



Nos références : 221-00261

Berne, le 15 mars 2016

DECISION

de la Commission fédérale de l'électricité (ElCom)

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

en l'affaire : **Mme R, [...], [...]**
représentée par M^e Youri Widmer, Alinéa Avocats,
Place St-François 2, case postale 5844, 1002 Lausanne

(la requérante)

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 17 juillet 2015 sur l'annonce en
matière de rétribution à prix coûtant du courant injecté (RPC) / Rétribution
unique (RU) – projet RPC/RU 00137667 ; refus de la RPC et de la RU.

Table des matières

I	Exposé des faits	3
II	Considérants.....	5
1	Compétence	5
2	Parties et droit d'être entendu	5
2.1	Parties.....	5
2.2	Droit d'être entendu	5
3	Droit à la RPC ou à la RU.....	6
3.1	Droit applicable	6
3.1.1	Rétribution à prix coûtant du courant injecté (article 7a, LEne).....	6
3.1.2	Rétribution unique (article 7a ^{bis} , LEne)	7
3.1.3	Disposition transitoire (article 28d, alinéa 4, LEne)	9
3.1.4	Disposition d'exécution dans l'OEne (art. 6b, OEne)	10
3.1.5	Imputation à la requérante des actes de l'ancien propriétaire de l'installation litigieuse ...	10
3.1.6	Synthèse	11
4	Nature des décisions de Swissgrid SA et autorité de la chose décidée	11
5	Emoluments.....	11
6	Dépens	12
III	Dispositif	13
IV	Indication des voies de recours.....	14

I Exposé des faits

A.

- 1 Mme R (ci-après : la requérante) exploite une installation photovoltaïque située sur le toit de sa maison, sise [...], à [...] (ci-après : l'installation litigieuse). Celle-ci a une puissance installée de 9.1 kWp et a été mise en service le 6 octobre 2006 (act. 4, annexe 1). Selon son courrier du 29 juillet 2015 (act. 3), la requérante l'a acquise en 2010. Il découle des courriers de Swissgrid SA du 14 juillet 2014 (act. 1, annexe 1) et du 17 juillet 2015 (act. 1, annexe 2 ; la décision querellée) que, comme l'installation litigieuse n'était pas au bénéfice de la RPC, la requérante a déposé une annonce en matière de rétribution à prix coûtant du courant injecté (RPC) / rétribution unique (RU) le 1^{er} avril 2014 (date du cachet postal) seulement.
- 2 Selon la législation applicable le 1^{er} avril 2014, une installation photovoltaïque d'une puissance installée inférieure à 10 kW, mise en service entre le 1^{er} janvier 2006 et le 31 décembre 2012, et qui n'a pas fait l'objet d'une annonce avant le 1^{er} avril 2014 n'a droit ni à la RPC, ni à la RU. Partant, par courrier du 17 juillet 2015 (act. 1, annexe 2), Swissgrid SA (ci-après : la participante à la procédure) a dénié à l'installation litigieuse tant le droit à la RPC que celui à la RU, faute pour celle-ci d'en remplir les conditions.
- 3 La requérante a contesté cette décision par courrier du 29 juillet 2015 adressé à l'EICom (act. 3).
- 4 Par courriel du 11 août 2015 (act. 4) et sur demande du Secrétariat technique de l'EICom, la participante à la procédure a versé au dossier la formule « Données certifiées de l'installation de production » datée du 18 août 2014 (act. 4, annexe 1). Celle-ci atteste que l'installation litigieuse a été mise en service le 6 octobre 2006 déjà.
- 5 Le Secrétariat technique de l'EICom a notifié aux parties son évaluation de la situation juridique par courrier du 22 septembre 2015 (act. 6). Il constate que l'installation litigieuse ne remplit ni les conditions de la RPC, ni celles de la RU et que, partant, la décision querellée est correcte.

B.

- 6 Par courrier recommandé du 9 octobre 2015 (act. 7), M^e Youri Widmer, avocat à Lausanne, agissant au nom et pour le compte de la requérante, a requis une décision formelle. En substance, la requérante conclut à l'octroi d'une RU. Elle constate que la décision querellée est contraire à une décision antérieure de la participante à la procédure du 14 juillet 2014 (act. 1, annexe 1), laquelle serait entrée en force. Revenir sur une décision entrée en force violerait les grands principes applicables en matière de droit administratif.
- 7 Le Secrétariat technique de l'EICom 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 13 octobre 2015 adressé aux parties (act. 8). Il a simultanément transmis copie du dossier à la participante à la procédure et lui a fixé un délai pour prendre position.

