

ELCOM 221-00396-5OaxT2 vom 8. Februar 2018

ElCom, 2018-02-08, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/elcom_221-00396-5OaxT2

FR: ELCOM 221-00396-5OaxT2 du 8 février 2018

IT: ELCOM 221-00396-5OaxT2 del 8 febbraio 2018

Erwägungen

E. 1

Compétence 10 Conformément à l'article 74, alinéa 5 de la loi du 30 septembre 2016 sur l'énergie (LEne ; RS 730.0), L'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. 11 Le recourant a déposé un recours auprès de l'ElCom en date du 7 novembre 2017 (pièce 1). 12 Conformément à l'article 25, alinéa 1bis de la loi du 26 juin 1998 sur l'énergie (aLEne ; RS 730.0, état le 1er 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 1er janvier 2017). 13 En l'espèce, le litige porte sur le montant définitif de la RU selon l'appendice 1.8, chiffre 3 de l'ordonnance du 7 décembre 1998 sur l'énergie (aOEne ; RS 730.01, état le 1er janvier 2016), si bien qu'il y a lieu de déterminer si l'installation photovoltaïque du requérant appartient à la catégorie des installations ajoutées ou à celle des installations intégrées (appendice 1.8, ch. 2 en lien avec appendice 1.2, ch. 2, aOEne, état le 1er janvier 2016). En d'autres termes, le litige porte sur le versement d'une RU destinée à une installation photovoltaïque de moins de 30 kW selon l'article 7abis aLEne (état le 1er mai 2014) qui est entré en vigueur le 1er janvier 2014. La compétence de l'ElCom selon l'article 25, alinéa 1bis aLEne (état le 1er mai 2014) n'a pas été adaptée en conséquence. Selon la Commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie du Conseil national (CEATE-CN), en cas de litige en lien avec la RU, c'est l'ElCom qui statue, comme le prévoient l'art. 25, al. 1bis, aLEne, et l'art. 15b aLEne auquel ce dernier renvoie (Rapport de la Commission de l'environnement, de l'aménagement du territoire et de l'énergie du Conseil national du 8 janvier 2013 relatif à l'initiative parlementaire 12.400 « Libérer les investissements dans le renouvelable sans pénaliser les gros consommateurs », FF 2013 1527, téléchargeable sous www.admin.ch > Droit fédéral > Feuille fédérale > 2013 > n° 8, consulté le 8 février 2018, ch. 4.2, commentaire ad art. 7ater, pp. 1538 s.). L'article 15b aLEne (état le 1er mai 2014) traite du supplément sur les coûts de transport des réseaux à haute tension grâce auquel les coûts de financement de la RU sont financés (art. 15b, al. 1, let. bbis, aLEne, état le 1er mai 2014) et non pas du droit de l'exploitant à l'octroi d'une RU. 14 Le législateur a voulu une possibilité de recours auprès de l'ElCom lors de litige en lien avec la RU. Le fait que l'article 25, alinéa 1bis aLEne (état le 1er mai 2014) n'ait pas été adapté est un oubli du législateur. L'Office fédéral de l'énergie (OFEN) expose également dans le message explicatif qu'il peut être fait recours auprès de l'ElCom contre les décisions de Swissgrid SA (OFEN, Rapport explicatif d'octobre 2013 concernant la révision de l'ordonnance sur l'énergie [OEne, RS 730.01] Mise en œuvre de l'initiative parlementaire 12.400 [consommation propre, remboursement du supplément et rétribution unique], ch. 4, commentaire ad art. 6c, p. 11, téléchargeable sous

https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2382/Rapport_Energie_f.pdf, consulté le 8 février 2018). Par ailleurs, la compétence de l'ElCom n'a pas été contestée par les parties. 15 La compétence de l'ElCom est ainsi donnée. 16 Le Tribunal fédéral a jugé que Swissgrid SA rendait des décisions au sens de l'article 5 PA dans le cadre de la rétribution à prix coûtant du courant injecté (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

5/12

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. 1bis aLEne, état le 1er mai 2014). 17 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, 1ère 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. 18 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.

