée à l'article 7a alinéa 2 lettre d LEné, ou dans la somme maximale des suppléments visés à l'article 7a alinéa 4 LEné ; la société nationale du réseau de transport notifie le résultat de son examen au requérant au moyen d'une décision (alinéa 3). La date d'annonce du projet est déterminante pour sa prise en compte ; si tous les projets annoncés un même jour ne peuvent être pris en compte, la société nationale de réseau de transport choisit prioritairement ceux qui présentent la puissance la plus importante (alinéa 5). Par ailleurs, les projets non pris en compte sont inscrits dans une liste d'attente, établie selon leur date d'annonce (alinéa 6). Il découle de ce qui précède qu'une décision positive dans le domaine de la rétribution à prix coûtant ne peut être rendue que lorsque les augmentations de capacité ne sont pas atteintes.

A teneur de l'article 3f alinéa 1 1^{ère} phrase OEné, l'Office fédéral de l'énergie (ci-après : OFEN) fixe chaque année l'augmentation de capacité pour les installations photovoltaïques en vue d'un accroissement continu. L'article 29 alinéa 4 lettre a OEné dispose que l'OFEN doit fixer le 1^{er} mai 2008, pour l'année 2008, les augmentations de capacité pour les installations photovoltaïques pour lesquels on disposait, dès le 1^{er} mai 2008, des indications requises concernant l'annonce et l'avancement du projet. L'OFEN a fixé cette augmentation de capacité à 20 MWp. A teneur de l'article 29 alinéa 4 lettre b OEné, l'OFEN fixe les augmentations de capacité pour les installations pour lesquelles une décision positive pourra vraisemblablement être prise d'ici au 31 décembre 2008. Cette augmentation de capacité se monte à 5 MWp (Communiqué de presse de l'OFEN du 18 août 2008, act. 1).

A teneur de l'article 3g alinéa 4 OEné, s'il apparaît que la somme des rémunérations va vraisemblablement atteindre l'augmentation de capacité ou le plafond des suppléments, l'office communique à la société nationale du réseau de transport qu'elle ne doit plus rendre de décision.

Par communiqués de presse du 18 août 2008 et 2 février 2009 (act. 1 et act. 8), l'OFEN a rendu public que le plafond annuel à l'augmentation des capacités 2008 au sens de l'article 29 alinéa 4 lettre b OEné était atteint pour les installations photovoltaïques le premier jour du dépôt des annonces déjà et qu'il a ordonné à swissgrid SA de ne plus accorder de décisions positives pour les installations qui dépassent le plafond annuel à l'augmentation de capacité. Il a précisé que seules peuvent être prises en considération les installations photovoltaïques qui ont été mises en service entre le 1^{er} janvier 2006 et le 30 avril 2008 ou qui disposaient alors déjà d'un permis de construire (augmentation de capacité au sens de l'article 29 alinéa 4 lettre a OEné).

Le destinataire de la décision a annoncé son installation auprès de swissgrid SA par courrier du 2 mai 2008 (act. 6, annexe 10). Il était possible de déposer les annonces dès le 1^{er} mai 2008, date à laquelle l'article 3g OEné est entré en vigueur (article 32 alinéa 4 lettre b de l'Ordonnance sur