C.

- 8 Par mémoire du 4 novembre 2015 (act. 9), la participante à la procédure a pris position. Bien qu'elle soit fondamentalement d'accord avec l'évaluation de la situation juridique faite par le Secrétariat technique de l'ElCom par courrier du 22 septembre 2015 (act. 6), elle conclut toutefois à ce qui suit :

« Die ElCom soll vorfrageweise prüfen, ob die Regelung in Art. 6b Abs. 1 EnV gegen Art. 28d Abs. 4 EnG und Art. 7a^{bis} i.V.m. Art. 7a EnG verstösst.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.»

- 9 Par courrier recommandés du 6 novembre 2015 (act. 10), le Secrétariat technique de l'ElCom a transmis à la requérante le mémoire du 4 novembre 2015 de la participante à la procédure (act. 9).

D.

- 10 Au vu du mémoire de la participante à la procédure du 4 novembre 2015 (act. 9) et en particulier de la conclusion déposée à titre préjudicielle qu'il contient, le Secrétariat technique de l'ElCom a transmis par courrier du 26 novembre 2015 (act. 11) une copie du dossier à l'Office fédéral de l'énergie (OFEN) en lui fixant un délai au 21 décembre 2015 pour déposer un préavis en la cause. Il lui a en particulier demandé de se prononcer sur la question de la conformité au principe de légalité de l'article 6b, alinéa 1, de l'ordonnance du 7 décembre 1998 sur l'énergie (OEne ; RS 730.01). Ce délai a été prolongé au 21 janvier 2016 (act. 13) sur demande de l'OFEN (act. 12).
- 11 Le 21 janvier 2016, l'OFEN a déposé un préavis (act. 14 ; ci-après : préavis OFEN) dans lequel il expose pourquoi la date de référence prévue à l'article 6b, alinéa 1, OEne est conforme à la volonté du législateur et correspond au sens et au but des dispositions légales. Ce préavis a été transmis aux parties pour information par courrier du 25 janvier 2016 (act. 15).

E.

- 12 Par courrier du 17 février 2016 (act. 16), le Secrétariat technique de l'ElCom a informé les parties qu'il estimait qu'il n'est pas nécessaire de prendre des mesures d'instruction complémentaires et que l'ElCom s'apprêtait à rendre une décision en la cause.
- 13 Il sera revenu ci-après, en tant que besoin, sur les autres éléments du dossier.

II Considérants

1 Compétence

- 14 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 19 novembre 2015, 221-00257, consid. 1, ch. marg. 16, p. 5 et références citées).
- 15 En l'espèce, il y a lieu de déterminer si la requérante peut prétendre à une RPC, respectivement à une RU pour l'installation litigieuse sur la base des articles 7a et 7a^{bis}, LEne et 6b, OEne. 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.
- 16 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

- 17 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.
- 18 En l'espèce, la requérante a introduit une requête en appréciation du litige prédécrit (act. 7 ; ch. marg. 6). En conséquence, elle est destinataire de la décision et revêt la qualité de partie au sens de l'article 6, PA.
- 19 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

- 20 Les parties ont bénéficié de la faculté de prendre position dans le cadre de la présente procédure. Le mémoire de la requérante (act. 7) ainsi que les pièces antérieures du dossier (act. 1 – 6) ont été soumis à la participante à la procédure pour prise de position (act. 8). En outre, le mémoire de la participante à la procédure (act. 9) a été transmis à la requérante (act. 10). Les conclusions des parties ainsi que les arguments y relatifs ont été pris en compte par l'ElCom dans le cadre de l'appréciation matérielle du cas d'espèce. De même, les questions soumises à l'OFEN (act. 11) ainsi que le préavis qui en a résulté (act. 14) ont été soumis aux parties (act. 15). Ainsi, le droit d'être entendu des parties est respecté (art. 29, PA).

