



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Commission fédérale de l'électricité ElCom

Nos références : 221-00443

Berne, le 6 mars 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, Matthias Finger,
Sita Mazumder

en l'affaire : N, [...]

(le recourant)

contre

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

(l'autorité inférieure)

concernant

la décision relative au montant définitif en matière de rétribution à prix coûtant
du courant injecté (RPC) – projet RPC [...] ; qualification de l'installation
photovoltaïque

Table des matières

I	Exposé des faits	3
II	Considérants.....	4
1	Compétence	4
2	Parties et droit d'être entendu	5
2.1	Parties.....	5
2.2	Droit d'être entendu	5
3	Allégués des parties	5
3.1	Allégués du recourant	5
3.2	Allégués de l'autorité inférieure	5
4	Droit applicable.....	6
5	Violation du droit d'être entendu pour cause d'absence de motivation	7
6	Pas de guérison de la violation du droit d'être entendu.....	9
7	Synthèse	10
8	Emoluments	10
III	Dispositif.....	11
IV	Indication des voies de recours.....	12

I Exposé des faits

A.

- 1 Monsieur N (ci-après : le recourant) exploite l'installation photovoltaïque « PV [...] » (projet RPC [...]), sise [...] (ci-après : l'installation litigieuse). Celle-ci, située sur des toits, a été mise en service le 22 décembre 2011 (pièce 6, annexe 10) et a été annoncée en vue de l'obtention de la rétribution à prix coûtant du courant injecté (RPC).
- 2 Par décision du 2 février 2012 (ci-après : la décision initiale relative au montant définitif attribué en vue de la RPC ; pièce 6, annexe 11), Swissgrid SA a fixé un taux de rétribution définitif RPC de [...] cts / kWh calculé sur la base d'une installation de [...] kWp qualifiée d'intégrée.

B.

- 3 Par nouvelle décision du 15 novembre 2017 (ci-après : la décision querellée ; pièce 3, annexe 1 et pièce 6, annexe 16), Swissgrid SA a requalifié l'installation litigieuse d'ajoutée et a fixé le taux de rétribution définitif à [...] cts / kWh.

C.

- 4 Par courrier du 28 novembre 2017 (pièce 1) complété par courriel du 30 novembre 2017 (pièce 3), le recourant a déposé un recours contre la décision querellée. Il demande en substance à ce que l'installation litigieuse soit toujours qualifiée d'intégrée afin qu'il puisse continuer de percevoir la rétribution y relative. Environ 200 cas similaires sont actuellement pendant par-devant l'autorité de céans. Cette procédure sera menée comme procédure pilote.
- 5 Au vu de ce recours, le Secrétariat technique de la Commission fédérale de l'électricité (ci-après : ST EICOM) a donc ouvert la procédure au sens de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021) (pièce 5). Il a transmis copie du dossier à Pronovo SA (ci-après : l'autorité inférieure) et lui fixé un délai pour prendre position.

D.

- 6 Par mémoire de réponse du 26 février 2018 (pièce 6) l'autorité inférieure a conclu à ce qui suit :
 1. Le recours doit être rejeté.
 2. Sous suite de frais et dépens »
- 7 Cette prise de position a été transmise au recourant pour information par courrier recommandé du 27 février 2018 (pièce 7).
- 8 Il sera revenu ci-après, en tant que besoin, sur les autres éléments du dossier.

II Considérants

1 Compétence

- 9 Conformément à l'article 74, alinéa 5 de la loi du 30 septembre 2016 sur l'énergie (LEne ; RS 730.0), La Commission fédérale de l'électricité (ci-après : ElCom) 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.
- 10 Le recourant a déposé un recours auprès de l'ElCom en date du 28 novembre 2017 (pièce 1).
- 11 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).
- 12 En l'espèce, le litige porte sur le taux de rétribution définitif de RPC, lequel dépend de la qualification de l'installation litigieuse selon l'appendice 1.2, chiffres 2 et 3 de l'ordonnance du 7 décembre 1998 sur l'énergie (aOENE ; RS 730.01 dans son état le 1^{er} octobre 2011, en vigueur le 22 décembre 2011, 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). Swissgrid SA a rendu la décision litigieuse en 2017 selon le droit alors en vigueur. La compétence de l'ElCom est ainsi donnée.
- 13 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, 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]).
- 14 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.
- 15 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

