



Nos références : 233-00075

Berne, le 22.12.2014

DECISION

de la Commission fédérale de l'électricité (ElCom)

Composition : Carlo Schmid-Sutter (président), Brigitta Kratz (vice-présidente)

en l'affaire : **Cisco Systems International Sàrl**, avenue des Uttins 5, 1180 Rolle
(la requérante n. 1)

Romande Energie Commerce SA, Rue de Lausanne 53, 1110 Morges
(la requérante n. 2)

toutes deux représentée par M^e Pierre-Yves Brandt, Petit-Chêne 18,
case postale 5111, 1002 Lausanne

contre **die werke versorgung wallisellen ag**, Industriestrasse 13, case postale,
8304 Wallisellen
(la requise)

concernant l'accès au réseau ; mesures superprovisionnelles.

Table des matières

I	Exposé des faits	3
II	Considérants	5
III	Dispositif	9
IV	Indication des voies de recours	11

I Exposé des faits

A.

- 1 Des divergences de vues concernant le droit à l'accès au réseau existent entre les requérantes et la requise.
- 2 Pour son site de consommation de Wallisellen, la requérante n. 1 a, jusqu'à présent, bénéficié de l'approvisionnement de base en électricité fourni par la requise, qui est également la gestionnaire de réseau de distribution (ci-après : GRD) de la zone de desserte à laquelle le site litigieux est raccordé (act. 1, ch. II – 2, p. 3 ; act. 1, annexe 2).

B.

- 3 Par formulaire d'exercice du droit d'accès au réseau en allemand (« *Formular zu Ausübung des Anspruchs auf Netzzugang* » ; ci-après : formulaire) daté du 22 octobre 2014 (act. 1, annexe 9) mais envoyé le 21 octobre 2014 (act. 1, ch. II-3.1, p. 4), la requérante n. 1 affirme avoir demandé à la requise l'accès à son réseau pour le 1^{er} janvier 2015. Sous la rubrique « *ersucht* », traduite dans la version française comme « demande à », et dans laquelle il y a lieu d'indiquer le GRD duquel le consommateur final entend obtenir l'accès au réseau, la requérante n. 1 a mentionné les coordonnées de Romande Energie SA. Ailleurs dans le formulaire, elle a par contre indiqué l'adresse correcte du site de consommation, à Wallisellen (act. 1, annexe 9). Ce formulaire se réfère également à un numéro de place de mesure n'étant pas situé dans la zone de desserte de la requise (act. 1 ch. II-3.2 et 3.3, pp. 4 s., act. 1, annexe 10).
- 4 Par courriel du 30 octobre 2014 adressé à la requérante n. 1 (act. 1, annexe 10), la requise a refusé l'accès au réseau aux requérantes au motif qu'elle a présumé que la demande ne lui était pas destinée du fait que le formulaire mentionne les coordonnées de Romande Energie SA ainsi qu'à un numéro de place de mesure n'étant pas situé dans sa propre zone de desserte. La requise a invité la requérante n. 1 à corriger sa demande en conséquence jusqu'au 31 octobre 2014.
- 5 Selon ses dires, la requérante n. 2 a elle-même transmis, en date du 5 novembre 2014, le formulaire, daté du 3 novembre 2014, sur lequel le numéro de place de mesure a été corrigé. Elle admet en revanche n'avoir pas modifié la désignation du GRD concerné (act. 1, ch. II- 3.3, p. 5 et act. 1, annexe 11).
- 6 Par courriel du 17 novembre 2014 adressée à la requérante n. 1 (act. 1, ch. II-3.3, p. 5, act. 1, annexe 12), la requise lui a refusé l'accès au réseau. Elle explique que, à l'échéance du délai réglementaire du 31 octobre, elle n'avait pas reçu de demande lui étant adressée sans équivoque. En outre, elle lui reproche de ne pas avoir produit de procuration du consommateur final.

7 Par mémoire de requête du 17 décembre 2014, les requérantes concluent notamment :

« A. A titre provisionnel et superprovisionnel

I. La requête est admise ;

II. Die Werke Versorgung Wallisellen AG est sommée d'accorder dès le 1er janvier 2015 et jusqu'à nouvel avis, l'accès au réseau à Cisco Systems International Sàrl pour la place de mesure numéro POD CH100090123450000000000000026901. »

8 Il sera revenu ci-après, en tant que besoin, sur les autres éléments du dossier.

II Considérants

A.

