



Nos références: 922-12-021

Berne, le 14 février 2013

DECISION

de la Commission fédérale de l'électricité (ElCom)

Composition : Carlo Schmid-Sutter (président), Brigitta Kratz (vice-présidente), Hans Jörg Schötzau (vice-président), Anne Christine d'Arcy, Aline Clerc, Matthias Finger, Werner K. Geiger

en l'affaire : **CMT Rickenbach SA**, Boulevard de la Liberté 59 – 61,
2300 La Chaux-de-Fonds

(la requérante n. 1)

Coloral SA, Rue du Beauregard 24, 2000 Neuchâtel

(la requérante n. 2)

Medos International Sàrl, Chemin Blanc 38, 2400 Le Locle

(la requérante n. 3)

toutes représentées par

Groupe E SA, Rte de Morat 135, 1763 Granges-Paccot

(la requérante n. 4)

toutes quatre représentées par M^e Allen Fuchs, docteur en droit
et/ou M^e Mirjam Kummer, licenciée en droit, Badertscher Rechtsanwälte AG,
Mühlebachstrasse 32, case postale 769, 8024 Zurich



contre

Viteos SA, Service de l'électricité, Rue du Collège 30, case postale 1465,
2301 La Chaux-de-Fonds

(la requise)

concernant

l'accès au réseau ; mesures provisionnelles.



Table des matières

I	Exposé des faits	4
II	Considérants	7
1	Compétence	7
2	Parties.....	8
3	Mesures provisionnelles	8
3.1	Généralités.....	8
3.2	Préjudice difficilement réparable.....	9
3.3	Urgence.....	10
3.4	Proportionnalité	11
3.5	Pronostic de la décision	12
3.5.1	Généralités.....	12
3.5.2	Requérante n. 1	13
3.5.3	Requérante n. 2	14
3.5.4	Requérante n. 3	14
4	Retrait de l'effet suspensif	15
5	Emoluments.....	15
III	Dispositif.....	16
IV	Indication des voies de droit.....	18



I Exposé des faits

A.

- 1 Des divergences de vues concernant le droit à l'accès au réseau existent entre les requérantes nn. 1 – 4 et la requise.
- 2 Les requérantes nn. 1 – 3 ont, 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 elles sont raccordées (act. 1, annexes 11 – 13).

B.

- 3 Par lettres du 12 octobre 2012 (requérante n. 1 ; act. 1, annexe 11), du 2 octobre 2012 (requérante n. 2 ; act. 1, annexe 12) et du 26 octobre 2012 (requérante n. 3 ; act. 1, annexe 13), elles ont demandé à la requérante l'accès au réseau pour le 1^{er} janvier 2013.
- 4 Par lettre du 6 décembre 2012 adressée à chaque requérante (act. 2, annexe 16a – 16c), la requise a refusé l'accès au réseau aux requérantes nn. 1 – 3.

C.

- 5 Par mémoire de requête du 18 décembre 2012 en allemand (act. 1) et sa traduction française du 20 décembre 2012 (act. 4), les requérantes nn. 1 – 4 ont conclu :

« 1a. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin 1 bzw. der Klägerin 4 für die Messstellennummer CH1088201234500000000000000047353 ab dem 1. Januar 2013 den Netzzugang für den Eigengebrauch zu gewähren;

1b. Es sei der Beklagten zu überlassen, ob für den kleinen Mieter der Klägerin 1 ein separater Zähler zu installieren ist oder nicht;

2a. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin 2 bzw. der Klägerin 4 für die Messstellennummer CH10882012345000000000000000101809 ab dem 1. Januar 2013 den Netzzugang für den Eigenverbrauch zu gewähren;

2b. Die Beklagte sei zu verpflichten, für die Klägerin 2 an der Rue des Amandiers 2 einen Lastgangzähler zu installieren, um den Eigenverbrauch der Klägerin 2 direkt zu messen;

