



---

Cour I  
A-4189/2020

## Arrêt du 9 juin 2021

---

Composition

Jérôme Candrian (président du collège),  
Alexander Misic, Maurizio Greppi, juges,  
Manon Progin, greffière.

---

Parties

**A. \_\_\_\_\_**,  
représenté par  
Société rurale d'assurance de protection juridique FRV SA,  
recourant,

contre

**Pronovo AG**,  
autorité inférieure.

---

Objet

Installations électriques; fixation du montant définitif du taux  
de rétribution à prix coûtant (RPC),

recours contre la décision de Pronovo AG du 18 juin 2020.

**Faits :****A.**

**A.a** Le 27 janvier 2012, A. \_\_\_\_\_ (ci-après : le requérant) a déposé auprès de Swissgrid SA un formulaire d'annonce pour la rétribution à prix coûtant du courant injecté (ci-après : la RPC) concernant un projet d'installation photovoltaïque qu'il souhaitait développer à (...) et dont la mise en service était prévue pour le 1<sup>er</sup> juin 2012.

**A.b** Par décision du 19 mars 2012, Swissgrid SA a indiqué que les conditions en vue de la rétribution à prix coûtant du courant injecté conformément à l'art. 7a de la loi fédérale du 26 juin 1998 sur l'énergie (aLEne ; RO 1999 197) étaient remplies. Toutefois, la somme des suppléments pour toutes les technologies d'énergies renouvelables déterminée par le Parlement à l'art. 15b al. 4 aLEne ayant été atteinte et l'Office fédéral de l'énergie (ci-après : l'OFEN) ayant ordonné un arrêt des décisions pour toutes les technologies, le projet était intégré à la liste d'attente conformément à l'art. 3g al. 5 et 6 de l'ordonnance du 7 décembre 1998 sur l'énergie [aOEne ; RO 1999 207]).

**A.c** L'installation photovoltaïque du requérant, d'une puissance de 146.64 kWp, a été mise en service le 18 juin 2013.

**A.d** Par décision du 19 novembre 2013, la Direction de l'énergie du canton de Vaud a admis la demande du requérant sollicitant le pont de rétribution à prix coûtant vaudois et lui a octroyé une rétribution de 28.00 cts/kWh pour son installation photovoltaïque à partir du 1<sup>er</sup> octobre 2013.

**B.**

**B.a** Par courrier du 8 décembre 2017, Swissgrid SA a informé le requérant que, dès 2018, la loi prévoyait un droit d'option entre la rétribution unique et le système de rétribution du courant injecté pour les installations photovoltaïques d'une puissance supérieure ou égale à 100 kWp et pour lesquelles une demande avait été soumise avant le 30 juin 2012 au plus tard. Elle a ainsi imparti un délai échéant le 30 juin 2018 au requérant pour qu'il lui communique son choix.

**B.b** Le requérant a indiqué le 20 décembre 2017 qu'il souhaitait bénéficier du système de rétribution de l'injection (ci-après : SRI).

**B.c** Par courrier du 16 janvier 2019, Pronovo AG, qui, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2018 est l'organe d'exécution compétent au sens de l'art. 64 de la loi du 30 septembre 2016 sur l'énergie (LEne, RS 730.0), a informé le requérant que l'OFEN avait libéré un contingent pour le SRI pour l'année 2019 et que son installation pouvait en profiter à partir du 1<sup>er</sup> juillet 2019 et lui a demandé de confirmer son éventuel intérêt jusqu'au 30 janvier 2019.

**B.d** Le 21 janvier 2019, le requérant a indiqué à Pronovo AG qu'il souhaitait participer au SRI à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2019.

### **C.**

**C.a** Par décision du 28 juin 2019, Pronovo AG a admis l'installation photovoltaïque du requérant dans le SRI à partir du 1<sup>er</sup> juillet 2019 et a fixé le taux de rétribution à 20.30 cts/kWh.

**C.b** Le 3 juillet 2019, le requérant a formé opposition contre la décision précitée. Il se plaignait notamment du taux de rétribution fixé, lequel était inférieur à celui prévu par le droit en vigueur au moment de la mise en service de son installation.

**C.c** Par décision du 18 juin 2020, Pronovo AG a rejeté l'opposition formée par le requérant contre la décision du 28 juin 2019.

Elle a considéré en substance que, le requérant ayant reçu une décision de mise en liste d'attente le 19 mars 2012 et son installation ayant été mise en service le 18 juin 2013, le nouveau droit en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2018 était applicable, conformément à l'art. 72 al. 3 LEne, de sorte que le taux de rétribution s'élevait à 20.30 cts/kWh pour l'installation du requérant.

