



Arrêt du 5 juin 2017

Composition

Jérôme Candrian (président du collège),
Christine Ackermann, Kathrin Dietrich, juges,
Déborah D'Aveni, greffière.

Parties

A. _____,
représenté par Me Jean-Michel Henny, avocat,
recourant,

contre

Swissgrid SA,
Werkstrasse 12, 5080 Laufenburg,
intimée,

Commission fédérale de l'électricité ElCom,
Effingerstrasse 39, 3003 Bern,
autorité inférieure.

Objet

Contentieux des installations électriques (rétribution à prix
coûtant du courant injecté, qualification de l'installation
photovoltaïque).

Faits :**A.**

A._____ a annoncé à Swissgrid SA son projet d'installation photovoltaïque (PV) située sur un toit, sis (...), à (...), sur le territoire de la Commune de (...), le 30 juin 2011, en vue de bénéficier de la rétribution à prix coûtant du courant injecté (RPC).

B.

Ensuite de la décision d'approbation des plans prononcée par l'Inspection fédérale des installations à courant fort (ESTI), A._____ a mis en service son installation en date du 21 décembre 2012. Le 15 mars 2013, Electrosuisse (ci-après aussi : l'auditeur accrédité) a certifié les données relatives à l'installation. Dans le formulaire Swissgrid SA utile à cet effet, rempli par l'auditeur accrédité, l'installation PV de A._____ a été désignée comme intégrée.

C.

C.a Par courrier du 16 juin 2015, remplaçant celui du 2 avril 2015, Swissgrid SA a fixé un taux de rétribution définitif de 29.8 cts/kWh calculé sur la base d'une installation de 49 kWp qualifiée d'ajoutée.

C.b Contestant la position de Swissgrid SA, A._____ a formé recours contre ce préavis devant la Commission fédérale de l'électricité (EiCom) en date du 12 juin 2015. Suite à l'évaluation de l'EiCom du 15 juillet 2015, il a conclu, par courrier recommandé du 3 septembre 2015 adressé par erreur à Swissgrid SA, à l'obtention d'une décision formelle.

D.

Par décision du 19 novembre 2015, l'EiCom a rejeté le recours de A._____ et a confirmé la décision du 16 juin 2015 de Swissgrid SA qualifiant l'installation concernée d'ajoutée.

En résumé, elle retient que la qualification d'une installation PV est faite par Swissgrid SA, respectivement par elle, et que la qualification qu'en font d'autres acteurs, tels que l'ESTI, les autorités cantonales compétentes pour le pont RPC ou les auditeurs accrédités n'est pas pertinente. Se fondant sur un arrêt du Tribunal administratif fédéral A-2895/2014 du 17 décembre 2014, elle expose ensuite que, pour être intégrée, une installation PV doit cumulativement remplir les conditions de l'intégration dans la construction et de la double fonction. En l'espèce, elle observe que le toit est toujours existant, de sorte que l'installation ne se substitue pas à l'élément de construction. A son avis, la seconde condition n'est pas davantage

réalisée, puisqu'il n'est pas établi qu'en cas de retrait de l'installation PV, la fonction initiale de la construction ne serait plus remplie. Elle réfute enfin toute atteinte à la protection de la bonne foi de A. _____ en l'absence de toute promesse qui lui aurait été faite en ce sens.

E.

Par mémoire du 11 janvier 2016, A. _____ (le recourant) a interjeté recours contre la décision du 19 novembre 2015 de l'EiCom (l'autorité inférieure) devant le Tribunal administratif fédéral (aussi : le Tribunal), en concluant à son annulation et à sa réformation en ce sens que son installation PV est considérée comme intégrée. Subsidiairement, il conclut au renvoi de la cause à l'autorité inférieure pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

Pour l'essentiel, le recourant se plaint d'un raisonnement arbitraire de l'autorité inférieure, lequel se fonde selon lui sur une constatation inexacte ou du moins largement incomplète des faits. Il expose en particulier que les deux photographies remises par Swissgrid SA (l'intimée) ne permettaient pas de tirer les constatations qu'elle en a faites, sans plus ample instruction. Se référant aux confirmations du caractère intégré de son installation PV par l'ESTI, Electrosuisse et l'intimée elle-même avant qu'elle ne change ensuite d'avis, le recourant fait valoir que les attentes nées de ces assurances doivent être protégées en application du principe de la bonne foi.

F.

F.a Invitée à déposer sa réponse, l'autorité inférieure a indiqué, dans son écriture du 29 janvier 2016, renoncer à prendre position et renvoyer à sa décision du 19 novembre 2015, en concluant à sa confirmation en tous points par le Tribunal.

F.b Dans ses déterminations du 15 février 2016, l'intimée a conclu au rejet du recours. Elle a brièvement exposé qu'en matière de RPC l'avis de l'ESTI ou des auditeurs accrédités ou des autorités cantonales n'était pas pertinent pour la qualification de l'installation. Elle indique pour le surplus renvoyer à l'argumentation contenue dans la décision du 19 novembre 2015 de l'EiCom tant s'agissant de la qualification de l'installation litigieuse que de l'absence de protection de la bonne foi du recourant.

G.

