



Nos références : 221-00257

Berne, le 18 janvier 2018

DECISION

de la Commission fédérale de l'électricité (ElCom)

Composition : Carlo Schmid-Sutter (président), Brigitta Kratz (vice-présidente),
Antonio Taormina (vice-président), Laurianne Altwegg, Christian Brunner,
Matthias Finger

en l'affaire : **A, [...], N**
représenté par M^e Jean-Michel Henny, Pache Henny Burdet Avocats,
10, Rue Etraz, case postale 7239, 1002 Lausanne

(le recourant)

contre **Pronovo SA (ex Swissgrid SA)**, Dammstrasse 3, 5070 Frick

(l'autorité inférieure)

concernant la décision fixant le montant définitif attribué à titre de rétribution à prix coûtant
du courant injecté (RPC), indemnisation fondée sur le droit au respect des pro-
messes (projet RPC [...]) – nouvelle décision.

Table des matières

I	Exposé des faits	3
II	Considérants.....	6
1	Compétence	6
2	Parties et droit d'être entendu	7
2.1	Parties.....	7
2.2	Droit d'être entendu	7
3	Allégués des parties	7
3.1	Allégués du recourant	7
3.2	Allégués de Swissgrid SA	7
4	Droit applicable.....	8
5	Objet de la procédure	8
6	Installation visuellement intégrée	9
7	Fixation de l'indemnisation fondée sur le droit au respect des promesses	10
8	Perception d'intérêt sur l'indemnisation fondée sur le droit au respect des promesses.....	11
8.1	Généralités.....	11
8.2	Intérêts moratoires.....	11
8.3	Intérêts compensatoires.....	13
9	Synthèse	13
10	Emoluments	14
11	Dépens.....	14
III	Dispositif.....	15
IV	Indication des voies de recours.....	17

I Exposé des faits

A.

- 1 M. A (ci-après : le recourant) exploite une installation photovoltaïque située sur un toit, sis [...], à N, sur le territoire de la Commune de M (ci-après : l'installation litigieuse). Par courrier du 16 juin 2015 (ci-après : la décision querellée ; pièce I-4) remplaçant la décision du 2 avril 2015, Swissgrid SA a fixé un taux de rétribution définitif de [...] cts/kWh calculé sur la base d'une installation de [...] kWp qualifiée d'ajoutée.
- 2 Par courrier recommandé du 12 juin 2015 (pièce I-1) adressé à la Commission fédérale de l'électricité (ElCom), le recourant a déposé un recours contre une décision de Swissgrid SA dont il ne précise pas la date mais qu'il dit avoir reçu le 1^{er} avril 2015. Il conteste l'attribution de l'installation litigieuse à la catégorie ajoutée et estime qu'elle doit être qualifiée d'intégrée. Il prétend ainsi à l'obtention de la rémunération y afférente.
- 3 Par courriel du 18 juin 2015 (pièce I-3) et sur demande du Secrétariat technique de l'ElCom (ST ElCom), Swissgrid SA a produit deux photographies de l'installation litigieuse (pièce I-3, annexes 1 et 2).
- 4 Par télécopie du 18 juin 2015 (pièce I-4), le recourant a produit la décision querellée ainsi qu'une lettre d'information du 31 mars 2014.
- 5 Le ST ElCom a notifié aux parties son évaluation de la situation juridique par courrier du 15 juillet 2015 (pièce I-5). Celui-ci se base sur le courrier du 16 juin 2015 (pièce I-4), seul en sa possession, et qu'il considère comme la décision querellée. Il qualifie l'installation litigieuse d'ajoutée.

B.

- 6 Par courrier du 22 septembre 2015 (pièce I-6), M^e Jean-Michel Henny, avocat à Lausanne, agissant au nom et pour le compte du recourant, a notamment transmis à l'ElCom le courrier recommandé du 3 septembre 2015 (pièce I-6, annexe 2) par lequel son mandant a déposé recours auprès de Swissgrid SA contre « la décision reçue de votre part le 1^{er} avril 2015 ». Le mandataire demande à ce qu'une décision formelle soit rendue.
- 7 En substance, le recourant conclut à l'obtention de la RPC correspondant à une installation photovoltaïque qualifiée d'intégrée au motif que l'installation litigieuse a été qualifiée comme telle par un auditeur reconnu (Electro Suisse), qui plus est mandaté par Swissgrid SA elle-même pour certifier l'installation. A l'appui de sa conclusion, il produit notamment la formule « Données certifiées de l'installation de production photovoltaïque » (pièce I-6, annexe 3 et pièce I-1, annexe 1).
- 8 Le ST ElCom a donc formellement ouvert la procédure au sens de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021) par courrier recommandé du 25 septembre 2015 adressé aux parties (pièce I-7). Il leur a simultanément transmis copie du dossier et il a fixé un délai à Swissgrid SA pour prendre position.

C.