3 Droit à la RPC ou à la RU

- 21 Dans le cas d'espèce, le litige porte sur la question de savoir si la requérante a droit à la RPC ou à la RU pour l'installation litigieuse, sise [...], à [...]. La conclusion préjudicielle déposée par la participante à la procédure par mémoire du 4 novembre 2015 (act. 9 ; ch. marg. 10) tend à ce que l'ElCom se prononce sur la conformité de l'article 6b, alinéa 1, OEné au droit supérieur, en particulier à l'article 7a^{bis} en lien avec l'article 7a, LEné et l'article 28d, alinéa 4, LEné. La requérante a certes exigé une décision formelle sujette à recours (act. 7 ; ch. marg. 6), mais elle n'a pas déposé de conclusions formelles.

3.1 Droit applicable

- 22 A teneur de l'article 3g^{bis}, alinéa 1, 1^{ère} phrase, OEné, la date d'annonce d'un projet est déterminante pour sa prise en compte. Conformément à l'article 3g, alinéa 2, OEné, la date du jour où l'annonce complète est déposée à La Poste Suisse fait foi. La question de savoir si une installation peut prétendre à la RPC, respectivement à la RU, se décide donc en application du droit en vigueur le jour du dépôt de l'annonce comme cela découle de l'article 3g, alinéa 2, OEné.
- 23 Les dispositions légales instaurant la RU et régissant les relations entre la RPC et celle-ci sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2014. Les dispositions réglementaires d'application sont quant à elles entrées en vigueur le 1^{er} avril de la même année. L'annonce relative à l'installation litigieuse a été déposée le 1^{er} avril 2014 (act. 1, annexe 1 ; ch. marg. 1), à savoir le jour même de l'entrée en vigueur de l'article 6b, OEné qui régit le droit à la rétribution et le droit d'option. Ainsi, l'installation litigieuse est soumise aux dispositions légales et réglementaires instaurant la RU et régissant les relations entre la RPC et celle-ci. Les articles 7a, 7a^{bis} et 28d, LEné sont donc applicables au cas d'espèce en leur teneur au 1^{er} janvier 2014 et l'article 6b, OEné dans sa teneur au 1^{er} avril de la même année.

3.1.1 Rétribution à prix coûtant du courant injecté (article 7a, LEné)

- 24 L'article 7a, alinéa 1, LEné, dispose notamment que les gestionnaires de réseau sont tenus de reprendre sous une forme adaptée au réseau et de rétribuer toute l'électricité produite dans des installations nouvelles situées dans leur zone de desserte, adaptées au site concerné et utilisant l'énergie solaire d'une puissance minimale de 10 kW, pour autant que l'exploitant concerné n'ait pas demandé une rétribution unique selon l'art. 7a^{bis}. Sont considérées comme nouvelles les installations mises en service, notamment agrandies ou rénovées après le 1^{er} janvier 2006.
- 25 L'article 7a, LEné instaure le régime de la RPC. Il s'agit de la disposition légale sur laquelle repose ce régime. Il est entré en vigueur dans sa nouvelle teneur au 1^{er} janvier 2014. Il découle de ce qui précède que, pour les installations dont l'annonce a été déposée après cette date, seules les installations photovoltaïques d'une puissance minimale de 10 kW peuvent prétendre à la RPC.
- 26 Dans le cas d'espèce, l'installation litigieuse a été mise en service le 6 octobre 2006 (act. 4, annexe 1 ; ch. marg. 1), soit après le 1^{er} janvier 2006. Elle utilise bien l'énergie solaire (act. 4, annexe 1 ; ch. marg. 1). Toutefois, d'une puissance installée de 9.1 kWp (act. 4, annexe 1 ; ch. marg. 1), l'installation litigieuse n'atteint pas la puissance minimale de 10 kW exigée par l'article 7a, alinéa 1, LEné pour pouvoir prétendre à la RPC. C'est donc à raison que la participante à la procédure constate que les conditions d'octroi de la RPC ne sont pas remplies au sens de la LEné.