Par écriture en réplique du 17 mai 2016, le recourant a maintenu sa position quant au fait que son installation devait être qualifiée d'intégrée et non

d'ajoutée. Il affirme que celle-ci satisfait aux critères fixés dans la directive applicable dans sa version au 1^{er} octobre 2011, en particulier au deuxième principe directeur concernant l'intégration visuelle. Il déclare également que les surcoûts engendrés par le projet, par rapport à une installation ajoutée, ont été évalués à Fr. 5'000.- par la société chargée de la réalisation et conclut, pour le cas où son installation ne serait pas qualifiée d'intégrée, à être indemnisé du montant de son dommage.

H.

H.a Par écriture du 30 mai 2016, l'autorité inférieure a maintenu renvoyer à sa décision du 19 novembre 2015 et conclure à la confirmation de celle-ci.

H.b Dans sa duplique du 16 juin 2016, l'intimée a renvoyé à la décision de l'autorité inférieure ainsi qu'à sa réponse du 15 février 2016. Elle a également rappelé maintenir son préavis du 16 juin 2015. Au surplus, elle indique contester que l'installation litigieuse remplisse le deuxième principe directeur de la directive de l'Office fédéral de l'énergie (OFEN) dans sa version au 1^{er} octobre 2011 applicable.

I.

Par ordonnance du 30 août 2016, le Tribunal a pris acte de la renonciation du recourant à déposer des observations finales et a signalé aux parties que la cause était gardée à juger, sous réserve d'éventuelles mesures d'instruction complémentaires.

J.

Les autres faits et arguments pertinents de parties seront repris en tant que besoin dans les considérants en droit du présent arrêt.

Droit :

1.

La procédure de recours est régie par la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), pour autant que la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32) n'en dispose pas autrement (art. 37 LTAF). Le Tribunal examine d'office et librement sa compétence (art. 7 PA), ainsi que la recevabilité des recours qui lui sont soumis.

1.1 D'après l'art. 31 LTAF, le Tribunal administratif fédéral connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA. Les décisions de l'EICOM – autorité compétente pour connaître des litiges sur les conditions de

raccordement des installations productrices d'énergie et les suppléments sur les coûts de transport, qui englobent la question de la qualification de l'installation – peuvent faire l'objet d'un recours devant le Tribunal administratif fédéral (art. 25 al. 1^{bis} de la loi du 26 juin 1998 sur l'énergie [LEne, RS 730.0] en relation avec l'art. 23 de la loi du 23 mars 2007 sur l'approvisionnement en électricité [LApEI, RS 743.7] et l'art. 33 let. f LTAF ; cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral A-4971/2016 du 16 janvier 2017 consid. 1.1). En outre, aucune exception de l'art. 32 LTAF n'est réalisée, de sorte que le présent Tribunal est compétent pour connaître du recours.

1.2 Le requérant a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure. En tant que destinataire de la décision attaquée qui qualifie son installation d'ajoutée et non d'intégrée et qui fixe la rétribution en conséquence, il est particulièrement atteint et a un intérêt digne de protection à requérir son annulation ou sa modification (art. 48 al. 1 PA). Il a donc la qualité pour recourir.

1.3 Présenté dans le délai (art. 50 al. 1 PA) et les formes (art. 52 al. 1 PA) prescrits par la loi, le recours s'avère ainsi recevable, de sorte qu'il convient d'entrer en matière.

1.4

1.4.1 En sa qualité d'autorité de recours, le Tribunal administratif fédéral dispose, en principe, d'une pleine cognition et revoit ainsi librement l'application du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents et l'opportunité de la décision prise par l'autorité précédente (art. 49 PA). Toutefois, comme le Tribunal de céans a déjà eu l'occasion de le relever, l'EICom n'est pas une autorité inférieure ordinaire, mais une autorité collégiale et indépendante dotée de compétences particulières en matière de régulation dans le domaine de l'électricité (cf. art. 21 s. LApEI). Jouissant de connaissances très pointues et de compétences étendues, ses décisions bénéficient d'une solide assise technique. C'est pourquoi, il se justifie que le Tribunal fasse preuve d'une certaine retenue dans l'examen de la décision attaquée s'agissant des questions techniques qui y sont réglées. Cette réserve ne le dispense toutefois pas de vérifier la compatibilité de la décision attaquée avec le droit fédéral (ATF 133 II 35 consid. 3 ; ATAF 2009/35 consid. 4 ; arrêts du Tribunal administratif fédéral A-4809/2016 du 26 janvier 2017 consid. 2, A-6840/2015 du 21 décembre 2016 consid. 1.4.2

1.4.2 Le Tribunal vérifie d'office les faits constatés par l'autorité inférieure (art. 12 PA), sous réserve du devoir de collaborer des parties (art. 13 PA). Il

applique le droit d'office, sans être lié par les motifs invoqués (art. 62 al. 4 PA), ni par l'argumentation juridique développée dans la décision entreprise (ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2^{ème} éd., Bâle 2013, n. 2.156). Il se limite en principe aux griefs soulevés et n'examine les questions de droit non invoquées que dans la mesure où les arguments des parties ou le dossier l'y incitent (ATF 135 I 91 consid. 2.1 ; ATAF 2014/24 consid. 2.2 et réf. cit.).

2.

Dans le cas particulier, le litige pose la question de savoir si l'autorité inférieure a correctement qualifié d'ajoutée l'installation du recourant, ce que ce dernier conteste en soutenant qu'elle doit, au contraire, être qualifiée d'intégrée.