- 16 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, ci-après : WALDMANN / WEISSENBERGER, ch. marg. 8, p. 964 et DUBEY JACQUES / ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, *Droit administratif général*, Bâle 2014, ci-après : DUBEY / ZUFFEREY, ch. marg. 2073, p. 731).
- 17 Le recourant a pris part à la procédure menée par Swissgrid SA dont il était le destinataire de la décision (pièce 3, annexe 1). En sa qualité d'exploitant de l'installation litigieuse, le recourant est spécialement atteint par la décision attaquée, a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification. Il revêt ainsi la qualité de partie au sens de l'article 48 PA.

2.2 Droit d'être entendu

- 18 Tant le recourant que l'autorité inférieure, en sa qualité de successeur juridique de 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 l'autorité inférieure pour prise de position. De même, les écritures de l'autorité inférieure ont également été transmises au recourant. Tant les conclusions du recourant que celles de l'autorité inférieure ainsi que leurs arguments ont été pris en compte par l'autorité de céans dans le cadre de l'appréciation subséquente du cas d'espèce. Le droit d'être entendu est ainsi respecté par l'autorité de céans (art. 29, PA).

3 Allégués des parties

3.1 Allégués du recourant

- 19 Le recourant a fait valoir ses arguments dans son courrier de recours du 28 novembre 2017 (pièce 1). Il se prévaut du fait que son installation doit être qualifiée d'intégrée afin qu'il puisse continuer de percevoir la rétribution y relative. A l'appui de sa conclusion, il fait valoir qu'il a consenti à des frais supplémentaires pour réaliser une telle installation (1), que l'auditeur a qualifié l'installation litigieuse d'intégrée dans la certification qu'il a établie (2), qu'il a reçu une décision de Swissgrid SA en ce sens (3) et enfin que, en avril 2017, lors de la reprise d'EPS Pool Énergie Suisse SA, il lui a été certifié que le taux de rétribution resterait inchangé (4).

3.2 Allégués de l'autorité inférieure

- 20 L'autorité inférieure a quant à elle fait valoir ses arguments dans son mémoire du 26 février 2018 (pièce 6). Elle se prévaut en substance des arguments suivants.
- 21 Premièrement, l'autorité inférieure se prévaut du fait que, conformément à la jurisprudence fédérale (Tribunal administratif fédéral [TAF], arrêt du 17 septembre 2015, A-4730/2014, consid. 6.3), une installation dite visuellement intégrée doit être qualifiée d'ajoutée. La directive intitulée « Rétribution à prix coûtant du courant injecté RPC, art. 7a L'Ene, Photovoltaïque annexe 1.2, version

1.2 du 1^{er} octobre 2010 » (ci-après : la directive) est ainsi contraire à la législation fédérale sur l'énergie. Elle a d'ailleurs été abrogée depuis lors.

- 22 Deuxièmement, la décision initiale relative au montant définitif attribué en vue de la RPC a été rendue en violation du droit applicable au moment où elle a été rendue, si bien qu'elle était initialement erronée. L'autorité inférieure souligne au passage que la compétence de qualifier une installation photovoltaïque lui incombe, respectivement que cette compétence incombe à l'autorité de céans.
- 23 Troisièmement, l'autorité inférieure estime que la RPC est une subvention au sens de la loi fédérale du 5 octobre 1990 sur les subventions (LSu ; RS 616.1). Dès lors, en application de l'article 30, alinéa 2 LSu et au vu du texte de la directive, aucune faute n'est imputable au recourant, si bien que les conditions pour renoncer à une révocation de la décision sont remplies. Ainsi, et en application du principe de proportionnalité et en raison du fait qu'un grand nombre d'installations sont concernées, Swissgrid SA a renoncé à révoquer la décision initiale relative au montant définitif attribué en vue de la RPC. Elle a par contre adapté le rapport de subvention à la nouvelle situation matérielle et légale. Il y a procédé en rendant la décision querellée.
- 24 Enfin, l'autorité inférieure ajoute que le recourant n'établit pas les coûts supplémentaires engagés qui seraient relevant dans le cadre de l'octroi d'un dédommagement dû à titre d'indemnisation fondée sur le droit au respect des promesses. Elle procède toutefois à une estimation de ceux-ci sur la base des factures en sa possession et versée au dossier par le recourant. Ils s'élèvent à moins de [...] francs au total. L'autorité inférieure en arrive à la conclusion que les éventuels coûts supplémentaires engagés sont ainsi pleinement compensés par la sur-rétribution de [...] francs ([...] cts / kWh x [...] kWh) qui a été versée au recourant pendant 6 ans et un mois, laquelle est même plus élevée.