- 9 Par courrier recommandé du 19 octobre 2015 (pièce I-10) faisant suite à la demande du ST ElCom du 8 octobre 2015 (pièce I-8), le mandataire du recourant a précisé que c'est bien M. A, en sa qualité de propriétaire du site, qui endosse la qualité de recourant. Il ajoute que Mme B est l'épouse de celui-ci et M. C son fils. S'il est arrivé à ceux-ci d'être impliqués dans le dossier, ils n'ont jamais pris de décision et ne sont pas directement touchés. Pour éviter toute difficulté de procédure, il produit toutefois une procuration signée de chacune de ces personnes (pièce I-10, annexe 1).
- 10 Par courrier recommandé du 19 octobre 2015 (pièce I-9), Swissgrid SA a renoncé à prendre position et n'a pas déposé de conclusions. Elle renvoie toutefois à l'évaluation de la situation juridique du ST ElCom du 15 juillet 2015 (pièce I-5 ; ch. marg. 5)
- 11 Par courriers recommandés du 20 octobre 2015 adressés aux parties (pièce I-11 et I-12), le ST ElCom a procédé à l'échange des écritures en transmettant à Swissgrid SA la prise de position du recourant portant sur la qualité de recourant (pièce I-10), respectivement en transmettant au recourant la renonciation à prendre position de Swissgrid SA (pièce I-9).

D.

- 12 Par courrier du 29 octobre 2015 au recourant (pièce I-14), et en réponse à la demande de fixation d'un délai pour déposer un mémoire explicatif déposée par le recourant (courrier du 22 octobre 2015 ; pièce I-13), le ST ElCom a refusé d'ordonner un échange d'écriture complémentaire et a considéré l'échange des écritures comme clos. Il a toutefois rappelé au recourant son droit de déposer une prise de position complémentaire jusqu'à ce qu'une décision soit rendue.
- 13 Ainsi, par courrier du 10 novembre 2015 (pièce I-15), le recourant a déposé une prise de position non sollicitée. Il conclut « à ce que la décision soit réformée en ce sens que le taux de rétribution définitif de son installation [soit] calculé en fonction des classes de puissance et des taux de rétribution correspondant aux installations intégrées ».
- 14 Le ST ElCom a transmis pour information cette prise de position complémentaire non sollicitée (pièce I-15) à Swissgrid SA par courrier recommandé du 11 novembre 2015 (pièce I-16).

E.

- 15 Par décision du 19 novembre 2015 (221-00257 ; ci-après : la première décision de l'ElCom), l'autorité de céans a confirmé la décision querellée et a qualifié l'installation litigieuse d'ajoutée (pièce I-17, annexe 1, sp. ch. 1 du dispositif, p. 11).

F.

- 16 Par mémoire de recours du 11 janvier 2016 (pièce II-1, annexe 1), le recourant a attaqué la première décision de l'ElCom auprès du Tribunal administratif fédéral (TAF).
- 17 Par arrêt du 5 juin 2017 (A-195/2016 ; pièce II-12 et pièce III-1 ; ci-après : l'arrêt A), le TAF a partiellement admis le recours et a annulé la première décision de l'ElCom. Il a renvoyé à l'autorité de céans pour nouvelle décision (arrêt A, ch. 1 du dispositif, p. 19). Il retient toutefois la qualification d'installation ajoutée (arrêt A, consid. 5.1.4, p. 16).

G.

- 18 Par courrier du 4 septembre 2017 (pièce III-2), le ST ElCom, se basant sur l'arrêt A, a prononcé la reprise de la procédure et a fixé un délai au recourant pour préciser sa conclusion et pour fournir les moyens de preuve attestant du dommage résultant des surcoûts engendrés par la pose d'une surface de ferblanterie supplémentaire afin de remplir les critères d'intégration au sens du 2^e principe de la « Directive relative à la RPC, art. 7a LEnE, Photovoltaïque [appendice 1.2 OEne] » (ci-après : la directive).
- 19 Par courrier du 26 septembre 2017 (pièce III-3), le recourant a déposé la conclusion suivante :
*« Fondé sur ce qui précède, A a l'honneur de conclure à ce qu'il plaise à la Commission fédérale de l'électricité, prononcer, avec suite de frais et dépens :
I. Swissgrid SA est la débitrice d'A et lui doit prompt et immédiat paiement de fr. [...] - ([...] francs) avec intérêt à 5% l'an dès le 7 août 2013. »*
- 20 Ce courrier a été transmis à Swissgrid SA pour prise de position par courrier du 27 septembre 2017 (pièce III-4).
- 21 Par courrier recommandé du 18 octobre 2017 (pièce III-5), Swissgrid SA a déposé la conclusion suivante :
« Das Begehren vom 26. September 2017 sei im Umfang von CHF [...] gutzuheissen. »
- 22 Dans le texte du courrier, Swissgrid SA précise encore que l'indemnisation fondée sur le droit au respect des promesses s'entend sans intérêts.
- 23 Cette prise de position a été transmis au recourant pour information par courrier du 23 octobre 2017 (pièce III-6).
- 24 Il sera revenu ci-après, en tant que besoin, sur les autres éléments du dossier.