Il sied de relever à ce stade déjà que tant la LEné que l'ordonnance du 7 décembre 1998 sur l'énergie (OEné, RS 730.01) ont été révisées depuis la mise en service, le 21 décembre 2012, de l'installation litigieuse. Comme l'autorité inférieure l'a à juste titre retenu, sont pertinentes pour statuer sur le présent litige la LEné, dans sa version au 1^{er} juillet 2012, et l'OEné, dans sa version au 1^{er} octobre 2012, lesquelles ont toutes deux été en vigueur dans leur teneur jusqu'au 31 décembre 2013. Cela découle de l'art. 3b al. 1^{bis} 1^{ère} phrase OEné qui prévoit que le taux de rétribution pour une installation donnée se calcule selon les modalités en vigueur l'année de la construction. L'art. 3b al. 3 OEné fixe que l'année de construction est celle de la mise en service effective de l'installation (cf. arrêts du Tribunal administratif fédéral précités A-4809/2016 consid. 3.2 et A-4971/2016 consid. 3.3).

3.

Le recourant se prévaut de la protection de sa bonne foi placée dans les dires et le comportement de l'auditeur accrédité, de l'ESTI, des autorités cantonales et de l'intimée, qui ont tous considéré son installation PV comme étant intégrée, avant que cette dernière ne la qualifie d'ajoutée dans son courrier du 16 juin 2015. En ce que l'éventuelle admission de ce grief permettrait de mettre un terme au litige qui divise les parties, il convient de l'aborder en premier lieu.

3.1

3.1.1 Dans les faits qu'il allègue en son recours, le recourant fait état de la décision d'approbation des plans de l'ESTI du 11 décembre 2012, dans laquelle celle-ci aurait stipulé que l'installation était intégrée au toit incliné.

Il se réfère également au formulaire Swissgrid établi par un auditeur accrédité le 15 mars 2013, sur lequel il apparaît que la case « intégrée » a été cochée au sujet de la catégorie de l'installation PV. De même, le recourant mentionne le courrier du 31 mars 2014 de l'intimée l'informant de l'enregistrement de données dans son système, dont notamment la catégorie intégrée de l'installation, suite à l'annonce effectuée. Il évoque aussi les décisions des 25 juin 2013 et 12 janvier 2015 de la direction générale de l'environnement du canton de Vaud, par lesquelles il s'est vu octroyer, dans l'attente de la validation du projet au niveau fédéral, une rétribution cantonale qui correspondait à la catégorie intégrée. S'y référant de manière expresse, le recourant affirme avoir mis en service son installation PV en date du 21 décembre 2012 en se fondant sur cette qualification, aucune réserve n'ayant été élevée à ce sujet. Il expose enfin subir un préjudice financier important en raison de la différence de tarif entre une installation ajoutée et intégrée.

3.1.2 Pour sa part, l'autorité inférieure retient, dans sa décision, que la qualification de l'installation PV relève de la compétence de l'intimée, respectivement de la sienne, de sorte que la qualification faite par l'auditeur ou par l'ESTI n'est pas pertinente au sens des art. 3g al. 3 OEne et 25 al. 1^{bis} LEne et ne saurait lier l'intimée ni l'ECom. La situation est la même, selon elle, s'agissant du pont RPC cantonal mentionné par le recourant, dont la qualification posée par les autorités cantonales repose sur des dispositions légales cantonales. Ensuite, dans la mesure où la décision de l'intimée du 16 juin 2015 qualifiait pour la première fois l'installation litigieuse, l'autorité inférieure considère qu'une justification plus en détail n'était pas nécessaire, contrairement à l'avis exprimé par le recourant. En définitive, l'application du principe de la confiance ne se laisse selon elle pas déduire des qualifications faites par l'auditeur accrédité, l'ESTI et les autorités cantonales, puisqu'aucun d'eux n'était compétent pour connaître de cette question. S'agissant du courrier du 31 mars 2014 de l'intimée, l'autorité inférieure réfute la portée que le recourant lui donne. Elle explique que celui-ci fait directement suite à l'annonce et relève que l'intimée y indique uniquement qu'elle en a pris note et qu'elle a procédé à l'enregistrement des données communiquées.

3.1.3 L'intimée réaffirme que ni l'auditeur accrédité, ni l'ESTI pas plus que les autorités cantonales n'ont pour compétence de qualifier les installations PV. Elle précise également qu'elle n'a pas délégué cette tâche aux auditeurs accrédités et se contente de mettre à leur disposition les formulaires *ad hoc*. A cet égard, l'intimée explique que le mandat de certification concerne uniquement la mise en service de l'installation (cf. appendice 1.2

ch. 5.3 let. b OEné). Elle soutient enfin que le courrier du 31 mars 2014 et la décision du 16 juin 2015 ne pouvaient fonder une quelconque confiance du recourant, étant donné que l'installation avait été mise en service le 21 décembre 2012 déjà.