3a. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin 3 bzw. der Klägerin 4 für die Messstellennummer CH10882012345000000000000000058287 ab dem 1. Januar 2013 den Netzzugang für den Eigengebrauch zu gewähren;

3b. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin 3 bzw. der Klägerin 4 für die Messstellennummer CH10882012345000000000000000010276 ab dem 1. Januar 2013 den Netzzugang für den Eigenverbrauch zu gewähren;

3c. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin 3 bzw. der Klägerin 4 für die Messstellennummer CH10882012345000000000000000071042 ab dem 1. Januar 2013 den Netzzugang für den Eigenverbrauch zu gewähren;



Sowie mit folgendem prozessualen Antrag:

4. *Die Beklagte sei im Sinne einer vorsorglichen Massnahme bereits während des laufenden Verfahrens superprovisorisch, das heisst unverzüglich und ohne Anhörung der Beklagten vor dem 29. Dezember 2012 zu verpflichten, den Klägerinnen 1-3 bzw. 4 ab dem 1. Januar 2013 den Netzzugang für den Eigenverbrauch für die in den Anträgen 1a, 2a, 3a, 3b und 3c genannten Messstellennummern zu gewähren und für die Klägerin 2 an die Rue des Amandiers 2 einen Lastgangzähler zu installieren, um deren Eigenverbrauch zu messen. Dem Massnahmenentscheid sei die aufschiebende Wirkung zu entziehen.*
5. *Eventualiter sei die Beklagte im Sinne einer vorsorglichen Massnahme unter Anhörung der beklagten, aber unverzüglich und insbesondere bis zum 29. Dezember 2012 zu verpflichten, den Klägerinnen 1-3 bzw. 4 ab dem 1. Januar 2013 den Netzzugang für die in den Anträgen 1a, 2a, 3a, 3b und 3c genannten Messstellennummern zu gewähren und für die Klägerin 2 an die Rue des Amandiers 2 einen Lastgangzähler zu installieren um deren Eigenverbrauch zu messen. Dem Massnahmenentscheid sei die aufschiebende Wirkung zu entziehen.*

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen inkl. der gesetzlichen Mehrwertsteuer zu lasten der Beklagten. »

- 6 A l'appui de leurs conclusions, elles font valoir en substance que les requérantes nn. 1 – 3 ont une consommation finale propre annuelle supérieure à 100 MWh par site de consommation et qu'elles sont donc éligibles, et ce quand bien même elles partagent lesdits raccordements au réseau (compteurs) soit avec d'autres consommateurs finaux tiers, soit avec d'autres sociétés de leur propre groupe. Elles démontrent les volumes de consommation au moyen d'estimations prenant en compte l'énergie soutirée par les consommateurs finaux tiers raccordés aux mêmes places de mesure. Elles sollicitent une décision en mesures provisionnelles en arguant de l'existence d'un préjudice irréparable, de l'urgence de la situation, ainsi que du respect du principe de proportionnalité.
- 7 Les requérantes nn. 1 – 4 ont complété leur argumentation par le dépôt de bordereaux complémentaires de pièces justificatives datés du 19 décembre 2012 (act. 2 et 3).

D.

- 8 Par décision superprovisionnelle du 21 décembre 2012 (act. 5), l'EiCom a prononcé :
 - « 1. *Die Viteos SA wird superprovisorisch angewiesen, der CMT Rickenbach SA für die Messstellennummer CH1088201234500000000000000047353 ab dem 1. Januar 2013 Netzzugang für ihren Eigenverbrauch zu gewähren.*
 2. *Die Viteos SA wird superprovisorisch angewiesen, der Coloral SA für die Messstellennummer CH10882012345000000000000000101809 ab dem 1. Januar 2013 Netzzugang für ihren Eigenverbrauch zu gewähren.*
 3. *Die Viteos SA wird superprovisorisch angewiesen, für die Messung des Eigenverbrauchs der Coloral SA an der Rue des Amandiers 2 in Neuenburg vor dem 1. Januar 2013 einen Lastgangzähler zu installieren.*
 4. *Im Übrigen wird das Gesuch um Erlass superprovisorischer Massnahmen abgewiesen.*