### **D.**

**D.a** Par mémoire du 21 août 2020, A. \_\_\_\_\_ (ci-après : le recourant), agissant par l'intermédiaire de la Société rurale d'assurance de protection juridique FRV SA, a interjeté recours auprès du Tribunal administratif fédéral (ci-après : le Tribunal) à l'encontre de la décision du 18 juin 2020 de Pronovo AG (ci-après : l'autorité inférieure), concluant à son annulation et à ce que le taux de rétribution soit fixé à 31.10 cts/kWh.

A l'appui de son recours, il a allégué en substance que l'avis de mise en liste d'attente du 19 mars 2012 devait être considéré comme une décision et que, par conséquent, la confiance qu'il avait placée dans cette décision devait être protégée conformément au principe de la bonne foi. Il indiquait

qu'il avait pris des engagements financiers sur cette base et qu'il était ainsi en droit d'attendre une rétribution de l'énergie injectée selon le tarif en vigueur au moment de la mise en service de son installation. Il a également fait valoir que l'art. 72 al. 3 LEné était contraire au principe de la prévisibilité et de la sécurité du droit, dans la mesure où il violait la prohibition de la rétroactivité proprement dite. Il a enfin invoqué une violation du principe de l'égalité de traitement.

**D.b** Le 1<sup>er</sup> octobre 2020, l'autorité inférieure a déposé sa réponse au recours, concluant, sous suite de frais, à son rejet. Elle a, pour l'essentiel, repris les arguments exposés dans la décision du 18 juin 2020, précisant que l'avis de mise en liste d'attente du 19 mars 2012 ne garantissait pas qu'une subvention soit effectivement versée et que la disposition transitoire de l'art. 72 al. 3 LEné visait précisément les installations telles que celle du recourant et ne laissait aucun pouvoir d'appréciation.

**D.c** Par écriture du 30 octobre 2020, le recourant a répliqué. Il a maintenu ses conclusions initiales et a repris, pour l'essentiel, les arguments soulevés dans son mémoire de recours.

**D.d** Le 26 novembre 2020, l'autorité inférieure a déposé sa duplique, dans laquelle elle a maintenu ses conclusions et exposé notamment que l'art. 72 al. 3 LEné exprimait clairement et précisément la volonté du législateur, de sorte qu'en qualité d'organe d'exécution, elle ne disposait d'aucun pouvoir d'appréciation et était tenue d'appliquer cette disposition légale.

**D.e** En date du 8 février 2021, le recourant a fait parvenir ses observations finales. Il a maintenu ses conclusions initiales et a notamment fait valoir que la seule incertitude ressortant de l'avis de mise en liste d'attente du 19 mars 2012 concernait le moment où la subvention promise serait versée et non son montant.

En tant que de besoin, les autres faits et arguments pertinents des parties seront examinés dans les considérants en droit ci-dessous.

**Droit :****1.**

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

**1.2** Conformément à l'art. 31 LTAF et sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 LTAF, non pertinentes en l'espèce, le Tribunal connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF.

Les décisions de l'organe d'exécution concernant le SRI (cf. art. 19 LEne), la rétribution de l'injection en vertu de l'ancien droit et la rétribution unique allouée pour les installations photovoltaïques (cf. art. 25 LEne) peuvent faire l'objet d'une opposition auprès de l'organe d'exécution dans un délai de 30 jours à compter de la notification (cf. art. 66 al. 1 LEne). Les décisions sur opposition de l'organe d'exécution, qui est une autorité inférieure au sens de l'art. 33 let. h LTAF, peuvent faire l'objet d'un recours devant le Tribunal administratif fédéral conformément aux dispositions générales de la procédure fédérale (cf. art. 66 al. 2 LEne). Partant, le Tribunal est compétent pour connaître du présent litige qui porte sur la fixation du taux de rétribution de l'injection.

**1.3** Le recourant a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure. En tant que destinataire de la décision attaquée qui lui fait grief, il est particulièrement atteint et a un intérêt digne de protection à requérir son annulation ou sa modification (cf. art. 48 al. 1 PA). Il a ainsi qualité pour recourir.

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

**2.**

**2.1** En sa qualité d'autorité de recours, le Tribunal dispose d'une pleine cognition. Il revoit librement l'application du droit par l'autorité inférieure (cf. art. 49 PA), y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a), la constatation des faits (let. b) et l'opportunité de la décision attaquée (let. c), tous griefs que le recourant peut soulever à l'appui de son recours.