II Considérants

1 Compétence

- 25 Conformément à l'article 74, alinéa 5 de la loi du 30 septembre 2016 sur l'énergie (LEne ; RS 730.0), L'EiCom tranche en cas de litige résultant de procédures soumises, quant au régime des compétences, à l'ancien droit, dans la mesure où elle était compétente en la matière en vertu de ce droit.
- 26 Le recourant a déposé un recours auprès de l'EiCom en date du 12 juin 2015 (pièce I-1).
- 27 Conformément à l'article 25, alinéa 1bis de la loi du 26 juin 1998 sur l'énergie (aLEne ; RS 730.0, état le 1^{er} janvier 2017), la Commission de l'électricité statue sur les litiges relatifs aux conditions de raccordement pour les installations de production d'énergie et aux suppléments sur les coûts de transport (art. 7, 7a, 15b et 28a aLEne [état le 1^{er} janvier 2017]).
- 28 En l'espèce, le litige porte sur le montant de l'indemnisation fondée sur le droit au respect des promesses dans le cadre de la qualification de l'installation litigieuse selon l'appendice 1.2, chiffre 2 de l'ordonnance du 7 décembre 1998 sur l'énergie (aOEne ; RS 730.01 dans son état au 1^{er} octobre 2012, en vigueur le 21 décembre 2012, date de la mise en service effective de l'installation litigieuse). Il s'agit donc d'un litige relatif aux conditions de raccordement pour les installations de production d'énergie au sens de l'article 25, alinéa 1bis aLEne (état le 1^{er} janvier 2017).
- 29 Dans ce cadre, l'EiCom a rendu une première décision en date du 19 novembre 2015 (pièce I-17, annexe 1). Celle-ci a fait l'objet d'un recours qui a abouti à l'arrêt cassatoire du TAF daté du 5 juin 2017 (arrêt A ; pièce II-12 et pièce III-1). La présente nouvelle décision a pour but de mettre en œuvre l'arrêt du TAF. La compétence de l'EiCom est ainsi donnée.
- 30 Le Tribunal fédéral a jugé que Swissgrid SA rendait des décisions au sens de l'article 5 PA dans le cadre de la RPC (Tribunal fédéral [TF], arrêt du 21 juin 2017, 1C_532/2016, arrêt Paysage Libre Suisse, consid. 2.3.2), si bien que la présente procédure doit être qualifiée de procédure de recours et qu'elle doit être menée conformément aux articles 44 ss PA (art. 47, al. 1, let. c, PA en lien avec l'art. 25, al. 1^{bis} aLEne [état le 1^{er} janvier 2017]).
- 31 Selon l'article 63, alinéa 1, lettre c LEne, l'organe d'exécution est compétent pour l'exécution de la rétribution de l'injection en vertu de l'ancien droit. L'organe d'exécution exerce ses compétences à partir de sa création (art. 74, al. 4, 1^{ère} phrase, LEne). Pronovo SA a été inscrite au registre du commerce en date du 6 novembre 2017 (cf. www.zefix.ch). Il découle de ce qui précède que ce n'est plus Swissgrid SA mais bien Pronovo SA, en tant de successeur juridique, qui revêt la qualité d'autorité précédente.
- 32 Présenté dans le délai (art. 50 al. 1 PA) et les formes (art. 52 al. 1 PA) prescrits par la loi, le recours est recevable et il convient donc d'entrer en matière.

2 Parties et droit d'être entendu

2.1 Parties

- 33 A qualité pour recourir au sens de l'article 48, alinéa 1 PA, quiconque : a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure ou a été privé de la possibilité de le faire (a) ; est spécialement atteint par la décision attaquée (b), et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (c). Ces conditions sont cumulatives (MARANTELLI VERA / HUBER SAID, *Commentaire ad art. 48 PA*, in : WALDMANN BERNHARD / WEISSENBERGER PHILIPPE, *Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG)*, 2^e éd., Zurich 2016, ch. marg. 8, p. 964 et DUBEY JACQUES / ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, *Droit administratif général*, Bâle 2014, ch. marg. 2073, p. 731).
- 34 Le recourant a pris part à la procédure menée par Swissgrid SA. Par ailleurs, il était le destinataire de la première décision de l'EiCom (pièce I-17, annexe 1) ainsi que de l'arrêt du TAF du 5 juin 2017 (arrêt A ; pièce II-12 et pièce III-1). Le recourant est donc également destinataire de la présente décision. Il dispose ainsi de la qualité pour recourir.
- 35 En sa qualité d'exploitant de l'installation litigieuse, le recourant a une relation étroite avec l'objet litigieux et a jusqu'à présent toujours été partie à la procédure. Il revêt ainsi la qualité de partie au sens de l'article 48 PA.

2.2 Droit d'être entendu

- 36 Tant le recourant que Swissgrid SA ont bénéficié de la faculté de prendre position dans le cadre de la présente procédure. Ainsi, les écritures du recourant ont été soumises à Swissgrid SA pour prise de position. De même, les écritures de Swissgrid SA ont également été transmises au recourant. Tant les conclusions du recourant que celles de Swissgrid SA ainsi que leurs arguments ont été pris en compte par l'autorité de céans dans le cadre de l'appréciation matérielle du cas d'espèce. Ainsi, le droit d'être entendu est respecté (art. 29, PA).

3 Allégués des parties

3.1 Allégués du recourant

- 37 Le recourant se prévaut du fait que son installation doit être qualifiée de visuellement intégrée et prétend ainsi à une indemnisation fondée sur le droit au respect des promesses de [...] francs avec intérêts à 5% l'an à compter du 7 août 2013. A l'appui de sa conclusion, il fait d'abord valoir que l'intégralité de la toiture est recouverte de panneaux photovoltaïques, et ce, de manière homogène. Il suffirait de s'en remettre aux photographies produites pour s'en convaincre. En ce qui concerne le montant du dommage, le recourant se fonde sur un courriel de Z SA ayant réalisé l'installation litigieuse, daté du 2 mai 2016 et adressé à son mandataire (pièce III-3, annexe 3). Celui-ci évoque un surcoût de [...] francs pour réaliser la ferblanterie.