4 Droit applicable

- 25 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).
- 26 L'installation litigieuse a été mise en service le 22 décembre 2011 (pièce 6, annexe 10). Il y a dès lors lieu d'appliquer l'aOEne dans son état le 1^{er} octobre 2011 et l'aLEne dans son état le 1^{er} janvier 2011 pour tout ce qui concerne le régime de la RPC.
- 27 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*, 2^e édition, Berne 2015, p. 249 ; 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.

5 Violation du droit d'être entendu pour cause d'absence de motivation

- 28 L'article 29, alinéa 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101) ainsi que l'article 29 PA disposent que les parties ont le droit d'être entendues. Certains aspects de ce droit sont réglés aux articles 11, 18, 30 à 33 et 35, alinéa 1 PA.
- 29 Le droit d'être entendu est une garantie constitutionnelle formelle, dont la violation conduit en principe à l'annulation de la décision entreprise, indépendamment des chances de succès au fond (ATF 135 I 279 ; JdT 2010 I, 255, consid. 2.6.1). Plus précisément, cela signifie que la partie dont le droit d'être entendu a été violé n'a pas à démontrer que, si ce droit ne l'avait pas été, le contenu matériel de la décision eût été différent (DUBEY / ZUFFEREY, ch. marg. 1982, p. 696).
- 30 Le droit d'être entendu, tel qu'il est garanti à l'article 29, alinéa 2 Cst. et aux articles 29 ss PA, comprend notamment le droit pour l'intéressé de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuve pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influer sur la décision à rendre, le droit de consulter le dossier, le droit à être représenté et à l'assistance judiciaire, ainsi que le droit d'obtenir une décision motivée (ATF 129 II 497, consid. 2.2, p. 504 s. et références citées ; HÄFELIN ULRICH / MÜLLER GEORG / UHLMANN FELIX, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7^e éd., Zurich 2016, ci-après : HÄFELIN / MÜLLER / UHLMANN, ch. marg. 1173). Une motivation insuffisante constitue ainsi une violation du droit d'être entendu au sens de l'article 29, alinéa 2 Cst. (DUBEY / ZUFFEREY, ch. marg. 949, p. 339; HÄFELIN / MÜLLER / UHLMANN, ch. marg. 1038, p. 226 et ch. marg. 1070, p. 233 et ATF 141 I 60, consid. 3.3, p. 64).
- 31 Les motifs d'une décision doivent être rédigés de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de la décision et l'attaquer en connaissance de cause auprès de l'instance supérieure. En ce sens, il faut mentionner, au moins brièvement, les motifs qui ont guidé l'autorité pour fonder sa décision (ATF 134 I 83, consid. 4.1, p. 88 s., ATF 121 I 54 (f), consid. 2, let. c, p. 57). La motivation doit donner connaissance à la personne concernée des faits et des règles de droit appliquées (UHLMANN FELIX / SCHILLING-SCHWANK ALEXANDRA, *Commentaire ad art. 35 PA*, in : WALDMANN / WEISSENBERGER, ch. marg. 10, pp. 816 s. et références citées).
- 32 Ainsi, l'étendue de la motivation dépend des circonstances propres à chaque affaire. Une justification particulièrement détaillée est requise lorsque : une décision porte gravement atteinte à la situation juridique de la personne concernée (par exemple : un ordre de mise en détention en attente d'expulsion) (1) ; il y a lieu d'évaluer des questions complexes, que celles-ci soit à caractère juridique ou en lien avec l'état de fait (2) ; l'autorité dispose d'un large pouvoir d'appréciation (3) et enfin en cas de changement de pratique constante (4). Lorsque l'autorité rend des décisions en grand nombre (*Massenverfügungen*), par exemple dans le domaine du droit fiscal, le Tribunal fédéral permet un simple renvoi aux dispositions légales appliquées doublée d'une motivation sans forme (RHINOW RENÉ et al., *Öffentliches Prozessrecht*, 3^e éd., Bâle 2014, ch. marg. 347 s., p. 122).
- 33 Dans le cas d'espèce, Swissgrid SA précise dans la décision querellée (pièce 3, annexe 1 et pièce 6, annexe 16) que : « En raison du réexamen de l'installation solaire intégrée [...], effectué en octobre 2017, nous vous informer de l'ajustement de la catégorie et du taux de rétribution, qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2018 ». Elle a ensuite fixé un taux de rétribution définitif de [...] cts / kWh basé sur une installation de [...] kWp qualifiée d'ajoutée. Fort de ce constat, Swissgrid SA a donc formulé le dispositif suivant : « Le taux de rétribution définitif à partir du 1^{er} janvier 2018 s'élève à [...] ct./kWh ». La décision querellée fait en tout et pour tout 2 pages, y compris l'adresse et l'indication des voies de droit.