3.1.2 Rétribution unique (article 7a^{bis}, LEne)

- 27 A teneur de l'article 7a^{bis}, alinéa 1, LEne, les exploitants de nouvelles installations photovoltaïques de moins de 30 kW peuvent demander une contribution unique selon l'art. 7a^{ter} ; il en va de même de tout agrandissement substantiel de la nouvelle installation ne portant pas sa puissance globale à 30 kW ou plus.
- 28 L'article 7a^{bis}, alinéa 1, LEne ne précise pas la notion de « nouvelle installation photovoltaïque ». Il est dès lors nécessaire d'interpréter la notion en recourant aux méthodes préconisées par la jurisprudence.
- 29 Les méthodes usuelles d'interprétation législatives sont applicables à l'interprétation des dispositions légales pertinentes pour le cas d'espèce, en particulier l'article 7a^{bis}, LEne. Les méthodes d'interprétation littérale, historique, téléologique et systématique trouvent toutes application sans que l'une d'entre elle ne soit privilégiée. Toutes ces méthodes doivent être combinées afin d'obtenir, pour le cas concret, un résultat raisonnable et praticable qui emporte le plus de force de persuasion (HÄFELIN ULRICH / MÜLLER GEORG / UHLMANN FELIX, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7^e édition, Zurich et St-Gall 2016, ci-après : HÄFELIN / MÜLLER / UHLMANN, ch. marg. 177 s.). En droit administratif, l'interprétation téléologique se situe toutefois au premier plan car il s'agit toujours de l'accomplissement de certaines tâches étatiques et de la réalisation d'intérêts publics déterminés qui poursuivent chacun un but particulier (cf. WIEDERKEHR RENÉ, in : WIEDERKEHR RENÉ / RICHLI PAUL, *Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts*, Band I, Berne 2012, ch. marg. 951). La volonté du législateur historique a une importance considérable pour les lois récentes et elle ne doit donc pas être passée sous silence (HÄFELIN / MÜLLER / UHLMANN, ch. marg. 181 ; ECom, décision du 13 août 2015, 232-00039, consid. 3.3.2, ch. marg. 33, p. 9).
- 30 Premièrement, d'un point de vue littéral, le terme de « nouvelle installation photovoltaïque » (en allemand : « *Photovoltaik-Neuanlage* » et en italien : « *impianti fotovoltaici nuovi* ») auquel on a recouru à l'article 7a^{bis}, alinéa 1, LEne est similaire à celui d'« installation nouvelle » (en allemand : « *Neuanlagen* » et en italien : « *impianti nuovi* ») au sens de l'article 7a, alinéa 1, LEne. L'on pourrait déduire du principe d'unité de l'ordre juridique que le terme de « nouvelle installation photovoltaïque » renvoie aux installations mises en service à compter du 1^{er} janvier 2006, même si cette date n'est pas explicitement mentionnée à l'article 7a^{bis}, alinéa 1, LEne (d'un avis contraire : préavis OFEN, act. 14, p. 2). L'article 7a^{bis}, LEne a été adopté par le Parlement le 21 juin 2013 et est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2014. S'agissant d'une disposition légale récente, la volonté du législateur a une importance considérable qui ne doit pas être passée sous silence. Il convient donc de ne pas s'arrêter au texte de cette disposition légale mais de s'intéresser également aux autres méthodes d'interprétation qui trouvent toute application sans que l'une d'elle ne soit privilégiée.
- 31 Ainsi, d'un point de vue historique, le Rapport de la Commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie du Conseil national du 8 janvier 2013 sur l'initiative parlementaire 12.400 « Libérer les investissements dans le renouvelable sans pénaliser les gros consommateurs » (ci-après : Rapport CEATE-N ; FF **2013** 1527) ne précise pas ce qu'il faut comprendre par « nouvelle installation photovoltaïque ». L'avis du Conseil fédéral du 27 février 2013 sur le Rapport CEATE-N (ci-après : Avis CF ; FF **2013** 1725) met en lumière ce manquement en ces mots : « la réglementation prévue par la CEATE-N selon laquelle seules les nouvelles installations – et en aucun cas d'anciennes installations – peuvent bénéficier d'une RU semble correcte. Le texte de la LEne de la CEATE-N ne précise toutefois pas quelle installation est réputée nouvelle. Il semble préférable que le législateur clarifie lui-même cette question, faute de quoi le Conseil fédéral devra le faire par voie d'ordonnance. Le 1^{er} janvier 2013 peut être retenu comme date de référence, afin de minimiser les effets d'aubaine. Cette date ne s'appliquerait pas aux exploitants qui s'étaient annoncés pour la RPC avant la fin de 2012 et qui peuvent choisir entre