3.2 Allégués de Swissgrid SA

- 38 Swissgrid SA acquiesce. Elle fonde sa conclusion sur le fait que, quand bien même le montant de [...] francs évoqué par Z SA ne ressort pas explicitement des factures produites par le recourant, ce montant semble globalement approprié. Elle conteste par contre que ce montant produise des intérêts.

4 Droit applicable

- 39 En règle générale, les normes en vigueur au moment où les faits se produisent s'appliquent aux faits dont les conséquences juridiques sont en cause (MOOR PIERRE / FLÜCKIGER ALEXANDRE / MARTENET VINCENT, *Droit administratif – Volume I – Les fondements*, 3^e éd., Berne 2012, ci-après : MOOR / FLÜCKIGER / MARTENET, n. 2.4.2.3, p. 184 ; cf. également TAF, arrêt du 21 décembre 2016, A-6840/2015, consid. 3.1.2, ElCom, décision du 17 septembre 2015, 221-00238, ch. marg. 31, p. 8 et ElCom, décision du 16 novembre 2017, 221-00224, ch. marg. 24, p. 6). L'installation litigieuse a été mise en service le 21 décembre 2012 (pièce I-6, annexe 3). Il y a dès lors lieu d'appliquer l'aOEne dans son état au 1^{er} octobre 2012 pour tout ce qui concerne le régime de la RPC.
- 40 Ensuite, les nouvelles règles de procédure s'appliquent dès leur entrée en vigueur à toutes les causes qui sont encore pendantes, à moins que les principes structurant l'organisation du nouveau régime soient fondamentalement différent de l'ancien (MOOR / FLÜCKIGER / MARTENET, ch. 2.4.2.3, p. 186 et BOVAY BENOÎT, *Procédure administrative*, Berne 2000, p. 197 ; cf. également TAF, arrêt du 21 décembre 2016, A-6840/2015, consid. 3.1.2, ElCom, décision du 17 septembre 2015, 221-00238, ch. marg. 32, p. 8 et ElCom, décision du 16 novembre 2017, 221-00224, ch. marg. 26, p. 6). En matière de procédure, l'autorité de céans applique donc le droit actuellement applicable.
- 41 Enfin, en ce qui concerne la question des intérêts, le recourant a pour la première fois fait part à Swissgrid SA du fait qu'il n'était pas d'accord avec la catégorisation de l'installation litigieuse et donc avec la rémunération qui y est liée par lettre du 12 juin 2015 adressée à l'autorité de céans (pièce I-1). Ainsi, en ce domaine, il y a lieu d'appliquer l'aLEne dans son état au 1^{er} mai 2014 et l'OEne dans son état au 1^{er} juin 2015, alors applicable le 12 juin 2015.

5 Objet de la procédure

- 42 Dans sa décision du 16 juin 2015 (pièce I-4), Swissgrid SA a qualifié l'installation litigieuse d'ajoutée. Cette qualification a été confirmée tant par l'autorité de céans dans sa première décision (pièce I-17, annexe 1, sp. ch. 1 du dispositif, p. 11) que par le TAF dans son arrêt du 5 juin 2017 (pièces II-12 et III-1, sp. consid. 5.1.4, p. 16). Dès lors que cet arrêt est entré en force, ce point n'est plus litigieux.
- 43 Dans le cadre de la présente décision, le recourant demande à ce que son installation soit reconnue comme visuellement intégrée et il prétend de ce fait à une indemnisation pour les surcoûts engendrés par la réalisation d'une telle installation conformément au 2^e principe directeur de la directive (pièce III-3). Swissgrid SA ne s'y oppose d'ailleurs pas (pièce III-5). Par ailleurs, avant d'avoir qualifié l'installation litigieuse d'ajoutée (pièces II-12 et III-1, sp. consid. 5.1.4, p. 16), le TAF précise en substance qu'il appartient à Swissgrid SA, respectivement, en cas de contestation, à l'ElCom de qualifier une installation photovoltaïque dans le cadre de la RPC (pièces II-12 et III-1, consid. 3.2.2, p. 9). Ainsi, comme le TAF a annulé la décision attaquée et renvoyé la cause à l'autorité de céans pour nouvelle décision dans le sens des considérants (pièces II-12 et III-1, ch. 1 du dispositif, p. 19), le litige se limite à la question de savoir si l'installation litigieuse doit être qualifiée d'installation visuellement intégrée, et si oui, quel est le montant auquel le recourant peut prétendre à titre d'indemnisation fondée sur le droit au respect des promesses et si celui-ci est ou non productif d'intérêts.