Conformément à la maxime inquisitoire, le Tribunal vérifie d'office les faits constatés par l'autorité inférieure (cf. art. 12 PA), sous réserve du devoir de collaborer des parties (cf. art. 13 PA). Le Tribunal applique le droit d'office, sans être lié par les motifs invoqués (cf. art. 62 al. 4 PA), ni par l'argumentation juridique développée dans la décision querellée (cf. BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, 2<sup>ème</sup> éd. 2015, p. 243). 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 (cf. ATF 135 I 91 consid. 2.1 ; ATAF 2014/24 consid. 2.2 ; 2012/23 consid. 4).

**2.2** L'objet du présent litige porte sur la question de savoir si l'autorité inférieure a fait une correcte application du droit en admettant l'installation photovoltaïque du requérant dans le SRI à partir du 1<sup>er</sup> juillet 2019 à un taux de rétribution fixé à 20.30 cts/kWh.

### **3.**

Dans un premier grief, le recourant fait valoir que le taux de rétribution de l'injection aurait dû être fixé selon le droit en vigueur au moment de la mise en service de son installation, à savoir le 18 juin 2013, et non selon le nouveau droit entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2018.

**3.1** L'autorité inférieure estime en revanche que le nouveau droit contient des dispositions transitoires et se prévaut de l'art. 72 al. 3 LEne. En effet, cette disposition prévoit que le nouveau droit s'applique aux exploitants et aux responsables de projet qui n'ont pas reçu de décision positive avant l'entrée en vigueur de la LEne, y compris ceux qui ont été avisés que leur installation se trouve sur la liste d'attente et même si leur installation était déjà en exploitation au moment de l'entrée en vigueur de la LEne. Par conséquent, le taux de rétribution devait être calculé sur la base de l'art. 16 al. 1 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> novembre 2017 sur l'encouragement de la production d'électricité issue d'énergies renouvelables (OEneR, RS 730.03), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2018, en lien avec l'annexe 1.2 ch. 2 OEneR, qui prévoit explicitement l'application du nouveau droit pour l'installation du recourant, quand bien même celle-ci a été mise en service avant le 1<sup>er</sup> janvier 2018.

### **3.2**

**3.2.1** Il n'est pas contesté que le recourant a déposé un formulaire d'annonce pour la RPC en date du 27 janvier 2012 et que son installation photovoltaïque a été mise en service le 18 juin 2013, alors que les nouvelles dispositions du droit de l'énergie n'étaient pas encore en vigueur.

**3.2.2** De jurisprudence constante, le droit applicable ratione temporis à un état de fait déterminé est en principe celui en vigueur au moment de la survenance des faits pertinents, sous réserve de dispositions transitoires spéciales (cf. ATF 146 V 364 consid. 7.1 ; 140 V 136 consid. 4.2.1 ; 139 V 335 consid. 6.2 ; arrêt du Tribunal fédéral [TF] 2C\_340/2020 du 16 septembre 2020 consid. 3.3 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral [TAF] A-6543/2018 du 24 mars 2020 consid. 5.5). Or, dans le cas présent, l'art. 72 LEné contient diverses dispositions transitoires relatives au SRI. Il prévoit en particulier que le nouveau droit s'applique aux exploitants et aux responsables de projet qui n'ont pas reçu de décision positive avant l'entrée en vigueur de la LEné, y compris ceux qui ont été avisés que leur installation se trouve sur la liste d'attente (avis de mise en liste d'attente), même si leur installation est déjà en exploitation à l'entrée en vigueur de la LEné (cf. art. 72 al. 3 LEné). Conformément à l'art. 72 al. 4 LEné, les ayants droits visés à l'art. 19 LEné qui ont reçu un avis de mise en liste d'attente le 31 juillet 2013 au plus tard peuvent participer au système de rétribution de l'injection, même si leur installation a été mise en service avant le 1<sup>er</sup> janvier 2013. Cette disposition est concrétisée à l'annexe 1.2 ch. 5.1 OEnéR, selon lequel, pour les installations qui ont été mises en service au plus tard le 31 décembre 2012 et pour lesquelles un avis de mise en liste d'attente a été délivré au plus tard le 31 juillet 2012, la définition des installations, les catégories d'installations et le calcul de la rétribution sont régis par l'appendice 1.2, ch. 1, 2, 3.1.1, 3.2 et 3.4a aOEné, dans sa version en vigueur à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2017.