- 34 Le recourant perçoit une RPC de [...] cts / kWh depuis début 2012 au moins (ch. marg. 2). Au vu de la puissance relativement importante de l'installation litigieuse ([...] kWp), le recourant subira une importante perte de revenu sur toute la durée de la rétribution de 25 ans (sur la durée de la rétribution, cf. art. 7a, al. 2 let. c aLEne [état le 1^{er} janvier 2011], art. 3d, al. 2, aOEne ainsi que l'appendice 1.2, ch. 4.2, aOEne [état le 1^{er} octobre 2011]). Dès lors, en raison des gains manqués non négligeables que la décision querellée ferait subir au recourant, force est de constater l'existence d'une atteinte à sa situation juridique. Par ailleurs, il y a lieu d'évaluer des questions assez complexes. La première d'entre elle réside dans la motivation à développer pour déterminer si l'installation litigieuse doit être qualifiée d'intégrée, d'ajoutée, voire de visuellement intégrée (à ce propos, cf. TAF, arrêt du 26 janvier 2017, A-4809/2016, consid. 4 s., TAF, arrêt du 5 juin 2017, A-195/2016, consid. 2 ss). Par ailleurs, outre la question de savoir si une révocation, respectivement une adaptation déployant ses effets pour le futur, est possible ou non, et si elle doit être examinée sur la base du droit administratif général ou sur celle de la LSu, il faut également répondre à la question de savoir si un dédommagement est dû à titre d'indemnisation fondée sur le droit au respect des promesses, et, le cas échéant, déterminer son montant. A noter enfin que, d'un point de vue général, le Tribunal administratif fédéral exige que la détermination du montant dû à titre d'indemnisation fondée sur le droit au respect des promesses se fonde sur les coûts supplémentaires engagés effectifs ou estimés (TAF, arrêt du 17 septembre 2015, A-4730/2014, consid. 6 ss, TAF, arrêt du 26 janvier 2017, A-4809/2016, consid. 6, TAF, arrêt du 5 juin 2017, A-195/2016, consid. 4.4.2).
- 35 Pour tous ces motifs et au vu de ce qui précède, une justification détaillée s'avérait nécessaire et aurait dû figurer dans la décision querellée. Force est de constater qu'elle fait défaut dans la mesure où, d'une manière globale, l'on peut raisonnablement affirmer que, à la lecture de la décision attaquée, l'intéressé ne peut pas se rendre compte de la portée de la décision en raison du fait que celle-ci ne mentionne pas, au moins brièvement, les motifs qui ont guidé l'autorité pour fonder sa décision. Si Swissgrid SA avait motivé sa décision de manière plus détaillée, le recourant aurait éventuellement pu, dans certaines circonstances, transmettre à l'autorité de céans des photographies supplémentaires fournissant des informations sur la construction de l'installation litigieuse et, le cas échéant, il aurait éventuellement pu conclure à un dédommagement dû à titre d'indemnisation fondée sur le droit au respect des promesses.
- 36 Par ailleurs, et même si les décisions en matière de RPC devaient être qualifiées de décisions rendues en grand nombre, force est de constater que la décision querellée ne remplit même pas les conditions minimales de validité alléguées exigées pour ces dernières. La décision querellée ne mentionne en effet ni la base légale autorisant la requalification d'une installation photovoltaïque ayant déjà fait l'objet d'une décision initiale relative au montant définitif attribué en vue de la RPC, ni même la disposition légale sur laquelle elle fonde sa nouvelle qualification.
- 37 Pour ces motifs donc, Swissgrid SA a enfreint le droit d'être entendu du recourant au sens des articles 29, alinéa 2 Cst. et 29 ss PA, en particulier l'article 35 alinéa 1 PA. La question de savoir si, en plus du droit d'obtenir une décision motivée, d'autres aspects du droit d'être entendu (tel que p. ex. le droit des parties de collaborer à l'administration des preuves) peut rester ouverte en l'espèce.
- 38 Or, le droit d'être entendu étant une garantie constitutionnelle formelle, sa violation conduit à l'annulation de la décision entreprise, indépendamment des chances de succès au fond. Ainsi, la décision querellée est viciée et doit être annulée. Il reste à analyser si ce vice de nature formel doit ou non être guéri.