E. 2

Parties et droit d'être entendu

E. 2.1

Parties 19 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), 2e éd., Zurich 2016, ch. marg. 8, p. 964 et DUBEY JACQUES / ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, Droit administratif général, Bâle 2014, ch. marg. 2073, p. 731). 20 Le recourant a pris part à la procédure menée par Swissgrid SA dont il était le destinataire de la décision (pièce 1, annexe 4). Le recourant est donc également destinataire de la présente décision. Il dispose ainsi de la qualité pour recourir. 21 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, 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.

E. 2.2

Droit d'être entendu 22 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).

6/12

E. 3

Allégués des parties

E. 3.1

Allégués du recourant 23 Le recourant estime que le fait que l'installation litigieuse ait été déclarée intégrée par l'auditeur dans le formulaire de certification (pièce 1 en lien avec la pièce 1, annexe 4) suffit à ce que cette qualification soit retenue dans le cadre de la fixation du montant définitif de la RU.

E. 3.2

Allégués de Swissgrid SA 24 Swissgrid SA estime quant à elle que l'installation litigieuse ne remplirait pas la condition de la double fonction. Pour elle en effet, l'installation de type GSE IN-ROOF SYSTEM employée par le recourant correspond à un système de montage dans lequel l'eau n'est pas évacuée via les modules mais sous les modules via les rails en plastique. Les modules ne constitueraient donc ainsi pas la couche aquifère, c'est pourquoi l'installation ne répondrait pas aux critères d'intégrité. C'est la raison pour laquelle l'installation ne peut pas être rémunérée au taux de rétribution applicable aux installations intégrées.

E. 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, 3e éd., Berne 2012, ci-après : MOOR / FLÜCKIGER / MARTENET, n. 2.4.2.3, p. 184 ; cf. également Tribunal administratif fédéral [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 13 avril 2016 (pièce 1, annexe 4). Il y a dès lors lieu d'appliquer l'aOEne dans son état au 1er janvier 2016 et l'aLEne dans son état au 1er mai 2014 pour tout ce qui concerne le régime de la RU. 26 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 (ElCom, décision du 18 janvier 2018, 221-00257, consid. 4, p. 8 ; TAF, arrêt du 21 décembre 2016, A-6840/2015, consid. 3.1.2) et, dans la mesure où le droit actuellement applicable se réfère à l'aLEne, l'aEne dans son état au 1er janvier 2017.).

E. 5

Qualification de l'installation photovoltaïque litigieuse

E. 5.1

Généralités 27 La question litigieuse porte sur la question de savoir si l'installation photovoltaïque litigieuse doit être qualifiée d'intégrée ou d'ajoutée dans la mesure où cette qualification est un préalable nécessaire à la fixation du montant de la RU.