**3.2.3** En l'espèce, le recourant est un exploitant qui n'a pas reçu de décision positive avant l'entrée en vigueur du nouveau droit, le 1<sup>er</sup> janvier 2018, et qui a été informé, en date du 19 mars 2012, que son projet d'installation était intégré à la liste d'attente (avis de mise en liste d'attente). Son installation photovoltaïque a été mise en service le 18 juin 2013, soit postérieurement au 1<sup>er</sup> janvier 2013, de sorte que l'art. 72 al. 4 LEné et l'annexe 1.2 ch. 5.1 OEnéR ne sont pas applicables. Quand bien même son installation a été mise en service avant le 1<sup>er</sup> janvier 2018, date de l'entrée en vigueur du nouveau droit, l'art. 72 al. 3 LEné prévoit explicitement que le nouveau droit trouve application lorsque l'installation était déjà en service au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur l'énergie. Force est ainsi de constater que l'art. 72 al. 3 LEné vise précisément les situations telles que celle du recourant, de sorte que les nouvelles dispositions du droit de l'énergie entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2018 sont applicables au cas d'espèce. Cela conduit au rejet du grief du recourant à ce titre.

#### **4.**

Dans un deuxième grief, le recourant invoque une violation de l'interdiction de la rétroactivité proprement dite, ensemble avec une violation de la sécurité du droit et du principe de l'égalité de traitement.

**4.1** Il fait valoir que l'art. 72 al. 3 LEnE, dans la mesure où il prévoit l'application du nouveau droit y compris pour les installations ayant été mises en service avant son entrée en vigueur, serait contraire à la prohibition de la rétroactivité proprement dite. S'il reconnaît que la rétroactivité proprement dite est admissible à certaines conditions, il estime que celles-ci ne sont pas remplies en l'espèce, dès lors que les dispositions transitoires de la LEnE créent une inégalité de traitement. Ces dernières ont pour effet de traiter son installation moins favorablement que les installations qui ont été mises en service au plus tard le 31 décembre 2012 et pour lesquelles un avis de mise en liste d'attente a été délivré au plus tard le 31 juillet 2013, le calcul de la rétribution de dites installations étant régi par l'ancien droit (cf. art. 72 al. 4 LEnE en lien avec l'annexe 1.2 ch. 5.1 OEnE), lequel prévoit un taux de rétribution plus élevé. Il soutient ainsi que l'annexe 1.2 ch. 5.1 OEnE, dans sa version en vigueur à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2017, viole l'égalité de traitement car elle conduit à une différence de traitement entre deux catégories d'installations ayant été placées sur la liste d'attente.

**4.2** L'autorité inférieure considère, pour sa part, que la question de la rétroactivité et d'une éventuelle inégalité de traitement ne se pose pas. En effet, le législateur a adopté l'art. 72 al. 3 LEnE et cette disposition appréhende exactement la situation du recourant. Par conséquent, en tant qu'organe d'exécution au sens de l'art. 64 LEnE, elle ne disposait d'aucun pouvoir d'appréciation et était tenue d'appliquer la loi, conformément à l'art. 190 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101).

#### **4.3**

**4.3.1** Les règles de droit ne déploient en principe leurs effets que postérieurement à leur entrée en vigueur. Si elles s'appliquaient à des événements survenus avant leur entrée en vigueur, cela contreviendrait à la sécurité et à la prévisibilité du droit, dès lors que les administrés ne seraient plus en mesure d'adapter leur comportement à la loi. En outre, la rétroactivité des normes juridiques se heurte au principe de la légalité, étant donné que des faits seraient appréciés au regard de dispositions légales qui n'étaient pas en vigueur au moment où ils se sont produits. Néanmoins, la rétroactivité n'est pas totalement exclue et elle est admise à certaines con-

ditions. A cet égard, on distingue en principe entre la rétroactivité proprement dite et la rétroactivité improprement dite (cf. arrêts du TAF A-217/2020 du 18 mai 2020 consid. 3.3.1 ; A-7036/2018 du 26 août 2018 consid. 4.3.1 ; DUBEY/ZUFFEREY, *Droit administratif général*, 2014, n° 376 s. ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8<sup>ème</sup> éd. 2020, n° 266 s. ; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4<sup>ème</sup> éd. 2014, p. 203 n° 21 s.).

**4.3.2** On parle de rétroactivité proprement dite lorsqu'une loi prévoit l'application du nouveau droit à des faits qui se sont entièrement déroulés avant son entrée en vigueur. Au vu des art. 5, 8 al. 1 et 9 Cst., une telle rétroactivité n'est admissible que si, cumulativement, elle est prévue dans la loi, elle est justifiée par un intérêt public digne de protection, elle est limitée dans le temps, elle est conforme à l'égalité de traitement et elle respecte les droits acquis. On parle de rétroactivité improprement dite lorsqu'une loi est appliquée à une situation de fait durable qui a pris naissance avant son entrée en vigueur et qui se prolonge au-delà de celle-ci. Cette forme de rétroactivité n'est également admise que dans la mesure où elle respecte les droits acquis (cf. ATF 146 V 364 consid. 7.1 ; 144 I 81 consid. 4.1 ; 138 I 189 consid. 3.4 ; 126 V 134 consid. 4a ; arrêt du TF 2C\_821/2019 du 11 février 2020 consid. 6.2 ; arrêt du TAF A-217/2020 précité consid. 3.3.2 ; DUBEY/ZUFFEREY, *op. cit.*, n° 378 ss).