6 Installation visuellement intégrée

- 44 L'installation litigieuse doit être qualifiée d'ajoutée (arrêt A, consid. 5, pp. 14 ss ; sp. consid. 5.1.4, p. 16). Ce point ayant été tranché par le TAF, il n'est plus litigieux et ne fait dès lors pas l'objet de la présente procédure.
- 45 Reste toutefois à trancher la question de savoir si l'installation remplit ou non les critères de l'intégration visuelle.
- 46 L'OFEN a émis la directive, dans sa version au 1^{er} octobre 2011, ayant pour but l'aide à l'exécution et explicitant et précisant la notion d'installation PV. Elle vise une pratique uniforme en la matière, mais n'a pas force de loi (cf. TAF, arrêt du 20 janvier 2015, A-3314/2014, consid. 3.3 et références citées). Applicable au moment déterminant, cette directive établit trois principes directeurs, dont chacun arrête une variante propre et distincte permettant de qualifier une installation PV d'intégrée. Il en découle que ces principes directeurs ne doivent pas être réalisés cumulativement. En l'espèce, seul le deuxième principe directeur doit être analysé. En effet, l'installation litigieuse ayant été qualifiée d'ajoutée par le TAF (cf. ch. marg. 44), le 1^{er} principe directeur n'est pas applicable en l'espèce. Le 3^e principe directeur, qui a trait aux modules solaires spéciaux insérés dans des matériaux membranés, n'est pas non plus ici déterminant (pour l'ensemble de ces considérations, cf. TAF, arrêt du 17 septembre 2015, A-4730/2014, consid. 4.2.1 et 4.2.5).
- 47 Le 2^e 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 tôles 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. Il apparaît dès lors que ce second principe directeur concrétise les conditions auxquelles une installation ajoutée mais visuellement intégrée (quasi-intégrée, *scheinintegriert*) peut être assimilée aux installations décrites dans le premier principe (arrêt A, consid. 4.2, pp. 11 s.).
- 48 Dans le cas d'espèce, force est de constater, au regard des photographies produites (pièce III-3, annexe 8 et pièce I-3, annexes 1 et 2) que l'installation litigieuse remplit les conditions qui permettent de qualifier une installation de visuellement intégrée. En effet, l'intégralité de la toiture est recouverte de panneaux photovoltaïques, si bien que les modules constituent une surface supérieure du bâtiment intégrale et homogène. De plus, comme le toit est prolongé dans sa partie inférieure par une structure en ferblanterie indépendante de la toiture et destinée à soutenir les chéneaux et que, de plus, la différence de largeur entre la somme des modules posés et la largeur initiale des bâtiments est compensée par des bordures en ferblanterie que l'on ne peut que qualifier de faible importance, force est de constater que l'installation litigieuse rend invisible tout élément de la structure du bâtiment. Ainsi, la pose des modules telle que réalisée dans le cas d'espèce a réellement permis de masquer l'ossature du toit tant sur les bordures latérales, le faîtage que les chéneaux.
- 49 Il découle de ce qui précède que l'installation litigieuse, bien que qualifiée d'ajoutée, doit être reconnue comme étant visuellement intégrée, si bien qu'elle peut prétendre à une indemnisation fondée sur le droit au respect des promesses.

7 Fixation de l'indemnisation fondée sur le droit au respect des promesses

- 50 Reste litigieuse la question de la fixation du montant auquel le recourant peut prétendre à titre d'indemnisation fondée sur le droit au respect des promesses.
- 51 Il découle du principe de la protection de la bonne foi (art. 9 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 ; RS 101) que la confiance légitime qu'une personne privée met en des assurances à caractère étatique doit être protégée (HÄFELIN ULRICH / MÜLLER GEORG / UHLMANN FELIX, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7^e édition, Zürich / St. Gall 2016, ch. marg. 624).
- 52 Dans son arrêt du 5 juin 2017 (pièce III-1), le TAF a pour l'essentiel constaté ce qui suit en ce qui concerne la fixation de l'indemnisation fondée sur le droit au respect des promesses :
- L'intérêt financier de l'Etat prime l'intérêt privé de l'exploitant de l'installation de production de se voir octroyer une meilleure rétribution propre aux installations qualifiée d'intégrée par rapport à celles ajoutées (consid. 4.4.2) ;
 - la méthode consistant à qualifier l'installation d'ajoutée mais à dédommager le recourant de ses frais supplémentaires engagés pour la construction d'une installation visuellement intégrée plutôt qu'ajoutée est adéquate dans le cas de figure (consid. 4.4.2) ;
 - le montant de l'indemnisation doit être versé au moyen du fonds RPC conformément à l'article 3k aO Ene (actuellement art. 37, L Ene ; consid. 4.4.2 se référant à TAF, arrêt du 17 septembre 2015, A-4730/2014, consid. 8.3 et 8.4) ;
 - et enfin, la détermination du montant dû à titre d'indemnisation fondée sur le droit au respect des promesses ne peut pas avoir lieu sur une base forfaitaire d'un montant en francs au kWp, mais doit se fonder sur les coûts supplémentaires engagés effectifs ou estimés (consid. 4.4.2 se référant à TAF, arrêt du 26 janvier 2016, A-4809/2016, consid. 7.2).
- 53 Dans le cas d'espèce, le recourant se prévaut de coûts supplémentaires estimés à [...] francs (pièce III-3, conclusion I). Il fonde cette conclusion sur un courriel d'un collaborateur de Z SA daté du 2 mai 2016 (pièce III-3, annexe 3) par lequel cette entreprise, qui a réalisé l'installation litigieuse, atteste que « les surcoûts pour la ferblanterie était uniquement de Frs. [...] » (sic). L'installation ayant été réalisée sur la base d'un devis établi le 13 août 2012 (pièce III-3, annexe 1) et portant sur une « installation solaire photovoltaïque intégrée » mais ne précisant pas les coûts de ferblanterie nécessaire, aucune pièce au dossier ne permet de fixer les coûts supplémentaires effectifs, si bien que, dans le cas d'espèce, le recours à un montant estimé est conforme à la jurisprudence fédérale précitée.
- 54 Par ailleurs, Swissgrid SA a également conclu à l'octroi de la conclusion du recourant à hauteur de [...] francs (pièce III-5) au motif que cette estimation de Z SA semble appropriée au regard des coûts de construction totaux de l'installation litigieuse de [...] francs. L'autorité de céans considère également ce montant comme étant approprié.
- 55 D'ailleurs, dans des cas similaires, une indemnisation fondée sur le droit au respect des promesses de [...] francs a été retenue pour une installation dont la puissance était de [...] kWp, ce qui représente une indemnité de 88 francs / kWp. Celle-ci a été calculée sur la base des coûts supplémentaires engagés effectifs (TAF, arrêt du 17 septembre 2015, sp. consid. 9 ; ElCom, décision du 3 juillet 2014, 221-00077). De même, une indemnisation fondée sur le droit au respect des promesses de [...] francs a été retenue pour une installation dont la puissance était de [...] kWp, ce qui représente une indemnité de 490 francs / kWp. Celle-ci a été estimée