28 A teneur de l'article 6c, alinéa 3 aOEne (état le 1er janvier 2016), la société nationale du réseau de transport communique, par voie de décision, le montant de la rétribution unique aux exploitants souhaitant bénéficier d'une rétribution unique et remplissant les conditions requises. 29 Ainsi, la qualification d'une installation photovoltaïque est faite par Swissgrid SA, respectivement par l'autorité de céans. Partant, la qualification retenue par l'auditeur dans la formule « Certification de l'installation photovoltaïque » (pièce 1, annexe 4) ne change rien au fait que l'appréciation de l'installation litigieuse relève de la seule compétence de Swissgrid SA – respectivement de l'autorité de céans en cas de litige – et ce, conformément à l'article 6c, alinéa 3 aOEne (état le 1er janvier 2016) en lien avec les articles 74, alinéa 5 LEnet et 25, alinéa 1bis aLEne (état le 1er mai 2014). L'avis que l'auditeur émet en matière de qualification d'une installation photovoltaïque ne lie donc ni l'autorité inférieure, ni l'autorité de céans (cf. également, en matière de RPC, ElCom, décision du 19 novembre 2015, 221-00257, ch. marg. 27, p. 6). 30 Les taux de la RU se fondent sur l'appendice 1.8. aOEne (art. 6d, al. 1, aOEne, état le 1er janvier 2016). Le montant de la RU dépend de la date de mise en service de l'installation (1), de sa puissance (2) et de la catégorie de l'installation (3) (art. 6d, al. 1 en lien avec l'appendice 1.8, ch. 3.1 aOEne [état le 1er janvier 2016]). Comme les deux premières conditions ne sont pas contestées en l'espèce, la question litigieuse porte bien sur la question de savoir si l'installation photovoltaïque litigieuse doit être qualifiée d'intégrée ou d'ajoutée. Selon l'appendice 1.8, chiffre 2, 2e phrase aOEne (état le 1er janvier 2016), la définition des catégories d'installation se fonde sur l'appendice 1.2, ch. 2 aOEne (état le 1er janvier 2016). 31 Selon l'appendice 1.2, chiffre 2.2 aOEne (état le 1er janvier 2016), les installations photovoltaïques doivent être qualifiées d'ajoutées lorsqu'elles sont liées à la construction de bâtiments ou d'autres installations d'infrastructure et vouées exclusivement à la production d'électricité, par exemple modules montés sur un toit de tuiles ou sur un toit plat à l'aide de systèmes de fixation. 32 Par contre, selon l'appendice 1.2, chiffre 2.3 aOEne (état le 1er janvier 2016), les installations intégrées sont les installations intégrées dans les constructions et qui outre la production d'électricité servent de protection contre les intempéries, d'isolation thermique ou de dispositif anti-chute. 33 Ainsi, les critères d'« intégration aux bâtiments » et de double fonction (protection contre les intempéries, protection thermique ou contre les chutes) doivent être tous les deux remplis (de manière cumulative), pour qu'une installation soit considérée comme intégrée (OFEN, « Directive « installations photovoltaïques intégrées aux bâtiments » relative à l'application du chiffre 2.3 de l'appendice 1.2 de l'ordonnance sur l'énergie (OEn) » dans sa version 1.0 du 4 mars 2014 ; téléchargeable sur : http://www.bfe.admin.ch/themen/00612/05410/06149/index.html?lang=fr&dossier_id=06151 , consulté le 8 février 2018 ; ci-après : la directive ; ch. 1, p. 3, confirmé par : TF, arrêt du 10 janvier 2018, 2C_180/2017, consid. 3.3). 34 En d'autres termes, pour qu'une installation photovoltaïque soit qualifiée d'intégrée, il faut qu'elle remplisse les deux conditions cumulatives de la double fonction (1) et de l'intégration dans les constructions (2).

E. 5.2

Double fonction 35 La directive concrétise la définition d'installation photovoltaïque intégrée. Dans ce but, elle précise comme suit la notion de double fonction d'une installation de production intégrée : 36 Par double fonction, on entend ceci : si le module PV intégré est

démonté, la fonction originelle de la structure n'est plus remplie et un remplacement devient alors incontournable. Les exigences

8/12

normales pour l'enveloppe extérieure du bâtiment ne sont pas considérées comme une fonction. Contrairement à la protection contre la pluie (voir chapitre 2), la résistance à la grêle est par ex. une exigence à remplir par l'enveloppe du bâtiment. Il en est de même pour la fonction de protection contre l'incendie, car la couche externe ne doit pas être inflammable selon la protection- incendie (exception, si une couche antifeu est directement en dessous). La mise sur le côté de couches de gravillons et la pose de structures modulaires sans raccord fixe avec le bâtiment ne sont généralement pas considérées comme intégrées. Les doubles fonctions autorisées seront décrites en détails dans les chapitres suivants 2, 3 et 4 (directive, ch. 1, p. 3). 37 Dans le cas d'une installation PV intégrée à une toiture inclinée, à l'instar d'une surface de tuiles, l'étanchéité à l'eau est une exigence contraignante qui doit être remplie par la surface externe du module PV. L'étanchéité à l'eau ne peut pas être déléguée à une couche inférieure du toit (les modules PV font office de couche aquifère). Les systèmes pour l'intégration PV aux toitures, dans lesquels l'étanchéité à l'eau n'est pas prévue à la surface supérieure du module, mais au-dessous de cette surface (avec des éléments complémentaires tels que des couches, des membranes, etc., réparties sur le toit avant le montage des modules) ne sont pas acceptables. La fig. 2 explique les solutions standards selon le ch. 2.3, appendice 1.2, OEn dans le cas d'une installation PV intégrée à une toiture inclinée. En plus de la production d'électricité, l'installation de production intégrée doit par exemple également servir de protection contre les intempéries ou contre les chutes, de protection solaire ou thermique, de protection contre le bruit, etc. Les modules doivent remplacer une partie de la construction. Si l'on supprime le module photovoltaïque, la fonction initiale de la construction n'est plus remplie ou seulement encore sommairement, ce qui rend son remplacement absolument nécessaire. Les exigences normales pour l'enveloppe externe du bâtiment ne sont pas considérées comme une fonction. On exige par exemple que l'enveloppe du bâtiment résiste à la grêle ou protège contre les incendies (directive, ch. 2, p. 4). 38 Des schémas illustrent ce qui précède (directive, ch. 2, fig. 2, p. 5)