**4.3.3** Conformément à l'art. 190 Cst., le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international. De jurisprudence constante, cette disposition constitutionnelle n'interdit pas de vérifier la conformité du droit fédéral à la Constitution mais exprime plutôt l'obligation d'appliquer les lois fédérales. Le tribunal doit certes appliquer les lois fédérales mais il est également tenu de les interpréter de manière conforme à la Constitution dès qu'il existe une marge d'interprétation. L'interprétation conforme à la Constitution trouve toutefois ses limites lorsque le texte et le sens de la disposition légale sont absolument clairs, quand bien même ils seraient contraires à la Constitution (cf. ATF 141 II 338 consid. 3.1 ; 133 II 305 consid. 5.2 ; voir aussi ATF 144 I 126 consid. 3 ; 141 II 280 consid. 9.2 ; arrêts du TF 2C\_340/2020 précité consid. 5.1 ; 2C\_821/2019 précité consid. 6.2 ; arrêt du TAF A-217/2020 précité consid. 3.3.3).

**4.3.4** La révision de la loi sur l'énergie avait pour objectif de renforcer la production d'électricité issue d'énergies renouvelables, raison pour laquelle le soutien financier devait être optimisé, développé et assorti de mesures d'appui (cf. Message du 4 septembre 2013 relatif au premier paquet

de mesures de la Stratégie énergétique 2050 [Révision du droit de l'énergie] et à l'initiative populaire fédérale « Pour la sortie programmée de l'énergie nucléaire [Initiative < Sortie du nucléaire >] », FF 2013 6771 ss [ci-après : Message LEne], p. 6836). L'une des mesures prévoyait que les taux de rétribution ne couvrent désormais plus les coûts mais soient uniquement fixés par rapport aux coûts de revient d'installations de référence (cf. Message LEne, p. 6838). Le législateur a toutefois souhaité que la nouvelle réglementation relative au SRI soit introduite avec ménagement et il a procédé lui-même à l'évaluation consistant à déterminer les installations qui devaient être soumises à l'ancien droit et celles auxquelles le nouveau droit devait être applicable. A cet égard, il a subdivisé les exploitants en trois groupes principaux : 1) ceux qui détiennent un avis de mise en liste d'attente, 2) ceux qui ont reçu une décision positive et 3) ceux qui reçoivent déjà une rétribution (cf. arrêts du TAF A-637/2020 du 5 février 2021 consid. 2.1 ; A-217/2020 précité consid. 3.3.4 ; A-2760/2019 du 29 octobre 2019 consid. 3.3 ; A-7036/2018 précité consid. 4.4.2 ; Message LEne, p. 6912 s.).

**4.3.5** Selon les dispositions finales de la LEne, le nouveau droit est applicable à la première des catégories susmentionnées, c'est-à-dire aux exploitants et aux responsables de projet qui n'ont pas reçu de décision positive avant l'entrée en vigueur du nouveau droit, y compris ceux qui ont été avisés que leur installation se trouve sur la liste d'attente (avis de mise en liste d'attente), même si leur installation est déjà en exploitation à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi (cf. art. 72 al. 3 LEne). La ratio legis de cette disposition est que l'avis de mise en liste d'attente ne crée pas une base de confiance digne de protection comparable à une décision positive. En effet, par le plafonnement des ressources allouées, le législateur n'avait pas seulement limité les dépenses, mais il s'était également réservé implicitement des modifications du droit. Sous l'ancien droit, le droit à une rétribution n'était donné que dans le cadre des ressources mises à disposition, mais justement pas au-delà. Par conséquent, celui qui ne détenait qu'un avis de mise en liste d'attente ou ne s'était même pas annoncé devait s'attendre aux durcissements prévus par le nouveau droit (cf. arrêts du TAF A-637/2020 précité consid. 2.2 ; A-217/2020 précité consid. 3.3.5 ; A-7036/2018 précité consid. 4.4.3 ; Message LEne, p. 6913).