- 9 A teneur de l'article 22, de la loi du 23 mars 2007 sur l'approvisionnement en électricité (LApEI ; RS 734.7), l'EiCom surveille le respect de la loi, prend les mesures et rend les décisions nécessaires à l'exécution de la loi et des dispositions d'exécution. Elle peut en particulier accorder l'accès au réseau à titre provisionnel (art. 22, al. 2, let. a, LApEI). Dans le cas d'espèce, une requête d'octroi d'accès au réseau à titre superprovisionnelle ayant été déposée, la compétence de l'EiCom est donnée.
- 10 La procédure de l'EiCom est régie par la LApEI et par la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021 ; cf. art. 1, PA). Ces lois ne prévoient pas expressément de mesures provisionnelles en procédure de première instance. La jurisprudence et la doctrine reconnaissent cependant que, dans des affaires relevant du droit administratif, une protection juridique provisionnelle doit être accordée dans certaines circonstances. Les conditions pour prononcer des mesures provisionnelles ainsi que leur contenu découlent toutefois du droit matériel, dont la mesure provisionnelle est censée garantir l'application (KOLZ ALFRED / HÄNER ISABELLE, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2^e édition, Zurich 1998, n. 333 s.). Les principes développés pour la PA sont également applicables par analogie aux décisions provisionnelles à prononcer selon l'article 22, alinéa 2, lettre a, LApEI, lesquelles peuvent également être superprovisionnelles.
- 11 Se fondant sur la législation et sur la pratique existante en matière de droit de procédure administrative, l'EiCom a déjà prononcé par le passé des mesures provisionnelles par voie de décision (EiCom, décision du 17 novembre 2008 concernant l'obligation de livrer et fixation des tarifs pour les clients captifs selon l'article 6, LApEI ; EiCom, décision du 21 décembre 2012, 922-12-021 ; EiCom, décision du 21 décembre 2012, 922-12-019 ; téléchargeables sur : www.elcom.admin.ch > Documentation > Décisions > Par date > Décisions 2008 / 2012, consultée le 22 décembre 2014). Le Tribunal administratif fédéral s'est également prononcé dans le cadre d'une décision incidente sur l'adoption possible de mesures provisionnelles dans des faits liés à l'approvisionnement en électricité (décision incidente du 22 décembre 2008, A-7862/2008, consid. 1 ss).
- 12 On distingue deux catégories de mesures provisionnelles : les mesures conservatoires et les mesures formatrices (MOOR PIERRE / POLTIER ETIENNE, *Droit administratif Volume II, Les actes administratifs et leur contrôle*, 3^e édition, Berne 2011, ch. 2.2.6.8, let. a, p. 308). Les mesures conservatoires servent à garantir que l'état de fait ou de droit existant demeure provisoirement inchangé. En revanche, les mesures formatrices créent ou redéfinissent provisoirement une relation juridique. A l'inverse, elles ne doivent cependant pas préjuger de la décision sur le fond ni la rendre illusoire (ATF 127 II 132, consid. 3). L'octroi de l'accès au réseau à titre provisionnel constitue une mesure formatrice.
- 13 L'adoption d'une mesure provisionnelle suppose le risque d'un préjudice difficilement réparable, c'est-à-dire la mise en danger de l'exécution du droit. De plus, il faut qu'il y ait urgence. La mesure ordonnée doit être proportionnelle et il faut examiner si la décision définitive envisagée est vraisemblablement conforme au droit et n'est pas entravée, voire rendue impossible, par les mesures provisionnelles (notamment ATF 127 II 132 ss., consid. 3 avec d'autres précisions). L'adoption de mesures provisionnelles suppose ainsi le risque d'un préjudice difficilement réparable (cf. consid. 3.2), l'urgence (cf. consid. 3.3) et la proportionnalité de la mesure ordonnée (cf. consid. 3.4) ainsi qu'un pronostic favorable de la décision (cf. consid. 3.5). La mesure provisionnelle sert notamment à sauvegarder des intérêts menacés (article 56, PA par analogie). Elle est ordonnée sur la base d'un examen sommaire des faits et de la situation juridique (ATF 127 II 132 ss, consid. 3). Pour des raisons de temps, la décision sur les mesures provisionnelles se fonde sur les faits tels qu'ils ressortent du dossier existant sans que de plus amples recherches ne soient entreprises (WALDMANN BERNHARD / BICKEL JÜRIG, in :

WALDMANN / WEISSENBURGER [éd.], *Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Zurich 2009, chiffre 66 ad article 56 ; ECom, décision du 14 février 2013, 922-12-021, consid. 3.1., pp. 8 s. ; téléchargeable sur : www.elcom.admin.ch > Documentation > Décisions > Par date > Décisions 2013, consultée le 22 décembre 2014).