3.2

3.2.1 En vertu de l'art. 89 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse (Cst., RS 101), la Confédération et les cantons s'emploient notamment, dans les limites de leurs compétences respectives, à promouvoir un approvisionnement énergétique respectueux de l'environnement. L'art. 1 al. 2 let. c LEné érige au rang de but l'encouragement au recours aux énergies indigènes et renouvelables. Dans l'optique de promouvoir la production de courant au moyen d'énergies renouvelables, le législateur a introduit la RPC, laquelle est calculée d'après les coûts de production prévalant la même année pour les installations de référence qui correspondent à la technique la plus efficace (art. 7a al. 2 LEné). La loi délègue au Conseil fédéral l'édiction des dispositions d'application, modalités qui sont arrêtées dans l'OEné. Le taux de rétribution concret pour les différentes technologies se détermine sur la base des principes fixés dans les annexes de cette ordonnance, de manière schématique et sans qu'il soit tenu compte individuellement de l'installation (cf. art. 3b OEné). La société nationale du réseau de transport, à savoir l'intimée, est responsable de la mise en œuvre et de la gestion de la RPC (art. 3g ss OEné et les art. 18 ss LApEI). Elle est notamment chargée du prélèvement des montants qui permettent de financer la RPC (supplément sur les coûts de transport des réseaux à haute tension, appelé aussi supplément ; cf. art. 15b LEné) et elle encadre la procédure d'octroi de la RPC et son versement (art. 3g ss OEné). La RPC est rétribuée au moyen d'un fonds (fonds RPC) qui est alimenté par les suppléments et qui est administré par une fondation constituée spécialement à cet effet (cf. art. 3k OEné en relation avec l'art. 15b al. 5 LEné ; arrêts du Tribunal administratif fédéral A-5561/2016 du 17 mai 2017 consid. 3.1, A-4809/2016 précité consid. 3.1, A-4971/2016 précité consid. 3.1, A-226/2016 du 9 décembre 2016 consid. 4.1).

La procédure d'annonce et de décision est initiée par le dépôt de l'annonce d'une installation PV auprès de l'intimée (art. 3g OEné). L'annonce doit, entre autres informations, comporter les données relatives à la catégorie d'installation et la date prévue de mise en service (cf. appendice 1.2 ch. 5.1 OEné). L'intimée vérifie ensuite si les conditions d'octroi sont vraisemblablement remplies et communique le résultat de son examen au requérant au moyen d'une décision (cf. art. 3g al. 3 OEné). Pour le cas où celle-ci est positive, le requérant doit mettre en service l'installation dans les quinze

mois qui suivent cette décision et aviser l'intimée de cette mise en service (cf. appendice 1.2 ch. 5.3 OEnE en relation avec l'art. 3h al. 2 OEnE). Cette dernière communique le taux de rétribution (définitif) au requérant conformément à l'art. 3b al. 1^{bis} OEnE (art. 3h al. 3 OEnE). En application de l'art. 25 al. 1^{bis} LEnE, les décisions de l'intimée peuvent être soumises pour examen à l'autorité inférieure (pour l'ensemble du considérant : arrêts du Tribunal administratif fédéral A-5561/2016 du 17 mai 2017 consid. 5.4, A-4971/2016 précité consid. 3.2, A-84/2015 du 8 décembre 2015 consid. 3.1, A-4730/2014 du 17 septembre 2015 consid. 3.2).

3.2.2 Il découle de ce qui précède qu'au sens de la législation pertinente, il appartient bien à l'intimée et, en cas de contestation, à l'autorité inférieure ensuite de qualifier l'installation PV dans le cadre de la RPC.

3.3

3.3.1 En vertu du principe de la bonne foi expressément consacré à l'art. 5 al. 3 et à l'art. 9 Cst., l'administration doit en particulier s'abstenir de tout comportement contradictoire, propre à tromper l'administré dans les relations juridiques qu'elle entretient avec lui, et elle ne saurait tirer aucun avantage des conséquences d'une incorrection ou insuffisance de sa part (ATF 129 II 361 consid. 7.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2D_16/2016 du 14 novembre 2016 consid. 4.1 ; ATAF 2011/28 consid. 3.3.3). L'administré peut voir ainsi protégée la confiance légitime qu'il a placée dans le comportement adopté par l'autorité et suscitant une expectative déterminée (arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6840/2015 précité consid. 5.6.2), pour autant que l'erreur *ne lui soit pas reconnaissable* avec l'attention requise (arrêt du Tribunal fédéral 2C_134/2014 du 13 février 2014 consid. 2.2.1).

Selon la jurisprudence, l'administré bénéficie du droit d'exiger de l'autorité qu'elle se conforme aux assurances reçues, pour autant que les conditions cumulatives suivantes soient réunies : a) l'autorité est intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées ; b) l'autorité a agi ou est censée avoir agi dans les limites de ses compétences ; c) l'administré n'a pas pu se rendre compte immédiatement de l'inexactitude du renseignement obtenu ; d) l'administré s'est fondé sur l'acte en question pour prendre des dispositions qu'il ne saurait modifier sans subir un préjudice ; e) la réglementation n'a pas changé depuis le moment où l'assurance a été donnée (ATF 141 V 530 consid. 6.2, ATF 131 II 627 consid. 6.1 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-5584/2015 du 22 mars 2017 consid. 5.1).

3.3.2 Sur ce vu, force est de constater que l'argumentation du recourant ne convainc pas au titre de la protection de la bonne foi revendiquée dans ce contexte. En effet, contrairement à ce qu'il soutient, la mise en service de son installation est en réalité antérieure à l'intervention de l'auditeur accrédité, des autorités cantonales et de l'intimée. Il ne saurait dès lors déduire des dires de ses trois interlocuteurs une quelconque protection de sa bonne foi, faute pour leurs communications d'avoir pu influencer la mesure choisie. Dès lors, la condition selon laquelle le recourant se serait fondé sur l'acte ou les dires en question pour prendre des dispositions qu'il ne saurait modifier sans subir un préjudice important, n'est pas réalisée.