**4.4** Comme on l'a vu précédemment (cf. *supra* consid. 3.2.3), la disposition transitoire que le législateur a introduite à l'art. 72 al. 3 LEne vise précisément la situation concrète du recourant. En effet, celui-ci est un exploitant qui n'a pas reçu de décision positive avant l'entrée en vigueur du nouveau droit, le 1<sup>er</sup> janvier 2018, et qui a été informé, en date du 19 mars 2012,

que son projet d'installation était intégré à la liste d'attente (avis de mise en liste d'attente). Son installation photovoltaïque a certes été mise en service le 18 juin 2013, soit avant l'entrée en vigueur du nouveau droit. Toutefois, l'art. 72 al. 3 LEné prévoit explicitement que le nouveau droit trouve application lorsque l'installation était déjà en service au moment de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur l'énergie. Il ressort ainsi clairement de cette disposition que celui qui ne dispose que d'un avis de mise en liste d'attente doit s'accommoder des durcissements prévus par le nouveau droit (cf. arrêts du TF 2C\_340/2020 précité consid. 5.2 ; 2C\_821/2019 précité consid. 6.3 ; Message LEné, p. 6913). Par conséquent, l'art. 72 al. 3 LEné ne laisse aucune marge d'appréciation dans le cas d'espèce (cf. *supra* consid. 4.3.3), de sorte que la prohibition de la rétroactivité proprement dite ne saurait faire obstacle à son application (cf. arrêts du TF 2C\_340/2020 précité consid. 5.3 ; 2C\_821/2019 précité consid. 6.3 s. ; arrêt du TAF A-217/2020 précité consid. 3.4).

**4.5** Il est incontestable que les dispositions transitoires créent une inégalité de traitement entre, d'une part, les installations qui ont été mises en service le 31 décembre 2012 au plus tard et pour lesquelles un avis de mise en liste d'attente a été délivré le 31 juillet 2013 au plus tard et, d'autre part, les installations qui ont été mises en service postérieurement au 1<sup>er</sup> janvier 2013, les premières bénéficiant du taux de rétribution plus favorable prévu par l'ancien droit (cf. art. 72 al. 4 LEné en lien avec l'annexe 1.2 ch. 5.1 OEneR) contrairement aux secondes (cf. art. 72 al. 3 LEné). Cette différence de traitement semble reposer sur la volonté de protéger les installations photovoltaïques les plus anciennes (cf. Dispositions d'exécution de la nouvelle loi du 30 septembre 2016 sur l'énergie, Ordonnance sur l'encouragement de la production d'électricité issue d'énergies renouvelables [OEneR] – Commentaires, p. 40). Quoi qu'il en soit, le législateur a désigné explicitement et précisément, dans les dispositions transitoires, les installations pour lesquelles le calcul du taux de rétribution est régi par l'ancien droit et celles pour lesquelles le taux de rétribution doit être calculé selon le nouveau droit. Par conséquent, comme indiqué ci-dessus (cf. *supra* consid. 4.4 et les références citées), ces dispositions transitoires précises ne laissent aucune marge d'appréciation aux autorités d'application, de sorte que, conformément à l'art. 190 Cst., l'égalité de traitement ne saurait s'opposer à l'application de l'art. 72 al. 3 LEné dans le cas d'espèce.

**4.6** Dans ces circonstances, la question du type de rétroactivité prévue par l'art. 72 al. 3 LEné peut rester ouverte, dès lors que cela ne saurait faire obstacle à l'application du nouveau droit en l'espèce (cf. arrêts du TF 2C\_340/2020 précité consid. 5.3 ; 2C\_821/2019 précité consid. 6.4 ; arrêt

du TAF A-217/2020 précité consid. 3.5). Partant, le grief de la violation de la prohibition de la rétroactivité proprement dite est mal fondé et doit être écarté.

## **5.**

Le recourant fait également grief à l'autorité inférieure d'avoir violé le principe de la bonne foi ancré à l'art. 5 al. 3 et à l'art. 9 Cst.

**5.1** Il fait valoir que l'avis de mise en liste d'attente du 19 mars 2012 doit être considéré comme une décision au sens de l'art. 5 PA et qu'à la lecture de cet avis, son projet d'installation était admis dans le système de la RPC, le seul élément incertain étant le moment où il serait possible de verser la subvention et non son montant. En effet, aux termes de l'art. 3b al. 1<sup>bis</sup> aOEné, qui était alors en vigueur, le taux de rétribution pour une installation donnée se calcule selon les modalités en vigueur l'année de la construction. Par conséquent, le recourant estime que la confiance qu'il a placée dans la décision du 19 mars 2012 doit être protégée. Sur cette base, il a pris des engagements financiers importants pour la réalisation de son installation photovoltaïque et il n'a pas à subir les conséquences des modifications législatives ultérieures ainsi que des retards et des insuffisances budgétaires de l'administration.