6

Pas de guérison de la violation du droit d'être entendu

- 39 Dans des cas exceptionnels, le droit d'être entendu peut être exercé au cours de la procédure de recours et la violation du droit d'être entendu peut ainsi être guérie (KÖLZ ALFRED / HÄNER ISABELLE / BERTSCHI MARTIN, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3^e éd., Zurich 2013, ci-après : KÖLZ / HÄNER / BERTSCHI, ch. marg. 548).
- 40 La guérison d'une violation du droit d'être entendu est subordonnée à trois conditions cumulatives qui sont censées en conserver le caractère d'exception. La première de celles-ci réside dans le fait qu'il ne doit pas s'agir d'un vice grave ou d'une accumulation de vices mineurs. La deuxième condition suppose que l'autorité de recours dispose d'un pouvoir d'examen au moins aussi étendu que celui dont disposait l'autorité précédente. Enfin, comme troisième condition, la jurisprudence exige encore parfois que la guérison d'une décision entachée de la violation du droit d'être entendu par l'instance de recours ne doit pas comporter pour l'administré d'autre désavantage que la perte d'un degré instance (cf. DUBEY / ZUFFEREY, ch. marg. 1988, pp. 697 s.).
- 41 Une guérison en-soi possible peut ne pas être mise en œuvre lorsque l'autorité inférieure a systématiquement violé le droit d'être entendu. La jurisprudence fédérale retient en effet qu'une autorité de première instance ne doit pas compter sur le fait que les atteintes aux droits de procédure seront systématiquement guéris sans quoi les garanties procédurales prévues pour la procédure de première instance seraient vidées de leur substance (ATF 126 II 111, consid. 6b. aa ; WALDMANN BERNHARD / BICKEL JÜRG, *Commentaire ad art. 29 PA*, in : WALDMANN / WEISSENBERGER, ch. marg. 126, p. 667). Ainsi, il n'y a notamment pas lieu de reconnaître de guérison du vice lorsque la violation du droit d'être entendu ne découle pas d'un oubli mais que l'autorité inférieure y a délibérément recouru. Le but de la guérison du vice n'est en effet pas de remédier aux défaillances que l'autorité inférieure aurait pu éviter, et ce afin qu'elle ne soit pas déliée de l'obligation de procéder à une conduite soigneuse de la procédure (Tribunal administratif fédéral, arrêt du 26 octobre 2007, D-5684/2007, consid. 4.4 ; WALDMANN BERNHARD / BICKEL JÜRG, *Commentaire ad art. 29 PA*, in : WALDMANN / WEISSENBERGER, ch. marg. 140, p. 669). De même, aucune guérison du vice n'entre en ligne de compte si la violation du droit d'être entendu a pu avoir un impact sur la décision matérielle. Tant que l'annulation de la décision n'apparaît pas d'emblée excessive ou superflue, l'autorité n'est pas tenue de guérir le vice (KÖLZ / HÄNER / BERTSCHI, ch. marg. 548 ss).