Pour ce qui concerne la communication de l'ESTI, seule à avoir précédé la mise en service de l'installation PV, il sied de relever ce qui suit. Comme le recourant l'expose, l'art. 1 al. 1 let. b de l'ordonnance du 2 février 2000 sur la procédure d'approbation des plans des installations électriques (OPIE, RS 734.25) prévoit que les installations de production d'énergie d'une puissance de plus de 30 kVA reliées à un réseau de distribution sont assujetties à l'approbation des plans. Bien que le Tribunal ne dispose pas de la décision d'approbation du 11 décembre 2012, que le recourant n'a pas produite, il peut toutefois être relevé que la nature intégrée ou ajoutée de l'installation PV n'est en rien pertinente dans le cadre de l'approbation des plans. La consultation de l'OPIE permet de s'en assurer. S'il n'est pas exclu que l'ESTI ait pu spécifier que la centrale PV du recourant était intégrée dans le toit, et même si cette mention paraît davantage découler des indications que ce dernier aurait pu lui fournir dans le cadre de la demande déposée devant elle, il y a lieu de retenir qu'elle n'est pas propre à créer une attente légitime auprès de l'administré sur ce point. L'erreur du recourant est ici patente. Il ne pouvait en effet penser que l'ESTI était compétente pour qualifier son installation, alors que sa tâche – de par la loi – est clairement autre. Il ne saurait pas davantage être reproché à l'ESTI un comportement contradictoire ou ambigu. Quoi qu'il en soit, c'est bien la décision d'approbation des plans de l'ESTI datée du 11 décembre 2012 qui a fondé le recourant à procéder à la mise en service de l'installation le 21 décembre 2012 et non l'éventuelle mention, en passant, du caractère intégré dans le toit de l'installation.

3.4 Au vu de ce qui précède, l'application du principe de la confiance au titre où le recourant l'invoque est exclue. Son grief en ce sens doit donc être écarté.

4.

Il convient à présent de poser la pratique de qualification des installations

PV, particulièrement pour les catégories intégrées et ajoutées, avant de procéder à l'examen des griefs soulevés par le recourant à cet égard (consid. 5).

Le Tribunal administratif fédéral a déjà eu à trancher la question de savoir si une installation PV mise en service avant le 1^{er} janvier 2014 devait être qualifiée d'ajoutée ou d'intégrée au sens des dispositions pertinentes (cf. arrêts du Tribunal administratif fédéral précités A-5561/2016, A-4809/2016, A-4971/2016, A-84/2015 et A-4730/2014). La situation juridique y afférente se présente comme suit.

4.1 Dans son arrêt A-4730/2014 du 17 septembre 2015, au considérant 4.1, le Tribunal de céans a posé la distinction opérée par l'appendice 1.2 chiffre 2 OEnE (dans sa version au 1^{er} octobre 2012) entre les installations PV isolées, ajoutées et intégrées, en reprenant plus spécifiquement les définitions des deux dernières, qui sont énoncées comme suit :

« 2.2. Installations ajoutées : Installations 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.

2.3. Installations intégrées : Installations intégrées dans la construction et qui remplissent une double fonction, par exemple modules photovoltaïques intégrés dans les murs anti-bruit. »

Il a en conséquence déduit que, pour qu'une installation PV soit qualifiée d'intégrée au sens de la LEnE, deux conditions devaient être cumulativement réalisées. D'une part, l'installation doit être *intégrée dans la construction* – à savoir qu'elle est incorporée ou encastrée dans la construction et non seulement fixée à celle-ci – et, d'autre part, elle doit remplir une *double fonction*. Ainsi, si pour une installation ajoutée la construction de base (toit, murs, barrières de balcon, etc.) subsiste, de sorte que l'installation n'y est qu'apposée, il apparaît que, *pour une installation intégrée, l'élément de construction que l'installation remplace doit être retiré* (cf. arrêts du Tribunal administratif fédéral A-4730/2014 précité consid. 4 et A-2895/2014 du 17 décembre 2014 consid. 5).

4.2 L'OFEN a émis la « Directive relative à RPC, art. 7a LEnE, Photovoltaïque [appendice 1.2 OEnE] », 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. arrêt du Tribunal administratif fédéral A-3314/2014 du 20 janvier 2015

consid. 3.3 et réf. cit.). 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, seuls les deux premiers doivent être analysés. Le troisième principe directeur, qui a trait aux modules solaires spéciaux insérés dans des matériaux membraneux, n'est pas ici déterminant (pour l'ensemble de ces considérations, cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral A-4730/2014 précité consid. 4.2.1 et 4.2.5).

Le premier principe directeur prévoit qu'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 PV, 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 (p. ex. résistance à la grêle et protection contre les incendies) ne sont pas considérées comme une fonction.

Le deuxième 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 chenaux. 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.

4.3 Cette directive 2011 a été adaptée par l'OFEN au 1^{er} janvier 2014. Les principes directeurs applicables jusqu'alors ont été supprimés dans la version 1.3 de la directive, pour correspondre à la nouvelle pratique de l'intimée débutée dans le courant 2013 déjà. Désormais, il est exigé que les conditions de l'intégration « physique » de l'installation dans le bâtiment et la double fonction soient réalisées cumulativement, comme cela apparaissait déjà dans l'appendice de l'OEne. Le Tribunal a déjà pu constater dans son arrêt A-4730/2014 précité, au considérant 6, que ce changement de pratique avait eu lieu à bon droit, compte tenu de la discrédance existant

entre l'OEne et la directive 2011 et, particulièrement, du fait que le deuxième principe directeur qu'elle contenait allait clairement à l'encontre du texte légal (pour l'entier du paragraphe : arrêts du Tribunal administratif fédéral précités A-5561/2016 consid. 4.2 s. et réf. cit. et A-4730/2014 consid. 6.3).