**5.2** L'autorité inférieure ne conteste pas que l'avis de mise en liste d'attente du 19 mars 2012 doit être considéré comme une décision au sens de l'art. 5 PA mais elle fait valoir que, même ainsi, il ne constitue pas une base de confiance digne de protection comparable à une décision positive, dans la mesure où il n'octroie aucun droit à la rétribution de l'injection à un taux déterminé. En effet, l'avis de mise en liste d'attente du 19 mars 2012 indiquait qu'il n'était pas possible de dire si et éventuellement quand le projet du recourant pourrait quitter la liste d'attente et bénéficier d'une subvention et précisait que, si tel était le cas, le recourant recevrait une confirmation fixant provisoirement le taux de rétribution.

## **5.3**

**5.3.1** En vertu du principe de la bonne foi (cf. art. 9 Cst.), les administrés ont le droit d'être protégés dans la confiance qu'ils ont légitimement accordée aux assurances données par une autorité ou à tout autre comportement fondant des attentes déterminées (cf. ATF 143 V 341 consid. 5.2.1 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, op. cit., n° 624). Cette protection intervient lorsque, sur la base d'un comportement de l'autorité qui a créé chez lui des attentes légitimes, l'administré a pris des dispositions auxquelles il ne saurait renoncer sans subir de préjudice et que l'intérêt à la protection de la

bonne foi l'emporte sur l'intérêt public qui guide l'autorité (cf. ATF 137 I 69 consid. 2.5.1 ; 131 II 627 consid. 6.1 ; 129 I 161 consid. 4.1 ; arrêt du TF 2C\_199/2017 du 12 juin 2018 consid. 3.3 ; arrêts du TAF A-985/2020 du 8 octobre 2020 consid. 3.1 ; A-124/2019 du 2 septembre 2019 consid. 3.3 ; DUBEY/ZUFFEREY, op. cit., n° 723).

**5.3.2** Les administrés ne peuvent toutefois pas se prévaloir d'une violation du principe de la bonne foi en raison d'une modification législative, dès lors que, selon le principe démocratique, l'ordre juridique peut en principe être modifié en tout temps. En d'autres termes, le droit à la protection de la bonne foi ne vaut que sous réserve des modifications du droit, de sorte qu'il faut en principe toujours s'attendre à une modification du droit en vigueur (cf. ATF 130 I 26 consid. 8.1 ; arrêt du TF 2C\_763/2013 du 28 mars 2014 consid. 4.4 ; arrêts du TAF A-637/2020 précité consid. 7.3 ; A-985/2020 précité consid. 5.2.2.2 ; A-217/2020 précité consid. 5.3 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, op. cit., n° 640). Le principe de la bonne foi ne peut s'opposer à une modification du droit que lorsque cette modification contrevient à l'interdiction de la rétroactivité ou porte atteinte à des droits acquis (cf. ATF 130 I 26 consid. 8.1 ; arrêt du TF 2C\_340/2020 précité consid. 6.1 ; arrêt du TAF A-5647/2016 du 6 septembre 2020 consid. 6.2.1). En outre, à titre exceptionnel, les administrés peuvent se prévaloir du principe de la bonne foi en cas de modification législative lorsque les dispositions qu'ils ont prises sur la base du droit en vigueur jusqu'alors sont gravement atteintes par une modification du droit imprévisible et qu'ils n'ont pas la possibilité de s'adapter à la nouvelle situation juridique. Cependant, même dans un tel cas, il n'existe pas de droit à ce que la loi ne change pas mais il se peut que, pour des motifs liés à l'égalité, à la proportionnalité, à l'interdiction de l'arbitraire et à la bonne foi, il s'impose de créer une réglementation transitoire appropriée (cf. ATF 145 II 140 consid. 4 ; 134 I 23 consid. 7.6.1 ; 130 I 26 consid. 8.1 ; arrêt du TF 1C\_23/2014 du 24 mars 2015 consid. 7.4.4 ; arrêts du TAF A-637/2020 précité consid. 7.3 ; A-985/2020 précité consid. 3.5.2.2 ; A-217/2020 précité consid. 5.3 ; DUBEY/ZUFFEREY, op. cit., n° 728 ; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, op. cit., n° 641).