la RPC et la RU conformément à l'art. 28d, al. 4. Le 1^{er} janvier 2006 devrait être maintenu pour eux comme date de référence, comme jusqu'à présent dans le cadre de la RPC. » (Avis CF, ch. 2.3, lettre e, p. 1730). Par ailleurs, Madame la Conseillère fédérale Leuthard a défendu devant le Conseil national la fixation, au niveau de la loi, du 1^{er} janvier 2013 comme date de référence pour le dépôt des annonces. Selon elle, cela est préférable à une fixation au niveau de l'ordonnance. Elle proposait de retenir la date du 1^{er} janvier 2013 afin de minimiser les effets d'aubaine (Conseil national, séance du 14 mars 2013, BO **2013** N 295). Il découle de ce qui précède que, pour le Conseil fédéral, il était clair, au moment de l'adoption de l'article 7a^{bis}, LEne déjà, que le texte de l'initiative parlementaire ne désignait pas comme « nouvelle » les installations mises en service après la date de référence du 1^{er} janvier 2006. Or, il a expressément dit dans l'Avis CF et à l'attention du Conseil national par le biais de Mme la Conseillère fédérale Leuthard qu'il allait fixer une date de référence dans l'OEne, à savoir le 1^{er} janvier 2013, pour autant que le législateur ne le fasse pas lui-même. Dès lors, en renonçant à légiférer sur ce point, le Parlement semble partager la vision du Conseil fédéral selon laquelle le terme de « nouvelle installation photovoltaïque » auquel on a recouru à l'article 7a^{bis}, alinéa 1, LEne recouvre une notion différente de celle d'« installation nouvelle » au sens de l'article 7a, alinéa 1, LEne. Bien plus, il a à tout le moins admis que le 1^{er} janvier 2013 peut être retenu comme date de référence pour préciser la notion de « nouvelle installation photovoltaïque » au sens de l'article 7a^{bis}, alinéa 1, LEne. L'OFEN part de l'idée que le Parlement n'a plus débattu de ce point en raison de contraintes de temps (préavis OFEN, act. 14, p. 4).

- 32 Par ailleurs, d'un point de vue téléologique, le but de la RU est d'accélérer la réduction du nombre des projets figurant sur la liste d'attente tout en simplifiant la mise en œuvre sur le plan administratif et en diminuant à long terme la charge incombant au fonds RPC (cf. Rapport CEATE-N, ch. 3.2, p. 1533). Le Conseil fédéral, quant à lui, tient à minimiser les effets d'aubaine (Avis CF, ch. 2.3, lettre e, p. 1730 ; BO **2013** N 295 ; ch. marg. 31). S'il fallait revenir sur des états de faits remontant jusqu'au 1^{er} janvier 2006, cela engendrerait une masse de travail telle, et l'entrée de tant d'installations photovoltaïques dans le régime de la RU que, à tout le moins, le but de simplification de mise en œuvre sur le plan administratif ne serait plus atteint. En outre, les fonds supplémentaires nécessaires à rémunérer les projets au bénéfice de la RU à compter de la date de référence du 1^{er} janvier 2006 ne seraient plus à disposition pour réduire la liste d'attente RPC.
- 33 Enfin, d'un point de vue systématique, l'argument avancé par la participante à la procédure selon lequel l'appendice 1.8, OEne, consacré à la RU, renvoyant au chiffre 1 de l'appendice 1.2, OEne pour la définition d'une installation photovoltaïque, la date de référence devrait aussi être identique n'est pas recevable en l'espèce. En effet, la définition d'une installation est une description technique des composantes d'une installation photovoltaïque. Elle donne donc un point de repère pour les coûts de revient à prendre en compte lors de la fixation des taux de rétribution. La définition d'une installation ne donne par contre aucune indication sur la date de référence déterminante pour l'entrée dans le système de la RPC ou de la RU (cf. également préavis OFEN, act. 14, p. 5).
- 34 Dans le cas concret, les méthodes d'interprétation historique et téléologique sont celles qui emportent le plus de force de persuasion en vue de la recherche d'un résultat raisonnable et praticable. C'est pourquoi la notion de « nouvelle installation photovoltaïque » au sens de l'article 7a^{bis}, alinéa 1, LEne recouvre les installations mises en service après le 1^{er} janvier 2013. Comme cela sera démontré ci-après (consid. 3.1.3), la disposition transitoire de l'article 28d, alinéa 4, LEne ne change rien à cela.