4.4 S'agissant enfin des conséquences sur l'administré requérant la RPC pour une installation PV dont seul le deuxième principe directeur de la directive 2011 est réalisé (quasi-intégrée), le Tribunal a retenu la solution suivante.

4.4.1 Dans un premier temps, il a été considéré que le changement de pratique de l'intimée portait atteinte au principe de l'égalité de traitement (art. 8 Cst.) et de la bonne foi (art. 5 al. 3 Cst.), de sorte que, sur le principe, le requérant RPC ayant mis en service son installation PV quasi-intégrée avant le 1^{er} janvier 2014, soit sur la base de la directive 2011 applicable alors, devait voir la confiance placée dans cette dernière être protégée. A l'égard de cette directive, le Tribunal a spécifié que son caractère erroné ou, à tout le moins, sa contradiction avec les conditions figurant dans le texte de l'OEne, n'était pas sans autre mesure reconnaissable (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral A-4730/2014 précité consid. 7.1 et 7.2). L'exigence de l'engagement de coûts supplémentaires par le requérant RPC était généralement donnée, puisque une installation quasi-intégrée nécessitait par la force des choses certains aménagements par rapport à une installation dite ajoutée (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral A-4730/2014 précité consid. 7.3).

4.4.2 Dans un second temps, au moment de fixer les conséquences des violations constatées, le Tribunal a reconnu l'intérêt financier de l'Etat comme supérieur à celui, privé, du propriétaire de se voir octroyer une meilleure rétribution propre aux installations qualifiées d'intégrées par rapport à celles ajoutées, particulièrement au vu des ressources limitées du fonds RPC (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral A-4730/2014 précité consid. 7.4). Compte tenu de cette situation, il a été retenu que la méthode préconisée par l'EiCom, consistant à qualifier l'installation d'ajoutée, mais à dédommager le recourant de ses frais supplémentaires engagés pour la construction d'une installation quasi-intégrée plutôt qu'ajoutée, était adéquate dans un tel cas de figure. Ce montant doit être versé par l'intimée au moyen du fonds RPC conformément à l'art. 3k OEne (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral A-4730/2014 précité consid. 8.3 et 8.4). Dans un arrêt plus récent, le Tribunal de céans a précisé que la détermination du montant dû ne pouvait avoir lieu sur une base forfaitaire d'un montant en francs au

kWp, mais devait se fonder sur les coûts supplémentaires engagés effectifs ou estimés (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral A-4809/2016 précité consid. 7.2).

5.

Il convient à présent de déterminer quelle est l'incidence en l'espèce de la situation légale ainsi définie.

5.1 S'agissant de la qualification de son installation, le recourant se plaint, au titre de la constatation inexacte et incomplète des faits et de la violation du principe de l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.), d'une instruction lacunaire de son dossier par l'autorité inférieure. Il lui reproche d'avoir fondé son appréciation sur deux uniques photographies, au surplus imprécises, sans procéder à une inspection sur place ou en réunissant de plus amples éléments techniques. Le recourant soutient que, contrairement à ce que l'autorité inférieure a retenu, ces photographies ne permettaient pas de déterminer si les modules PV sont fixés sur le toit ou sont intégrés à tout ou partie de ce dernier. Il relève également que l'autorité inférieure n'a pas exclu que les panneaux ne faisaient qu'un avec la toiture et, s'agissant de cette dernière, la décision ne mentionne pas si elle assure sa fonctionnalité.

5.1.1 Dans le cadre de la procédure d'instruction devant le Tribunal, l'autorité inférieure et l'intimée ne se sont pas expressément prononcées sur ce grief, renvoyant intégralement à la décision du 19 novembre 2015.

Dans la décision attaquée, l'autorité inférieure a retenu qu'aucune des deux conditions cumulatives posées au chiffre 2.3 de l'appendice 1.2 de l'OENE n'était réalisée. Concernant la condition de l'intégration, elle a considéré que les panneaux PV n'étaient pas encastrés dans la construction, dans la mesure où les photographies laissaient clairement apparaître que la toiture du bâtiment, sur lequel avait été montée l'installation litigieuse, n'avait pas été retirée. Pour ce qui concerne la condition de double fonction, elle a exposé que, *a priori*, la toiture remplirait totalement sa fonction de protection contre les intempéries et de protection solaire et thermique même en l'absence de modules PV et que, à tout le moins, le requérant n'avait pas démontré que tel ne serait pas le cas.

5.1.2 En vertu de l'art. 12 PA, l'autorité inférieure a pour tâche d'établir d'office l'état de fait exact et complet de la cause. Une violation de cette obligation constitue un motif de recours au sens de l'art. 49 let. b PA

(cf. ATF 138 V 218 consid. 6 ; ATAF 2009/50 consid. 5.1 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-1255/2015 du 28 septembre 2015 consid. 3.2.1).