B.

- 14 Selon l'article 12, alinéa 1 du règlement interne de la Commission de l'électricité du 12 septembre 2007 (RS 734.74), les décisions urgentes ou provisionnelles sont adoptées par le président ou le vice-président et un autre membre de l'ECom. La présente décision est adoptée par le président et le vice-président. Les conditions de l'article 12, alinéa 1 du règlement interne de la Commission de l'électricité sont donc remplies.

C.

- 15 Premièrement, le renoncement à des mesures provisionnelles doit causer un **préjudice difficilement réparable** aux personnes concernées (cf. TF, arrêt du 5 septembre 2003, 2A.142/2003, consid. 3.1 ; ECom, décision du 14 février 2013, 922-12-021, consid. 3.2, p. 9).
- 16 Or, il ressort du courriel du 17 novembre 2014 (act. 1, annexe 12) que la requise a refusé à la requérante n. 1 l'accès au réseau pour 2015.
- 17 S'agissant des préjudices difficilement réparables, il convient d'observer que l'on n'est pas en présence d'un tel préjudice au cas où d'éventuels contentieux financiers pourraient être rétroactivement réglés dans la procédure principale (ATF 125 II 613, consid. 4a). Toutefois, le refus par le GRD d'octroyer le droit d'accès au réseau à un consommateur final éligible est susceptible d'entraver la création de conditions propres à assurer un marché de l'électricité axé sur la concurrence (cf. article 1, alinéa 1, LApEI). Il n'est donc pas purement financier et peut faire l'objet de mesures provisionnelles au vu du droit matériel.
- 18 En effet, la LApEI vise notamment à assurer un marché de l'électricité axé sur la concurrence (article 1, alinéa 1, LApEI). Elle prévoit donc que l'ECom peut accorder l'accès au réseau à titre provisionnel afin d'empêcher que l'accès au réseau ne puisse être reporté pour une durée indéterminée par des longues procédures et par l'épuisement des voies de recours (article 22, alinéa 2, lettre a, LApEI ; Message du 3 décembre 2004 relatif à la modification de la loi sur les installations électriques et à la loi fédérale sur l'approvisionnement en électricité, FF 2005 1493 ss., p. 1545).
- 19 Il ressort par ailleurs de l'examen sommaire des faits que le refus de la requise d'octroyer l'accès au réseau peut impliquer des pertes financières pour les requérantes et constitue ainsi un préjudice difficilement réparable pour autant que le droit à un tel accès soit accordé à la suite d'un examen sommaire. Les mêmes réflexions s'appliquent à la requise. Dans sa qualité de gestionnaire de réseau, la requise est obligée de fournir en tout temps aux consommateurs captifs la quantité d'électricité qu'ils désirent (cf. art. 6, al. 1, LApEI). En l'espèce, l'accès au réseau n'a pas été accordé. Par conséquent, il faut présumer que la requise a pris des dispositions pour l'achat ou la production d'énergie électrique.
- 20 En l'espèce, sans mesures provisionnelles les requérantes risquent de subir un préjudice difficilement réparable. Ce préjudice n'est pas purement financier, il concerne aussi l'accès au réseau comme condition pour la création de conditions propres à assurer un marché de l'électricité axé sur la concurrence.
- 21 Ensuite, la décision d'ordonner des mesures provisionnelles suppose l'**urgence**, il doit donc être nécessaire de prendre immédiatement les mesures en cause (ATF 127 II 132 ss., consid. 3).