39 Dans le cas d'espèce, le recourant a installé une installation photovoltaïque de type GSE IN- ROOF SYSTEM. Force est de constater que là où des modules photovoltaïques ont été installés, les tuiles ont préalablement été retirées. Il ressort en effet des photographies produites (pièce 1, annexe 1) qu'aucune toiture ou sous-toiture n'existe sous les modules photovoltaïques. Dans ce système, des plaques GSE – qui s'apparentent plutôt à des cadres dans la mesure où le centre de chaque plaque GSE est totalement évidé sur une grande surface – sont fixées directement

9/12

sur les lattes. Ensuite, les modules sont fixés sur ces plaques GSE. Certes, il ressort clairement de la fiche technique (pièce 1, annexe 2) et du manuel d'installation (gseintegration.com > Download et médias > Manuel d'installation, consulté le 8 février 2018) ainsi que des photographies produites (pièce 1, annexe 1) que les modules photovoltaïques ne se touchent pas directement, si bien que l'eau peut s'écouler entre deux modules. Toutefois, le fait que le centre de chaque plaque GSE est totalement évidé sur une grande surface implique qu'en ce lieu précis, l'étanchéité du bâtiment est assumée en

totalité par le module lui-même. Ainsi, ce n'est qu'en bordure de module et entre ceux-ci que l'eau est évacuée par la zone d'écoulement de la plaque GSE et que l'étanchéité est assumée par les plaques GSE. Alors certes l'eau est finalement évacuée en dessous des modules par les zones d'écoulement connectées de chacune des plaques GSE, toutefois, force est de constater que l'élément de construction auquel se substitue l'installation photovoltaïque (tuiles) a été retiré et que, en plus, dans le centre de chaque plaque GSE, là où elle est totalement évidé sur une grande surface, c'est le module lui-même qui assume l'étanchéité du bâtiment. Ainsi, si l'on supprime le module photovoltaïque, la fonction initiale de la construction n'est plus remplie ou seulement encore sommairement, ce qui rend leur remplacement absolument nécessaire, à tout le moins à chacun de ces endroits-là. Par ailleurs, la somme de ces endroits-là est loin de représenter une surface négligeable. Ainsi, il y a lieu de reconnaître que les modules PV font office de couche aquifère sur une grande surface, et ce même si l'eau de ruissèlement est finalement évacuée au-dessous des modules photovoltaïques. D'ailleurs, un simple coup d'œil à la figure 2 de la directive (cf. ch. marg. 38 ci-dessus) permet de se rendre compte que l'installation litigieuse ne se calque ni sur la lettre d), ni sur la lettre e), lesquelles illustrent des états de fait qui ne sauraient être reconnus comme intégrés. En effet, la lettre d) suppose que l'étanchéité soit assumée par des éléments complémentaires étanches ce qui, comme déjà démontré, n'est pas le cas en l'espèce, alors que la lettre e) implique le maintien d'une toiture préexistante, ce qui n'est pas non plus le cas. 40 Par ailleurs, et contrairement à ce qu'allègue Swissgrid SA, l'installation litigieuse n'est pas typique du cas particulier dans lequel l'étanchéité à l'eau n'est pas prévue à la surface supérieure du module, mais au-dessous de cette surface (avec des éléments complémentaires tels que des couches, des membranes, etc., réparties sur le toit avant le montage des modules). 41 En assumant elle-même l'étanchéité en certains endroits du bâtiment sans que le recours à des éléments complémentaires étanches ne soit nécessaire à ces endroits précis, d'une part et la production d'électricité, d'autre part, l'installation litigieuse remplit la condition de la double fonction comme l'exige l'appendice 1.2, chiffre 2.3 aOEne (état le 1er janvier 2016).