La constatation des faits est qualifiée d'inexacte lorsque la décision attaquée se fonde sur un état de fait faussement établi ou établi en contradiction avec les actes, que des avis déterminants pour l'issue du litige ne sont pas examinés ou que des preuves sont appréciées de manière erronée. Est pour sa part incomplète la constatation des faits pour laquelle toute les circonstances juridiquement pertinentes n'ont pas été prouvées ou pour laquelle les faits pertinents ont été relevés, mais n'ont cependant pas été appréciés ou ne se retrouvent pas dans la décision (arrêt du Tribunal administratif fédéral A-1255/2015 précité consid. 3.2.1 et réf. cit., A-5321/2013 du 23 avril 2014 ; cf. ég. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, op. cit., n. 2.189 ; JÉRÔME CANDRIAN, Introduction à la procédure administrative fédérale, Bâle 2013, n. 59 p. 43). Parallèlement, en vertu de l'art. 13 al. 1 let. a PA, la partie qui introduit une procédure est tenue de collaborer à la constatation des faits ; plus encore lorsque l'intervention de l'autorité est sollicitée par l'administré (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral C-7164/2014 du 21 mai 2015 p. 5).

Pour sa part, une violation de l'art. 9 Cst. concernant l'administration des preuves et l'établissement de faits n'est admise que plus restrictivement. Tel est le cas lorsque les autorités précédentes n'ont pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, ont omis de prendre en compte un moyen de preuve pertinent sans motif sérieux ou si, sur la base des faits recueillis, elles ont tiré des déductions insoutenables (arrêt du Tribunal fédéral 2C_419/2016 du 3 avril 2017 consid. 4.5.1 et réf. cit.).

5.1.3 En l'espèce, il convient d'abord de souligner que le recourant ne conteste pas ne pas avoir retiré la toiture du bien immobilier sur lequel l'installation PV a été montée. Ensuite, contrairement à ce qu'il prétend, le mode de fixation et la faculté d'ôter les panneaux PV n'est pas déterminante pour l'analyse de la condition de l'intégration dans le bâti. D'ailleurs, il ne fait pas valoir que, dans son cas, la structure serait fixe. Pour ce qui concerne la double fonction, il appert que le recourant se contente d'alléguer l'insuffisance des moyens de preuves utilisés par l'autorité inférieure au moment de trancher cette question, sans pour autant fournir le moindre élément tendant à démontrer que cette condition serait en réalité réalisée. Il ne s'était d'ailleurs pas exprimé sur ce point devant l'autorité inférieure, pas plus que devant l'intimée. En n'expliquant pas en quoi les faits retenus par l'autorité inférieure seraient erronés, le recourant échoue à fournir les indices d'un établissement incomplet ou erronés des faits par l'autorité

inférieure et ne rend ainsi pas vraisemblable la nécessité de plus amples investigations. Au surplus, le Tribunal exclut que les faits de la cause aient pu être établis de manière arbitraire, dans la mesure où ils sont fondés sur les photographies de l'installation et les dires du recourant. S'agissant, enfin, de l'absence d'inspection locale menée par l'autorité inférieure dont ce dernier se plaint devant l'autorité de recours, il y a lieu de relever qu'à aucun moment, il n'en a requis la tenue au titre de mesure d'instruction devant l'autorité précédente, de sorte qu'il ne saurait s'en prévaloir valablement à ce stade.

5.1.4 Partant, le grief soulevé par le recourant doit être écarté. Il en découle que c'est à bon droit que l'autorité inférieure a qualifié l'installation PV du recourant d'ajoutée.

5.2 Dans sa réplique, le recourant a explicité ses conclusions et a expressément fait valoir que, pour le cas où son installation ne devait pas être qualifiée d'intégrée, il devrait à tout le moins se voir indemniser le montant des surcoûts engendrés par la pose d'une surface de ferblanterie supplémentaire par rapport à un projet d'installation ajoutée.

5.2.1 Force est de constater en l'espèce que l'autorité inférieure – pas plus que l'intimée d'ailleurs – ne s'est prononcée sur cette question dans le cadre de son propre examen de la cause. Or, l'argumentation du recourant, prétendant, malgré l'absence de substitution du toit ou de certains éléments de celui-ci par les modules PV, à la qualification de son installation PV comme intégrée, aurait dû amener l'autorité inférieure à examiner si la condition non cumulative figurant au deuxième principe directeur de la directive 2011, en vigueur en date de la mise en service effective de l'installation litigieuse, était réalisée au sens que son installation était visuellement intégrée. Par ailleurs, quand bien même le recourant a expressément indiqué dans sa réplique vouloir obtenir, à titre subsidiaire, un dédommagement équivalent aux frais supplémentaires engagés dans son installation par rapport à une installation ajoutée, l'autorité inférieure a renoncé à déposer une duplique et s'est contentée de renvoyer au contenu de la décision attaquée. Dès lors y a-t-il lieu de retenir que l'autorité inférieure ne s'est à aucun moment prononcée sur ce grief du recourant, alors même que l'argumentation du recourant et sa pratique, laquelle a été validée par le Tribunal dans l'arrêt A-4730/2014 précité (cf. consid. 4 du présent arrêt), sous réserve de la détermination du montant de l'indemnisation (arrêt du Tribunal administratif fédéral A-4809/2016 précité), appelait à ce qu'elle le tranche.