l'approvisionnement en électricité du 14 mars 2008 [RS 734.71 ; OApEl]). Les annonces avec un timbre postal du 1^{er} et du 2 mai 2008 ont été traitées de la même manière (Communiqué de presse de l'OFEN du 17 avril 2008 intitulé « Rétribution du courant injecté à prix coûtant : informations importantes pour la procédure d'annonce » [act. 9]). L'annonce du destinataire de la décision contenait toutes les informations nécessaires exigées par le chiffre 5.1 de l'appendice 1.2 OEné, à savoir la catégorie de l'installation, la puissance nominale, la production annuelle attendue, l'accord des propriétaires fonciers ainsi que la date prévue de mise en service (act. 6, annexe 4). Dès lors, il a en principe le droit à la rétribution à prix coûtant pour la totalité de l'électricité produite par son installation (article 7a alinéa 1 et 2 LEné). L'annonce du projet du destinataire de la décision est datée du 2 mai 2008. L'augmentation de capacité au sens de l'article 29 alinéa 4 lettre b OEné était déjà atteinte le premier jour du dépôt des annonces. Dans le cadre de l'augmentation des capacités au sens de l'article 29 alinéa 4 lettre b OEné, ont seules pu être prises en compte les annonces portant un cachet postal du 1^{er} ou 2 mai 2008 et portant sur une installation d'une puissance de plus de 2 MWp (article 3g alinéa 5 OEné et act. 1). L'installation projetée par le destinataire de la décision ne présente qu'une puissance de 6.6 kWp. Il découle de ce qui précède que l'installation du destinataire de la décision n'a pas été prise en considération dans le cadre de cette augmentation de capacité, mais a été inscrite sur la liste d'attente en application de l'article 3g alinéa 6 OEné.

Afin de pouvoir bénéficier de l'augmentation de capacité au sens de l'article 29 alinéa 4 lettre a OEné, il aurait fallu disposer dès le 1^{er} mai 2008 des indications requises concernant l'annonce et l'avancement du projet. Les indications requises concernant l'annonce et l'avancement du projet contiennent au moins le permis de construire (si nécessaire), la prise de position du gestionnaire de réseau au sens de l'article 3i OEné (formule « Demande de raccordement pour une installation auto-productrice (IAP) pour mise en parallèle avec le réseau de distribution »), ainsi que les modifications éventuelles par rapport à l'annonce (ch. 5.2 de l'appendice 1.2 OEné). Comme le permis de construire du destinataire de la décision est daté du 25 juillet 2008, force est de constater qu'il ne remplissait pas l'ensemble des conditions nécessaires à l'avancement du projet au 1^{er} mai 2008.

Au vu de ce qui précède, force est de constater que les conditions préalables à l'admission dans le cadre de l'augmentation de capacité au sens de l'article 29 alinéa 4 lettre a OEné ne sont pas remplies. Par contre, les conditions préalables à l'admission dans le cadre de l'augmentation de capacité au sens de l'article 29 alinéa 4 lettre b OEné sont remplies, c'est pourquoi les installations du destinataire de la décision sont inscrites sur la liste d'attente.

5 Egalité de traitement

L'article 8 alinéa 1 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (RS 101 ; Cst.) dispose que tous les êtres humains sont égaux devant la loi.

Le principe de l'égalité de traitement, déduit de l'article 8 alinéa 1 Cst., exige que la loi elle-même et les décisions d'application de la loi traitent de façon égale des choses égales et de façon différente des choses différentes. Ainsi, il y a violation de ce principe lorsqu'on établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer ou lorsqu'on omet d'opérer les distinctions qui s'imposent au vu des circonstances (TAF, arrêt du 21 février 2008, C-4296/2007, consid. 7.2 et arrêts cités). Il y a aussi inégalité de traitement lorsque, sans motifs sérieux, deux décisions soumettent deux situations de fait semblables à des règles juridiques différentes. Les situations comparées ne doivent pas nécessairement être identiques en tous points, mais leur similitude doit être établie en ce qui concerne les éléments de fait pertinents pour la décision à prendre.



(ATF 130 I 65, consid. 3.6, p. 70 et arrêts cités.). Le droit à l'égalité de traitement est limité dans certains cas. Ainsi, le droit à l'égalité dans l'illégalité n'est admis par la jurisprudence fédérale relative à l'article 8 alinéa 1 Cst. qu'à des conditions restrictives. Tel est le cas lorsqu'une autorité, non pas dans un cas isolé, ni même dans plusieurs cas, mais selon une pratique constante, ne respecte pas la loi et qu'elle fait savoir qu'à l'avenir également, elle ne respectera pas la loi ; dans ce cas, le citoyen est en droit d'exiger d'être mis au bénéfice de l'illégalité, pour autant que cela ne lèse pas d'autres intérêts légitimes (TF, arrêt du 8 mai 2008, 1C_426/2007, consid. 3 et arrêts cités).