3.1.3 Disposition transitoire (article 28d, alinéa 4, LEne)

- 35 A teneur de l'article 28d, alinéa 4, LEne, les exploitants de nouvelles installations photovoltaïques de moins de 10 kW qui n'ont pas déposé une requête jusqu'au 31 décembre 2012 ne peuvent pas participer au système prévu à l'art. 7a, mais peuvent demander une rétribution unique au sens de l'art. 7a^{bis} ; les exploitants qui ont déposé une requête jusqu'au 31 décembre 2012 peuvent décider s'ils veulent la maintenir ou demander une rétribution unique. Cette disposition légale est également entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2014. Il ressort tant de la lettre de son titre que de la systématique de la loi que l'article 28d, alinéa 4, LEne est une disposition transitoire.
- 36 Le nouveau régime de la RU s'applique à toutes les installations qui n'ont pas été annoncées pour la RPC jusqu'au 31 décembre 2012. Toutes les installations qui bénéficient déjà de la RPC demeurent dans le système prévu à l'art. 7a. Les exploitants qui ont déposé une demande de participation au système de la RPC jusqu'au 31 décembre 2012 peuvent choisir entre la RPC et la RU (Rapport CEATE-N, ch. 4.2, Commentaire ad art. 28d, al. 4 p. 1539).
- 37 Selon l'OFEN (préavis OFEN, act. 14, p. 3), ce droit d'option exceptionnel pour les installations photovoltaïques de moins de 10 kW se justifie par le fait que les responsables de ces installations avaient déjà annoncé leur installation avant l'ouverture des discussions relatives à l'introduction du nouvel instrument de la RU. Au moment de l'annonce, ils ne pouvaient donc pas avoir connaissance du possible futur changement d'instrument. Ils ne devraient pas être pénalisés de ne pas avoir encore réalisé leur projet. Par conséquent, on ne voulait pas les forcer à passer du système de la RPC à celui de la RU. La disposition transitoire introduite par le Parlement à l'art. 28d, al. 4, LEne a donc deux objectifs : d'une part, toutes les nouvelles installations photovoltaïques de moins de 10 kW sont, en principe, exclues de la RPC et, d'autre part, un droit d'option est prévu pour les nouvelles installations photovoltaïques déjà annoncées pour la RPC avant les débats parlementaires sur l'intégration du nouvel instrument de la RU, au sens d'une certaine protection de la bonne foi. En revanche, pour les projets annoncés après le 31 décembre 2012, il était déjà prévisible à ce moment que l'instrument allait changer et qu'ils ne bénéficieraient peut-être « que » de la RU en lieu et place de la RPC.
- 38 Pour le surplus, il ne résulte de l'interprétation de l'article 28d, alinéa 4, LEne aucun aspect nouveau qui n'ait pas déjà été traité dans les considérants précédents (consid. 3.1.1 et 3.1.2).
- 39 Ainsi, pour les installations de moins de 10 kW annoncées pour la RPC avant le 1^{er} janvier 2013, la faculté d'opter entre la RPC et la RU repose sur la disposition transitoire qu'est l'article 28d, alinéa 4, 2^e phrase, LEne. Ce droit d'option exceptionnel se justifie pour des raisons de protection de la bonne foi. La date du 1^{er} janvier 2013 a été retenue car il a été estimé qu'à compter de ce moment les acteurs du secteur devaient connaître que l'instrument de promotion des énergies renouvelables allait changer (ch. marg. 37). Dans le cas d'espèce toutefois, l'installation litigieuse a été annoncée postérieurement au 1^{er} janvier 2013, à savoir le 1^{er} avril 2014 (act. 1, annexes 1 et 2 ; ch. marg. 1). Le droit d'option de l'article 28d, alinéa 4, LEne ne lui est dès lors pas applicable.