sur une base forfaitaire (TAF, arrêt du 8 décembre 2015, ch. 1 du dispositif ; ElCom, décision du 13 novembre 2014, 221-00079). La portée de cette fourchette est à relativiser dans la mesure où, entre ces deux mesures extrêmes, il n'y a pas de répartition proportionnelle. C'est pourquoi dans la plupart des cas qu'elle a traité, l'autorité de céans a appliqué un dédommagement forfaitaire de 150 francs / kWp. Ce n'est qu'à titre exceptionnel que cette valeur a été remise en cause (cf. ElCom, décision du 16 novembre 2017, 221-00090, ch. marg. 58, p. 11). L'on constate ainsi qu'une indemnisation fondée sur le droit au respect des promesses de [...] francs pour une installation litigieuse de [...] kWp (pièce I-1, annexe 1) – soit 102 francs / kWp – se trouve dans la fourchette admise par la jurisprudence fédérale dans des cas analogues.

- 56 Ainsi, faisant usage de la faculté qui lui permet de se fonder sur les coûts supplémentaires engagés estimés pour déterminer le montant dû à titre d'indemnisation fondée sur le droit au respect des promesses (arrêt A, consid. 4.4.2 ; ch. marg. 52), l'autorité de céans fixe ce montant à [...] francs. Au regard tant des conclusions du recourant que de celles de Swissgrid SA, d'une part, que du montant du dommage dont le recourant se prévaut au regard des investissements totaux consentis pour la réalisation de l'installation litigieuse, d'autre part, un tel montant apparaît en effet non seulement comme conforme à la réalité, mais encore comme approprié.

8 Perception d'intérêt sur l'indemnisation fondée sur le droit au respect des promesses

8.1 Généralités

- 57 Le recourant se prévaut d'un intérêt à 5% l'an dès le 7 août 2013 (pièce III-3, conclusion I ; ch. marg. 19), date correspondant au dernier paiement du recourant en faveur de Z SA (pièce III-3, p. 2).
- 58 En ce qui concerne les intérêts dus, Swissgrid SA, se référant à la jurisprudence fédérale (TF, arrêt du 28 octobre 2014, 2C_973/2013, consid. 4.5.4) se prévaut du fait que, pour le calcul de l'indemnisation fondée sur le droit au respect des promesses, seul l'intérêt négatif entre en ligne de compte. Ainsi, il y a lieu de mettre le recourant dans la situation dans laquelle il serait s'il n'avait jamais consenti les investissements en se basant sur les promesses faites. D'autres dommages, tels que notamment le fait que l'investissement ainsi consenti ne peut plus être utilisé, ne font pas partie de la notion d'indemnisation fondée sur le droit au respect des promesses (pièce III-5, p. 2).

8.2 Intérêts moratoires

- 59 L'intérêt moratoire est dû en cas de retard du débiteur dans l'exécution de sa dette (TERCIER PIERRE / PICHONNAZ PASCAL, *Le droit des obligations*, 5^e édition, Zurich 2012, ci-après : TERCIER / PICHONNAZ, ch. marg. 1116, p. 248).
- 60 La législation fédérale sur l'énergie ne contient pas de disposition concernant les intérêts moratoires qui pourrait s'appliquer au cas d'espèce. Un éventuel droit à des intérêts moratoires est ainsi régi par les principes généraux du droit. Fondamentalement, il existe un droit à des intérêts moratoires indépendamment du fait que la créance soit de droit public ou de droit privé. En effet, doctrine et jurisprudence reconnaissent depuis longtemps que des intérêts moratoires sont également dus pour les créances pécuniaires fondées sur le droit public dans la mesure où aucune disposition légale ne prévoit le contraire (ATF 101 Ib 252, consid. 4b ; TF, arrêt du 23 mai 2016, 2C_348/2015 ; TAF, arrêt du 6 mars 2015, A-129/2014, consid. 4, HÄFELIN ULRICH / MÜLLER GEORG / UHLMANN FELIX, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7^e édition, Zurich / St-Gall 2016, ch. marg. 156 ss).