Pour sa part, l'intimée a pris position sur ce point dans sa duplique en indiquant contester que le deuxième principe directeur des directives 2011 puisse être réalisé. Au regard du contenu de ce principe directeur, elle expose les circonstances qui, à son sens, ne permettent pas de donner une suite favorable à la conclusion du recourant. Pour les motifs qui suivent toutefois, il y a lieu de retenir que sa position n'est pas déterminante quant à savoir si le Tribunal peut ou non statuer lui-même sur le grief, laissé sans réponse au cours de l'instance précédente, sans léser les intérêts du recourant.

5.2.2 Conformément à l'art. 61 al. 1 PA, le recours devant le Tribunal administratif fédéral est généralement de nature réformatoire, c'est-à-dire qu'en principe le Tribunal statue lui-même sur la cause et ne la renvoie qu'exceptionnellement à l'autorité inférieure avec des instructions impératives. Or, en l'occurrence, le Tribunal considère qu'il ne lui appartient pas d'établir les faits pertinents et de procéder à l'administration des moyens de preuve utiles, dès lors que l'autorité inférieure ne l'a elle-même pas fait. En effet, il n'a pas à clarifier des questions de fait essentielles, en particulier de nature locale ou technique, en se substituant à l'autorité inférieure (cf. consid. 1.4.1). Si le Tribunal ne se limitait pas à compléter l'état de fait pertinent, mais établissait celui-ci au même titre que l'autorité inférieure, la partie se verrait privée en réalité de l'instance de recours. En d'autres termes, un tel procédé violerait clairement le droit des parties à la double instance de recours, ainsi que leur droit d'être entendu au sens de l'art. 29 PA (cf. ATAF 2012/21 consid. 5 ; plus récents : arrêts du Tribunal administratif fédéral A-6192/2015 du 11 janvier 2017 consid. 4, A-1063/2014 du 25 mars 2015 consid. 3.6, E-1279/2014 du 7 septembre 2015 consid. 6).

5.2.3 Au vu des circonstances exposées ci-avant, le Tribunal ne saurait substituer son avis à celui de l'autorité inférieure, au surplus spécialisée, de sorte que la cause doit lui être renvoyée afin qu'elle procède à l'examen de ce point.

6.

Il s'ensuit que le recours doit être partiellement admis, en ce sens que la décision attaquée est annulée et la cause est renvoyée à l'autorité inférieure pour décision sur la question d'une éventuelle indemnisation du recourant pour les surcoûts engagés dans son installation par rapport à une installation ajoutée.

Le recours est rejeté pour le surplus.

7.

7.1 Selon l'art. 63 al. 1 1^{ère} phrase PA, les frais de procédure sont généralement mis, dans le dispositif, à la charge de la partie qui succombe. En cas de renvoi de la cause, le recourant est en principe considéré comme obtenant gain de cause, pour autant que l'issue de la cause reste – comme tel est le cas en l'occurrence – ouverte au regard de ses conclusions, à tout le moins subsidiaires (cf. aussi arrêts du Tribunal administratif fédéral A-5482/2016 du 27 avril 2017 consid. 4.2.1, A-4809/2016 précité consid. 8, A-5459/2015 du 27 décembre 2016 consid. 8.1 ; MARCEL MAILLARD, in : Waldmann/Weissenberger [éd.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG), 2^{ème} éd., Zurich 2016, art. 63 n. 14). A l'inverse, l'intimée doit en principe être considérée comme succombant (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral A-4809/2016 précité consid. 8), de sorte que les frais de procédure de la cause, arrêtés à Fr. 1'500.--, seront mis à sa charge. L'avance sur les frais de procédure présumés d'un montant de Fr. 1'500.-- versée par le recourant lui sera restituée. Pour rappel, aucuns frais de procédure ne peuvent être mis à la charge des autorités inférieures (art. 63 al. 2 PA).

7.2 Le Tribunal peut, d'office ou sur requête, allouer 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. 7 ss 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'intimée – qui succombe – lui versera une indemnité à titre de dépens. En l'occurrence, cette indemnité est arrêtée à Fr. 1'500.-- sur la base du dossier (art. 14 al. 2 FITAF).

(le dispositif est porté à la page suivante)

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est partiellement admis et la décision attaquée est annulée. La cause est renvoyée à l'autorité inférieure pour nouvelle décision au sens des considérants.

Le recours est rejeté pour le surplus.

2.

Les frais de procédure, d'un montant de Fr. 1'500.--, sont mis à la charge de l'intimée. Ce montant devra être versé sur le compte du Tribunal dans les trente jours qui suivent l'entrée en force du présent arrêt. Dans le même délai, l'avance sur les frais de procédure, d'un montant de Fr. 1'500.--, versée par le recourant, lui sera restituée, à charge pour lui de communiquer au Tribunal un numéro de compte sur lequel la somme précitée peut lui être versée.

3.

Une indemnité de Fr. 1'500.-- est allouée au recourant à titre de dépens, à la charge de l'intimée.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- au recourant (Acte judiciaire)
- à l'intimée (Acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. [...] ; Recommandé)
- au Secrétariat général du DETEC (Acte judiciaire)

L'indication des voies de droit se trouve à la page suivante.

Le président du collège :

La greffière :

Jérôme Candrian

Déborah D'Aveni

Indication des voies de droit :

Dans la mesure où l'art. 83 let. k de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110) n'entrerait pas en application, la présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 LTF). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains du recourant (art. 42 LTF).

Expédition :