- 22 Le droit d'accès au réseau doit être accordé à partir du 1^{er} janvier de l'année suivant la demande d'accès au réseau (article 11, alinéa 2, de l'ordonnance du 14 mars 2008 sur l'approvisionnement en électricité ; OApEI ; RS 734.71). Les requérantes ont connaissance de l'existence de problèmes concernant leur requête d'accès au réseau depuis le 30 octobre 2014. Depuis le 17 novembre 2014, les requérantes savent, que la requise leur refuse l'accès au réseau (act. 1, annexe 12).
- 23 L'EiCom a eu connaissance de la présente requête par courriel le soir du 17 décembre 2014 seulement. Le 18 décembre 2014 la requête est ensuite arrivée par courrier. Toutefois, les requérantes auraient pu déposer leur requête auprès de l'EiCom immédiatement après le refus de l'accès au réseau, d'autant que la requérante 2 est un gestionnaire de réseau professionnellement organisée qui connaît bien la législation en matière d'approvisionnement en électricité.
- 24 En outre, selon un arrêt du Tribunal de commerce du Canton de Zurich du 2 novembre 2011 (ZR 2011, 305), l'attente du requérant est malséante dans le cadre d'une requête en mesures provisionnelles lorsque l'on a attendu sur le dépôt de la requête aussi longtemps que l'audition de la partie adverse aurait pu se dérouler dans le pire des cas. L'appréciation définitive de la question de savoir si les requérantes ne sont pas elles-mêmes responsables de la condition de l'urgence et que, par conséquent, le droit à des mesures provisionnelles est déchu peut rester ouverte en la cause en raison du résultat du pronostic de l'affaire principale (EiCom, décision du 12 décembre 2013, 233-00042, consid. 3.3, ch. marg. 62, p. 11, téléchargeable sur : www.elcom.admin.ch > Documentation > Décisions > Par date > Décisions 2013, consultée le 22 décembre 2014).
- 25 De plus, la protection juridique provisionnelle ne peut être accordée que si la **pesée des intérêts** opposés penche en faveur de la protection juridique provisoire et que cette dernière semble proportionnelle (ATF 127 II 132, consid. 3). Le résultat voulu d'une mesure provisionnelle consiste à éviter un préjudice difficilement réparable, en l'espèce, une entrave temporelle à la création de conditions propres à assurer un marché de l'électricité axé sur la concurrence doublé d'un préjudice d'ordre financier (EiCom, décision du 14 février 2013, 922-12-021, consid. 3.4, p. 11).
- 26 Cette pesée des intérêts est liée au pronostic de la décision. Etant donné que le pronostic au fond est défavorable pour les requérantes (cf. ch. marg. 27 ss), leur intérêt à accéder au réseau à partir du 1^{er} janvier 2015 prime sur l'intérêt de la requise à continuer de les livrer au titre de l'approvisionnement de base. Les mesures provisionnelles y relatives ne respectent donc le principe de proportionnalité.
- 27 Enfin, le **pronostic de l'affaire principale** peut notamment être pris en compte lorsqu'il est sans équivoque. En cas d'incertitudes de fait ou de droit, la retenue est par contre de mise vu que, dans ce cas, les données permettant de prendre une décision ne sont établies que dans la procédure principale (ATF 127 II 132 ss, consid. 3).
- 28 Les consommateurs finaux qui ont une consommation annuelle d'au moins 100 MWh et qui ne soutirent pas d'électricité sur la base d'un contrat écrit de fourniture individuel ont droit à l'accès au réseau. Ils peuvent indiquer jusqu'au 31 octobre au gestionnaire du réseau de distribution de leur zone de desserte qu'ils entendent faire usage de leur droit d'accès au réseau à partir du 1^{er} janvier de l'année suivante (article 11, alinéa 2, OApEI ; EiCom, décision du 14 février 2013, 922-12-021, consid. 3.5, p. 12).
- 29 Les requérantes ne sauraient être suivies lorsqu'elles prétendent avoir déposé une demande d'accès au réseau leur permettant un approvisionnement au marché à compter du 1^{er} janvier 2015. En effet, selon un examen sommaire, force est de constater qu'aucune demande au sens de l'article 11, alinéa 2, OApEI n'est parvenue à la requise. Certes il est probable que la requérante n. 1 a fait parvenir à la requise un formulaire avant l'échéance du délai réglementaire du 31 octobre. Il n'en demeure pas moins que celui-ci était à tout le moins incomplet – dans la mesure où des données essentielles étaient inexactes –, si bien qu'il est possible que le gestionnaire de réseau ait pu le prendre pour une