**5.4** En l'espèce, la question de savoir si l'avis de mise en liste d'attente du 19 mars 2012 constitue une décision au sens de l'art. 5 PA peut souffrir de demeurer ouverte. En effet, cet avis indique explicitement ceci : « L'Office fédéral de l'énergie (OFEN) a (...) ordonné un arrêt des décisions pour toutes les technologies. Toutes les nouvelles annonces sont placées sur une liste d'attente. (...) Si votre projet peut bénéficier des subventions ré-

gulières, vous recevrez une confirmation accompagnée du taux de rétribution fixé à titre provisoire (...). Il ne nous est toutefois pas possible de dire si votre projet pourra passer de la liste d'attente à la subvention régulière et, le cas échéant, à quelle date ». Il ressort ainsi clairement de l'avis de mise en liste d'attente du 19 mars 2012 que la question de savoir si le projet du recourant pouvait bénéficier de subventions ne serait tranchée que dans le cadre de la décision d'admission, laquelle fixerait également, le cas échéant, le taux de rétribution. En d'autres termes, l'intégration dans la liste d'attente n'octroie aucun droit de participation au SRI (cf. STÖCKLI/MARXER, in : Kratz/Merker/Tami/Rechsteiner [édit.], Kommentar zum Energierecht, Tome III, 2020, art. 19 LEné n° 67). Par ailleurs, le taux de rétribution n'aurait été fixé que de manière provisoire dans la décision d'admission. Dès lors, à tout le moins jusqu'à ce qu'il ait reçu une décision positive, le recourant devait s'attendre à ce que des changements relatifs aux subventions surviennent (cf. arrêts du TAF A-637/2020 précité consid. 7.4 ; A-985/2020 précité consid. 3.5.3 ; A-217/2020 précité consid. 5.4).

Dans la mesure où l'avis de mise en liste d'attente n'octroie aucun droit de participation au système de rétribution, l'art. 3b al. 1<sup>bis</sup> aOEne, qui prévoyait que le taux de rétribution pour une installation donnée se calcule selon les modalités en vigueur l'année de la construction, n'est d'aucun secours au recourant. Au demeurant, il est sans importance que ce dernier ait été traité différemment sous l'ancien droit. Le principe de la bonne foi ne saurait s'opposer à l'application du nouveau droit en l'espèce, dès lors que celui-ci contient des dispositions transitoires appropriées et que la modification du droit n'était pas imprévisible. En effet, le plafonnement des ressources allouées à la rétribution de l'injection ne limitait pas uniquement les dépenses mais réservait également implicitement les modifications législatives, si bien que, selon les conditions qui prévalaient jusqu'alors, le droit à une rétribution n'était donné que dans le cadre des ressources mises à disposition, mais justement pas au-delà (cf. arrêt du TAF A-985/2020 précité consid. 3.5.2.3 ; Message LEné, p. 6913).

**5.5** Il découle ainsi de ce qui précède que l'avis de mise en liste d'attente du 19 mars 2012 ne constitue pas une base de confiance suffisante au sens des art. 5 al. 3 et 9 Cst. (cf. arrêts du TF 2C\_340/2020 précité consid. 6.2 ; 2C\_821/2019 précité consid. 7 ; arrêts du TAF A-985/2020 précité consid. 3.5.2 et 3.5.3 ; A-637/2020 précité consid. 7.4 ; A-217/2020 précité consid. 5.4). Partant, en l'absence d'élément propre à créer des attentes légitimes, il ne peut être question d'une violation du principe de la bonne foi en l'espèce, de sorte que ce grief doit également être écarté.

**6.**

Il résulte des considérants qui précèdent que, mal fondé, le recours doit être intégralement rejeté.

**7.**

Demeure à régler la question des frais et dépens.

**7.1** En application de l'art. 63 al. 1 PA et des art. 2 et 4 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral (FITAF, RS 173.320.2), les frais de procédure, arrêtés en l'occurrence à 1'500 francs, sont mis à la charge du recourant. Ils seront prélevés sur l'avance de frais du même montant qu'il a déjà effectuée.

**7.2** Dans la mesure où le recourant succombe, il n'y a pas lieu de lui allouer une indemnité à titre de dépens (art. 64 al. 1 PA a contrario). L'autorité inférieure n'a quant à elle pas droit à des dépens (art. 7 al. 3 FITAF).

*(le dispositif est porté à la page suivante)*

**Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :**

**1.**

Le recours est rejeté.

**2.**

Les frais de procédure de 1'500 francs sont mis à la charge du recourant. Ils seront prélevés sur l'avance de frais du même montant déjà versée par le recourant.

**3.**

Il n'est pas alloué de dépens.

**4.**

Le présent arrêt est adressé :

- au recourant (acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. [...] ; acte judiciaire)

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

Le président du collège :

La greffière :

Jérôme Candrian

Manon Progin

**Indication des voies de droit :**

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). Ce délai est réputé observé si les mémoires sont remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à La Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 48 al. 1 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 de la partie recourante (art. 42 LTF).

Expédition :