En l'espèce, le destinataire de la décision se prévaut du principe de l'égalité de traitement. En effet, il allègue que d'autres personnes dans sa situation auraient tout de même bénéficié de la RPC. Il demande dès lors à pouvoir bénéficier du même régime. Il expose plus précisément le cas de [REDACTED] qui, bien qu'elle ne possède pas encore d'un permis de construire aurait déjà reçu une décision favorable lui octroyant la RPC. Il découle de ce qui précède que le principe de l'égalité de traitement peut être invoqué par le destinataire de la décision. Toutefois, le droit à l'égalité dans l'illégalité est soumis à des conditions strictes qui ne sont pas remplies en l'espèce. En effet, il n'existe pas de volonté de swissgrid SA et des autorités d'appliquer ou d'adopter une pratique contraire à la loi en matière de RPC. Comme cela a été expliqué précédemment, les critères d'octroi de la RPC et d'inscription sur la liste d'attente figurent dans la législation. Il ne ressort pas du dossier que ces critères aient été violés. Au contraire, la décision de swissgrid SA se fonde sur les critères légaux. Pour ce qui est de la question de l'octroi de la RPC à [REDACTED], cela ne fait pas l'objet de la présente décision. Toutefois et en tout état de cause, cela n'a aucune incidence sur le présent dossier dans la mesure où le destinataire ne peut pas se prévaloir du droit à l'égalité dans l'illégalité du fait que les conditions ne sont pas remplies.

6 Emoluments

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 LApEI, article 13a de l'Ordonnance sur les émoluments et les taxes de surveillance dans le domaine de l'énergie du 22 novembre 2006 [RS 730.056 ; Oémol-En]). Ces émoluments sont calculés en fonction du temps consacré et varient, suivant la classe de fonction du personnel exécutant, de CHF [REDACTED] à [REDACTED] l'heure (article 3 Oémol-En).

Pour la présente décision, il y a lieu de retenir les émoluments suivants : [REDACTED]

Celui qui provoque une décision est tenu de payer l'émolument (article 1 alinéa 3 Oémol-En en liaison avec l'article 2 alinéa 1 de l'ordonnance générale sur les émoluments du 8 septembre 2004 [RS 172.041.1 ; OGEmol]).

Or, en l'espèce, le destinataire de la décision qui succombe a provoqué cette décision dans la mesure où ses griefs n'étaient pas fondés. Dès lors, les émoluments de la présente procédure sont mis à la charge du destinataire de la décision.



III Dispositif

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

1. L'installation du destinataire de la décision remplit les conditions pour la rétribution à prix coûtant du courant injecté au sens de l'article 7a alinéa 1 LEne.
2. L'installation du destinataire de la décision ne peut pas s'intégrer dans l'augmentation de capacité visée aux articles 7a alinéa 2 lettre d LEne et 29 alinéa 4 lettre a OEne.
3. L'installation du destinataire de la décision doit être inscrite sur la liste d'attente en fonction de sa date d'annonce et, si plusieurs projets sont annoncés le même jour, en fonction de sa puissance (article 3g alinéas 5 et 6 OEne).
4. L'émolument facturé au destinataire de la décision s'élève à CHF [REDACTED]. La facture sera envoyée après l'entrée en force de la présente décision.
5. La présente décision est notifiée au destinataire de la décision par lettre recommandée.

Berne, le 26 mars 2009

Commission fédérale de l'électricité (EiCom)

Carlo Schmid-Sutter
Président

Renato Tami
Chef du Secrétariat technique de l'EiCom

Envoi:

à notifier par lettre recommandée à :

[REDACTED]

pour information :

- swissgrid SA, Werkstrasse 12, 5080 Laufenburg (n. de dossier : 00005828) ;
- Office fédéral de l'énergie OFEN, Mühlestrasse 4, 3063 Ittigen.



IV Indication des voies de recours

Il peut être formé recours contre la présente décision dans les 30 jours dès notification. Le recours doit être adressé au Tribunal administratif fédéral, Case postale, 3000 Berne 14. 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 al. 1 PA).