3.1.4 Disposition d'exécution dans l'OEné (art. 6b, OEné)

- 40 A teneur de l'article 6b, alinéa 1, OEné, seuls les exploitants d'installations photovoltaïques d'une puissance inférieure à 30 kW peuvent prétendre à une rétribution unique selon l'art. 7a^{bis} de la loi pour autant que la nouvelle installation ou l'installation notablement agrandie ou rénovée ait été mise en service après le 1^{er} janvier 2013. L'alinéa 2 dispose quant à lui que les exploitants d'installations mises en service entre le 1^{er} janvier 2006 et le 31 décembre 2012 peuvent également prétendre à une rétribution unique, pour autant qu'ils aient annoncé leur projet avant le 31 décembre 2012 au plus tard pour la rétribution visée au chap. 2a (rétribution de l'injection selon l'art. 7a de la loi). Quant à l'alinéa 3, il rappelle que les exploitants d'installations d'une puissance de 10 kW à moins de 30 kW peuvent opter entre la rétribution de l'injection et une rétribution unique ; les installations d'une puissance inférieure à 10 kW peuvent seulement prétendre à la rétribution unique.
- 41 Cette disposition réglementaire est entrée en vigueur le 1^{er} avril 2014. Elle est applicable à l'installation litigieuse dont l'annonce a été déposée le 1^{er} avril 2014 (act. 1, annexes 1 et 2 ; ch. marg. 1 et consid. 3.1). La date de référence prévue à l'article 6b, alinéa 1, respectivement à l'article 6b, alinéa 2, OEné correspond à l'interprétation des articles 7a^{bis} et 28d, alinéa 4, LEné (consid. 3.1.2 et 3.1.3) et elle leur est conforme. En effet, en retenant à l'article 6b, OEné le 1^{er} janvier 2013 comme date de référence pour préciser la notion de « nouvelle installation photovoltaïque » au sens de l'article 7a^{bis}, alinéa 1, LEné, le Conseil fédéral favorise la réalisation des buts poursuivis par l'instauration du régime de la RU, à savoir accélérer la réduction du nombre des projets figurant sur la liste d'attente tout en simplifiant la mise en œuvre sur le plan administratif et en diminuant à long terme la charge incombant au fonds RPC (cf. Rapport CEATE-N, ch. 3.2, p. 1533 ; ch. marg. 32). Dans ce sens donc, la fixation de cette date limite est conforme à la législation supérieure. Elle permet en outre également de limiter les effets d'aubaine (Avis CF, ch. 2.3, lettre e, p. 1730 ; BO **2013** N 295 ; ch. marg. 32).
- 42 Mentionnons au passage que, selon l'OFEN, aucune des deux CEATE, dans le cadre des consultations, n'a soulevé d'opposition à la fixation, dans l'article 6b, OEné, de la date du 1^{er} janvier 2013 (préavis OFEN, act. 14, p. 4). Il s'agit là d'un indice supplémentaire qui tend à démontrer que la disposition d'exécution correspond bel et bien à la volonté du législateur.
- 43 Dans le cas concret, en ce qui concerne l'octroi de la RU, force est donc de constater que l'annonce a été déposée le 1^{er} avril 2014 seulement (act. 1, annexes 1 et 2 ; ch. marg. 1), soit après le 31 décembre 2012, date de référence fixée par l'article 6b, alinéa 2, OEné permettant de prétendre à la RU. C'est donc à raison que la participante à la procédure constate que les conditions d'octroi de la RU ne sont pas remplies au sens de l'OEné.

3.1.5 Imputation à la requérante des actes de l'ancien propriétaire de l'installation litigieuse

- 44 En acquérant l'installation litigieuse en 2010 (act. 3 ; ch. marg. 3), la requérante est également devenue productrice. Or, il relève de la responsabilité des producteurs de s'intéresser à leurs affaires et d'entreprendre les démarches nécessaires en vue de l'octroi d'une RPC / RU et ce, dans les délais requis. Le fait que l'ancien propriétaire n'ait pas entrepris les démarches d'annonce RPC / RU – pour quelque raison que ce soit – n'y change rien. Ainsi, même si cela a pour conséquence de réduire les délais d'annonce à disposition ou de changer les conditions d'octroi de la rémunération envisagée, les actes de l'ancien propriétaire sont imputables à la requérante en sa qualité de nouvelle exploitante. Elle disposait d'ailleurs de la faculté d'intégrer ce défaut d'annonce RPC / RU dans la négociation du prix d'achat de l'immeuble. La requérante ne saurait

dès lors être suivie lorsqu'elle soulève que l'ancien propriétaire n'a pas entrepris les démarches nécessaires (act. 3 ; ch. marg. 2).