- 61 Une telle base légale fait défaut en l'espèce, les principes généraux du droit sont applicables.
- 62 L'obligation de payer des intérêts moratoires présuppose l'exigibilité de la créance, d'une part et l'interpellation du créancier par le débiteur, d'autre part (ATF 129 III 535 consid. 3.2). Le fonds RPC est le débiteur de l'indemnisation fondée sur le droit au respect des promesses (cf. TAF, arrêt du 17 septembre 2015, A 4730/2014, consid. 8.4). C'est donc à lui, respectivement à la Fondation RPC, voire à Swissgrid, que l'interpellation du créancier aurait dû être notifiée (art. 15b, al. 5 LEne [état le 1^{er} mai 2014] ainsi que les art. 3g, 3^{bis} et 3k, OEne [état le 1^{er} juin 2015]).
- 63 L'exigibilité est une caractéristique de la créance. Cela signifie que le créancier peut exiger la contre-prestation et ouvrir action en cas d'inexécution. L'interpellation du créancier ne peut pas intervenir avant que la créance ne soit exigible et il n'y a donc aucune obligation de payer des intérêts moratoires avant la survenance de l'exigibilité (cf. GAUCH PETER / SCHLUEP WALTER R. / SCHMID JÖRG / EMMENEGGER SUSAN, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II*, 10^e édition, Zurich 2014, ci-après : GAUCH / SCHLUEP / SCHMID / EMMENEGGER, ch. marg. 2156 ss).
- 64 En principe, à partir du moment où le créancier procède à l'interpellation du créancier, les intérêts moratoires sont dus, que ce soit par application directe ou analogique – dans la mesure où ils concernent une prétention de droit public – de l'article 102 alinéa 1 de la loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (CO, RS 220). L'interpellation du créancier est une manifestation de volonté soumise à réception. Par l'interpellation du créancier, le débiteur est mis en demeure (WIEGAND WOLFGANG, in : HONSELL HEINRICH / VOGT NEDIM PETER / WIEGAND WOLFGANG, *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Obligationenrecht I*, art. 1-529 CO, 6^e Edition, Bâle 2015, Commentaire ad art. 102, ch. marg. 7, p. 625).
- 65 En plus de l'invitation sans équivoque de s'exécuter adressée au débiteur, une interpellation du créancier doit indiquer clairement sur quelle contre-prestation elle porte. L'interpellation du créancier doit spécifier la contre-prestation à fournir de telle manière que le débiteur reconnaisse ce que le créancier lui réclame. Quand il s'agit d'une créance pécuniaire, il s'agit de la chiffrer. L'on peut renoncer à chiffrer une telle créance dans l'interpellation du créancier lorsque, par exemple, celle-ci a déjà communiqué une facture qui mentionnait la somme due (ATF 129 III 535, consid. 3.2 ; GAUCH / SCHLUEP / SCHMID / EMMENEGGER, ch. marg. 2709). Dans certains cas, une interpellation du créancier est inutile (art. 102, al. 2, CO).
- 66 L'indemnisation fondée sur le droit au respect des promesses est une créance de nature compensatoire qui ne trouve pas son origine dans les exigences pour l'octroi de la RPC conformément à l'appendice 1.2, ch. 3, de l'aOEne (état le 1^{er} juin 2015). C'est par sa lettre du 12 juin 2015 adressée à l'autorité de céans (pièce I-1) que le recourant a pour la première fois fait part à Swissgrid SA du fait qu'il n'était pas d'accord avec la catégorisation de l'installation litigieuse et donc avec la rémunération qui y est liée. Avant cette date, Swissgrid SA n'avait aucune raison de servir une rémunération plus élevée.
- 67 Il y a toutefois pas lieu de retenir que la mise en demeure a eu lieu, notamment en raison du fait que, à ce moment-là, le montant de l'indemnisation fondée sur le droit au respect des promesses n'était ni connu ni fixé par une décision entrée en force. Fait dès lors défaut la condition selon laquelle le débiteur doit pouvoir reconnaître par l'interpellation du créancier ce que le créancier veut (cf. ch. marg. 65). Cela est d'autant plus vrai qu'au départ le recourant faisait valoir que son installation devait être qualifiée d'intégrée et ne prétendait ainsi pas au versement d'une indemnisation fondée sur le droit au respect des promesses.
- 68 Les conditions d'octroi pour le versement d'intérêts moratoires ne sont ainsi pas remplies. Il n'y a donc pas lieu d'en octroyer.