- 42 Dans le cas d'espèce, force est de constater l'absence de toute motivation et de toute mention des bases légales pertinentes appliquées. De plus, environ 200 recours sont actuellement pendents par-devant l'autorité de céans pour des décisions similaires à la décision querellée, ce qui démontre le caractère systématique des violations au droit d'être entendu commises par l'autorité inférieure. La violation du droit d'être entendu est si évidente qu'il faut supposer que Swissgrid SA a délibérément accepté ce vice. Par ailleurs, il n'est pas à exclure que la violation du droit d'être entendu ait pu avoir un impact sur la décision querellée. En effet, si Swissgrid SA s'était confrontée dès le début de la procédure de première instance aux dispositions de droit de fond – et non pas seulement lors de l'échange des écritures par-devant l'autorité de recours – elle serait peut-être arrivée à la conclusion que les conditions d'une adaptation déployant ses effets pour le futur n'étaient pas remplies.
- 43 En l'espèce, si l'autorité de céans s'abstient de guérir le vice et annule la décision querellée datée du 15 novembre 2017, cela n'apparaît pas d'emblée excessif ou superflu. En effet, une fois la décision querellée annulée, la décision initiale relative au montant définitif attribué en vue de la RPC de Swissgrid SA datée du 2 février 2012 – qui fixe le taux de rétribution à [...] cts / kWh – continuera à s'appliquer. Comme cela a déjà été mentionné, même si l'autorité inférieure devait reprendre la procédure, il ne peut pas être exclu que, lors d'un examen au fond, elle arrive à la

conclusion que les conditions d'une adaptation déployant ses effets pour le futur ne sont pas remplies.

- 44 Il découle ainsi de ce qui précède que les conditions de la réparation exceptionnelle du vice que constitue la violation du droit d'être entendu ne sont pas remplies.

7 **Synthèse**

- 45 La décision querellée, datée du 15 novembre 2017, n'est pas motivée. Cela est constitutif d'une violation du droit d'être entendu du recourant (art. 29, al. 2, Cst., art. 29 en lien avec l'art. 35, al. 1, PA). Ce vice ne peut pas être guéri en procédure de recours. Le recours du 28 novembre 2017 (pièce 1) est par conséquent admis. La décision de Swissgrid SA du 15 novembre 2017 est donc annulée.

8 **Emoluments**

- 46 En application de l'article 63, alinéas 1 PA, les frais de procédure sont mis à la charge de la partie qui succombe. Toutefois, aucun frais de procédure ne peut être mis à la charge d'une autorité inférieure (art. 63, al. 2, PA).
- 47 En l'occurrence, vu l'issue de la procédure, il n'est pas perçu de frais de procédure.
(dispositif à la page suivante)

III Dispositif

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

1. Le recours de N du 28 novembre 2017 est admis. La décision de Swissgrid SA du 15 novembre 2017 est annulée.
2. Il n'est pas perçu de frais de procédure.
3. La présente décision est notifiée à N et à Pronovo SA par lettre recommandée.

Berne, le 6 mars 2018

Commission fédérale de l'électricité ElCom

Carlo Schmid-Sutter
Président

Renato Tami
Directeur

Envoi :

A notifier par lettre recommandée à :

- [...] ;
- 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).