3.1.6 Synthèse

- 45 L'installation litigieuse a été mise en service entre le 1^{er} janvier 2006 et le 31 décembre 2013 (6 octobre 2006), elle a une puissance installée de moins de 10 kWp (9.1 kWp) et a fait l'objet d'une annonce déposée le 1^{er} avril 2014 (act. 4, annexes 1 et 2 ; ch. marg. 1). Elle n'a dès lors droit ni à la RPC, ni à la RU. La décision de la participante à la procédure du 17 juillet 2015 (act. 1, annexe 2 ; ch. marg. 1) n'est donc pas critiquable.

4 Nature des décisions de Swissgrid SA et autorité de la chose décidée

- 46 Dans son courrier du 9 octobre 2015 (act. 7 ; ch. marg. 6), la requérante conteste qu'une décision ayant force de chose jugée (act. 1, annexe 1) puisse être modifiée par une seconde décision (act. 1, annexe 2) plus d'une année après le prononcé d'une première décision (ch. marg. 1). Au vu de ce grief, il y a lieu de se pencher sur la nature des actes de la participante à la procédure.
- 47 D'après l'interprétation historique et systématique de l'article 3g, alinéa 3, OEne, l'EICom intervient en première instance dans le cadre des litiges concernant les conditions de raccordement des installations productrices d'énergie, au sens de l'article 25, alinéa 1bis, LEne. Par contre, la participante à la procédure n'est pas autorité de première instance, puisqu'elle n'est pas autorité décisionnelle au sens de l'article 1, PA (cf. TAF, arrêt du 4 juillet 2013, A-265/2012, consid. 3.1.2, p. 9 et références citées).
- 48 En l'espèce, la participante à la décision ne disposant pas du statut d'autorité décisionnelle, l'acte attaqué n'est pas une décision formelle. Il découle de ce qui précède que, formellement, aucune décision de première instance n'a encore été rendue en la cause. Fort de ce constat, la requérante ne saurait dès lors être suivie lorsqu'elle se prévaut de l'autorité de la chose décidée.

5 Emoluments

- 49 Pour ses décisions dans les domaines de l'approvisionnement en électricité et de production d'énergie, l'EICom prélève des émoluments (art. 21, al. 5, de la loi du 23 mars 2007 sur l'approvisionnement en électricité [LApEI ; RS 734.7], art. 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 (art. 3, Oémol-En).
- 50 Pour la présente décision, l'émolument perçu s'élève à [...] francs, représentant [...] heure de travail facturée au tarif de 250 francs/heure, [...] heure de travail facturée au tarif de 200 francs/heure et [...] heures au tarif de 180 francs/heure.
- 51 Celui qui provoque une décision est tenu de payer l'émolument (art. 1, al. 3, Oémol-En en lien avec l'art. 2, al. 1, de l'ordonnance générale sur les émoluments du 8 septembre 2004 [OGEmol ; RS 172.041.1]). Or, en l'espèce, la requérante qui succombe en tous points a provoqué cette décision par ses conclusions non fondées. Par conséquent, l'émolument de la présente procédure de [...] francs est mis intégralement à sa charge.

6 Dépens

- 52 La participante à la procédure conclut à l'octroi de dépens dans son mémoire du 4 novembre 2015 (act. 9 ; ch. marg. 8). 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 : ElCom, décision du 17 septembre 2015, 221-00238, consid. 9, ch. marg. 63, p. 15 et références citées).

III Dispositif

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

1. La décision de Swissgrid SA du 17 juillet 2015 concernant le projet RPC/RU 00137667 est entièrement confirmée. L'installation photovoltaïque « PV [...] » ne remplit les conditions pour percevoir ni une rétribution à prix coûtant du courant injecté (RPC), ni une rétribution unique (RU).
2. L'émolument pour la présente procédure s'élève à [...] francs. Il est mis à la charge de Mme R. 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 15 mars 2016

Commission fédérale de l'électricité ElCom

Carlo Schmid-Sutter
Président

Renato Tami
Directeur

Envoi :

à notifier par lettre recommandée à :

- Mme R, [...], [...],
représentée par M^e Youri Widmer, Alinéa Avocats, Place St-François 2, case postale 5844,
1002 Lausanne ;
- 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 (art. 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 (art. 52, al. 1, PA).