E. 5.3

Intégration dans les constructions 42 Selon la lettre de l'appendice 1.2, chiffre 2.3 aOEne (état le 1er janvier 2016), sont des installations intégrées, les « installations intégrées dans les constructions ». Le « dans » signifie que l'intégration suppose un encastrement et qu'un simple système de fixation ne suffit pas (TAF, arrêt du 17 décembre 2014, A-2895/2014, consid. 5.2). En effet, l'appendice 1.2, chiffre 2.2 aOEne (état le 1er janvier 2016), consacré aux installations ajoutées, cite comme exemple les modules montés « sur » un toit de tuiles ou « sur » un toit plat à l'aide de systèmes de fixation. Ainsi, une installation est qualifiée d'ajoutée lorsque le toit est maintenu sous les panneaux photovoltaïques. Au contraire, elle est intégrée lorsqu'elle se substitue à l'ancien toit, respectivement à tout autre élément de construction (TAF, arrêt du 17 décembre 2014, A-2895/2014, consid. 5.2, et références citées ; ElCom, décision du 19 novembre 2015, 221-00257, consid. 3.2, ch. marg. 34, pp. 7 s. et références citées). 43 Dans le cas d'espèce, force est de constater que l'élément de construction auquel se substitue l'installation photovoltaïque (tuiles) a été retiré (cf. consid. 5.2). L'installation litigieuse remplit

10/12

donc également la condition de l'intégration dans la construction comme l'exige l'appendice 1.2, chiffre 2.3 aOEne (état le 1er janvier 2016).

E. 5.4

Synthèse 44 L'installation litigieuse, de type GSE IN-ROOF SYSTEM et telle que réalisée en l'espèce, remplit les conditions cumulatives de la double fonction – en l'espèce en assumant l'étanchéité du bâtiment en plus de la production d'électricité, d'une part, et de l'intégration dans la construction – en l'espèce la toiture –, d'autre part, si bien qu'elle doit être qualifiée d'intégrée au sens de l'appendice 1.2, chiffre 2.3 aOEne (état le 1er janvier 2016). Reste à déterminer le montant définitif de la RU.

E. 6

Fixation du montant définitif de la RU 45 Les taux de la RU se fondent sur l'appendice 1.8 (art. 6d, al. 1, OEne [état le 1er janvier 2016] ; sur délégation prévue à l'article 7ater aLEne [état le 1er mai 2014]). A teneur de l'appendice 1.8, chiffre 3.1, première phrase aOEne (état le 1er janvier 2016), la rétribution unique se compose d'une contribution de base et d'une contribution liée à la puissance. Cette disposition réglementaire contient également la partie de tableau suivante :

46 Selon ce tableau, une installation photovoltaïque intégrée de [...] kWc mise en service le 13 avril 2016 (cf. ch. marg. 1) bénéficie d'une RU de [...] francs, composée d'une contribution de base de 1800 francs et d'une contribution liée à la puissance de [...] francs (soit [...] kWc X 610 francs).

E. 7

Emoluments 47 En application de l'article 63, alinéas 1 et 4bis PA et de l'article 2 de l'ordonnance du 10 septembre 1969 sur les frais et indemnités en procédure administrative (RS 172.041.0), 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. 48 En l'occurrence, vu l'issue de la procédure, il n'est pas perçu de frais de procédure et l'avance de frais de [...] francs est remboursée au recourant. (dispositif à la page suivante)

11/12

III Dispositif

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

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.