« copie pour information » en lieu et place d'une demande qui lui était directement adressée. Premièrement, sous la rubrique « *ersucht* », traduite dans la version française comme « demande à », et dans laquelle il y a lieu d'indiquer le GRD duquel le consommateur final entend obtenir l'accès au réseau, la requérante n. 1 a mentionné les coordonnées de Romande Energie SA en lieu et place de celles de la requise. Or, la requérante n. 1 est présente sur plusieurs sites en Suisse, dont deux dans le Canton de Vaud, si bien que le formulaire d'exercice du droit d'accès au réseau ainsi communiqué pouvait être perçu comme une « copie pour information » afin d'informer la requise d'un accès au réseau dans une autre zone de desserte. Ensuite, le formulaire indique également un numéro de place de mesure n'étant pas situé dans la zone de desserte de la requise, ce qui montre qu'elle a bel et bien fait des recherches concrètes. Alors certes l'accès au réseau ne se fait pas par compteur mais par site de consommation (EiCom, décision du 17 octobre 2013, 233-00011 (anc. 922-12-019), consid. 6.2.3.1, p. 21 et EiCom, décision du 19 septembre 2013, 233-00011 (anc. 922-12-019), consid. 5.2.3.1, p. 17 ; téléchargeables sur : www.elcom.admin.ch > Documentation > Décisions > Par thème > Accès au réseau / Utilisation du réseau / Services-système, consultée le 22 décembre 2014), toutefois, confrontée à deux informations erronées, la requise était en droit de penser que le formulaire concernait l'accès au réseau d'un autre gestionnaire de réseau. En outre, l'on ne saurait lui reprocher un formalisme excessif. En effet, par courriel du 30 octobre 2014 (act. 1, annexe 10), la requise a informé la requérante des défauts de sa demande d'accès au réseau, lui en a refusé l'accès, et l'a invité à corriger sa demande en conséquence. Par ce biais, elle a non seulement respecté l'article 13, alinéa 2, LApEI en motivant son refus dans un délai de dix jour, mais elle a en plus respecté le principe de proportionnalité en communiquant sa réponse plus rapidement que le maximum légal autorisé afin que la requérante n. 1 puisse corriger sa demande si besoin était. Le fait que les requérantes n'aient pas saisi cette opportunité leur est seul imputable. Un jour suffirait amplement à changer une adresse sur un formulaire et à chercher un numéro de place de mesure. Par ailleurs, l'on ne peut que constater que le formulaire corrigé déposé le 5 novembre 2014 n'était pas non plus exempt d'erreur – notamment quant à la désignation du GRD à qui il s'adressait – si bien que l'on ne saurait blâmer la requise de ne pas avoir considéré qu'il réparait le vice.

30 Au vu des faibles chances de succès de la requête, il n'est pas possible de poser un pronostic favorable sur l'issue de l'affaire principale, si bien que cette condition fait défaut. La requête d'octroi d'accès au réseau à titre superprovisionnelle doit dès lors être rejetée.

III Dispositif

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

1. La requête d'octroi d'accès au réseau à titre superprovisionnelle est rejetée.
2. D'ici au 9 janvier 2015, Cisco Systems International Sàrl et Romande Energie Commerce SA feront parvenir à l'EiCom une version caviardée des documents produits afin que l'EiCom puisse procéder à l'échange des écritures tout en respectant les secrets d'affaires.
3. Les émoluments pour la présente décision sont joints au fond.
4. La présente décision est notifiée aux parties par lettre recommandée.

Berne, le 22.12.2014

Commission fédérale de l'électricité EICom

Carlo Schmid-Sutter
Président

Renato Tami
Directeur

Envoi :

à notifier par lettre recommandée à :

- Cisco Systems International Sàrl, avenue des Uttins 5, 1180 Rolle ;
 - Romande Energie Commerce SA, Rue de Lausanne 53, 1110 Morges ;
- toutes deux représentées par M^e Pierre-Yves Brandt, Petit-Chêne 18, case postale 5111,
1002 Lausanne ;
- die werke versorgung wallisellen ag, Industriestrasse 13, case postale, 8304 Wallisellen.

IV Indication des voies de recours

Il peut être formé recours contre la présente décision dans les 30 jours dès la notification. Le recours doit être adressé au Tribunal administratif fédéral, case postale, 9023 Saint-Gall.

En vertu de l'art. 22a, al. 2 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA; RS 172.021), les fêtes ne s'appliquent pas aux procédures concernant l'octroi de l'effet suspensif et d'autres mesures provisionnelles.

Le recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire. La décision attaquée et les pièces invoquées comme moyens de preuve, lorsqu'elles se trouvent en mains du recourant, sont à joindre au recours.