8.3 Intérêts compensatoires

- 69 Il reste encore à analyser si le recourant a droit à un autre type d'intérêt que des intérêts moratoires en ce qui concerne l'indemnisation fondée sur le droit au respect des promesses.
- 70 L'intérêt compensatoire ou indemnitaire est dû par celui qui est tenu de réparer le dommage causé à autrui, à partir du moment où ce préjudice est intervenu (TERCIER / PICHONNAZ, ch. marg. 1117, p. 248).
- 71 L'indemnisation fondée sur le droit au respect des promesses est un intérêt négatif (TAF, arrêt du 26 janvier 2017, A-4809/2016, consid. 5.4 ; ElCom, décision du 16 novembre 2017, 221-00090, consid. 5, ch. marg. 44, 1^{er} tiret). Le recourant doit ainsi être replacé dans la situation qui serait la sienne s'il n'avait pas consenti à des frais supplémentaires engagés pour la construction d'une installation visuellement intégrée selon le 2^e principe directeur de la directive. Le dommage correspond à la différence entre la situation patrimoniale réelle résultant des investissements supplémentaires réalisés et la situation patrimoniale hypothétique sans investissements supplémentaires (cf. GAUCH / SCHLUEP / SCHMID / EMMENEGGER, ch. marg. 2897 ss et ATF 122 III 53, consid. 4a, p. 54). Contrairement aux intérêts moratoires, les intérêts compensatoires ne nécessitent ni interpellation du créancier, ni mise en demeure ATF 131 III 12, consid. 9.1, p. 22).
- 72 Contrairement à ce que prétend Swissgrid SA dans sa prise de position du 18 octobre 2017 (pièce III-5), dans le cadre de la fixation du dommage, il n'est pas pertinent de se limiter au gain manqué (*lucrum cessans*). En effet, l'intérêt négatif couvre non seulement le gain manqué, mais également le gain hypothétique qui résulte de contrats non conclus avec des tiers (TF, arrêt du 21 décembre 2000, 4C-268/2000, consid. 2) b) aa) et références citées ainsi que GAUCH / SCHLUEP / SCHMID / EMMENEGGER, ch. marg. 2903 et pied de page n. 75, p. 159).
- 73 Si le recourant avait eu connaissance du fait que les frais supplémentaires engagés ne lui permettaient pas de faire reconnaître l'installation litigieuse comme intégrée, il aurait eu la faculté d'investir autrement ces ressources financières. Il en découle dès lors par principe un droit à percevoir des intérêts.
- 74 L'article 73, alinéa 1 CO dispose que celui qui doit des intérêts dont le taux n'est fixé ni par la convention, ni par la loi ou l'usage, les acquitte au taux annuel de 5%. Le taux de l'intérêt compensatoire correspond à la valeur de la perte que subit le patrimoine de la victime, en pratique un taux de 5% dû jusqu'au paiement de l'indemnité due à titre de réparation (TERCIER / PICHONNAZ, ch. marg. 1117, p. 248 et références citées, en particulier ATF 131 III 12, consid. 9.1, p. 22).
- 75 Les conditions d'octroi pour le versement d'intérêts compensatoires sont remplies en l'espèce. Il y a donc lieu d'en octroyer. Le taux est de 5%, à compter du 7 août 2013, date qui correspond au dernier paiement du recourant en faveur de Z SA (pièce III-3, p. 2 et pièce III-3, annexe 5), soit à la survenance du dommage.

9 Synthèse

- 76 Pour l'installation litigieuse (projet RPC [...]), le recourant a droit à un dédommagement unique à titre d'indemnisation fondée sur le droit au respect des promesses d'un montant de [...] francs avec intérêt à 5% l'an dès le 7 août 2013. Ce dédommagement couvre l'ensemble des prétentions du recourant relatives à l'indemnisation fondée sur le droit au respect des promesses découlant du 2^e principe directeur de la directive. Il est exigible dès l'entrée en force de la présente décision. Il est à prélever sur le fonds RPC au sens de l'article 37 LEne (arrêt A, consid. 4.4.2, p. 13 et références citées ; ch. marg. 52).

10 Emoluments

- 77 En application de l'article 63, alinéa 1, 2^e phrase PA et de l'article 4a, lettre b de l'ordonnance du 10 septembre 1969 sur les frais et indemnités en procédure administrative (RS 172.041.0), les frais de procédure peuvent être entièrement remis à titre exceptionnel.
- 78 Compte tenu de l'ensemble des circonstances, aucun émolument n'est perçu pour la présente procédure.

11 Dépens

- 79 L'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (art. 64, al. 1, PA, art. 8, al. 1, 2^e phrase et al. 2 de l'ordonnance du 10 septembre 1969 sur les frais et indemnités en procédure administrative (RS 172.041.0) et art. 8 – 13 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF ; RS 173.320.2]). Dans la mesure où le recourant obtient en l'espèce gain de cause et où il a eu recours aux services d'un mandataire professionnel, l'autorité inférieure – qui succombe – lui versera une indemnité à titre de dépens. En l'occurrence, cette indemnité est fixée d'office à [...] francs selon la libre appréciation de l'autorité de céans (art. 8, al. 1 de l'ordonnance du 10 septembre 1969 sur les frais et indemnités en procédure administrative).

(dispositif à la page suivante)

III Dispositif

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

1. La décision de Swissgrid SA du 16 juin 2015 concernant le projet RPC [...] est entièrement confirmée. L'installation photovoltaïque « PV B & A N » est qualifiée d'ajoutée.
2. En plus de la rétribution due selon le ch. 1 du présent dispositif, Pronovo SA doit s'acquitter d'un dédommagement unique à titre d'indemnisation fondée sur le droit au respect des promesses de [...] francs avec intérêt à 5% l'an dès le 7 août 2013 à prélever sur le fonds RPC au sens de l'article 37 LEne. Ce montant est exigible dès l'entrée en force de la présente décision.
3. Il n'est pas perçu d'émolument.
4. Une indemnité de [...] francs est allouée à A à titre de dépens, à la charge de Pronovo SA.
5. La présente décision est notifiée à Pronovo SA et à M. A par lettre recommandée.

Berne, le 18 janvier 2018

Commission fédérale de l'électricité ElCom

Carlo Schmid-Sutter
Président

Renato Tami
Directeur

Envoi :

A notifier par lettre recommandée à :

- M. A, [...], N,
représenté par M^e Jean-Michel Henny, Pache Henny Burdet Avocats,
10, Rue Etraz, case postale 7239, 1002 Lausanne ;
- Pronovo SA, Dammstrasse 3, 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 (art. 66, al. 2 LEne ainsi que les art. 22a et 50 PA).

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