5. *Die Viteos SA erhält Gelegenheit, bis zum 21. Januar 2013 zum Gesuch der Gesuchstellerinnen 1 bis 4 Stellung zu nehmen.*
6. *Einer allfälligen Beschwerde gegen die vorliegende Verfügung wird die aufschiebende Wirkung entzogen.*
7. *Die Gebühren für diese Verfügung werden in der Hauptsache auferlegt.*
8. *Diese Verfügung wird den Parteien mit eingeschriebenem Brief eröffnet. »*

E.

- 9 Par courrier recommandé du 27 décembre 2012 (act. 6), les requérantes nn. 1 – 4 ont motivé le caviardage des secrets d'affaires qu'elles ont désigné jusqu'alors. Les pièces ainsi masquées ont ensuite été transmises à la requise avec un résumé en français de la décision superprovisionnelle de l'ElCom du 21 décembre 2012, ainsi que de son courrier d'accompagnement (act. 9).

F.

- 10 Par courrier du 21 janvier 2013 (act. 10), la requise a déposé sa prise de position. Elle n'y a pas formulé de conclusions formelles et ne s'est pas prononcée expressément sur les conditions nécessaires au prononcé de mesures provisionnelles, respectivement superprovisionnelles.
- 11 Elle confirme toutefois que, comme exigé dans la décision superprovisionnelle, les données énergétiques concernant les points de mesure des requérantes nn. 1 et 2 sont transmises à partir du 1^{er} janvier 2013 à la requérante n. 4 et que le compteur à courbe de charge de la requérante n. 2 est fonctionnel depuis une date antérieure au 31 octobre 2012. Pour le reste, elle maintient sa position et conteste l'éligibilité des requérantes. Pour elle, le consommateur au marché doit être équipé d'un compteur afin d'éviter toute ambiguïté sur les volumes fournis. Tel n'est pas le cas en l'espèce. Elle estime en substance qu'un consommateur final est éligible uniquement lorsqu'il a démontré, par comptage, que sa consommation propre annuelle est supérieure à 100 MWh. Or, une telle démonstration est impossible lorsque d'autres consommateurs finaux sont raccordés au réseau par le même compteur. Ainsi, une entrée au marché n'est envisageable que l'année qui suit cette démonstration. Elle suppose une nouvelle annonce dans le délai réglementaire du 31 octobre. Dans le cas d'espèce, elle se limite à contester l'estimation de consommation retenue par l'ElCom dans sa décision superprovisionnelle du 21 décembre 2012 (act. 5) sans apporter d'éléments nouveaux qui permettraient d'infirmer ou de confirmer cette donnée. Elle soulève en outre que tant la requérante n. 4 qu'elle-même ont dû acheter de l'énergie pour approvisionner les requérantes, si bien que l'une et l'autre s'exposent à un dommage à l'issue de la procédure. En outre, pour elle, la notion d'unité économique suppose que chaque personne juridique (société) constitue un client final distinct au sens de la législation sur l'approvisionnement en électricité.

G.

- 12 Par mémoire de requête complémentaire non-sollicité du 22 janvier 2013 (act. 11), les requérantes exposent la structure du groupe A auquel appartient la requérante n. 3 pour démontrer que toutes les sociétés qui soutirent de l'énergie par le compteur de celle-ci constituent une unité économique au sens de l'article 11, de l'ordonnance du 14 mars 2008 sur l'approvisionnement en électricité (RS 734.71 ; OApEl) du fait qu'elles se trouvent sous une direction commune.



H.

- 13 Par courriel du 30 janvier 2013 (act. 14), les requérantes ont constaté qu'aucun nouvel élément concernant le droit ou les faits ne découlait de la prise de position de la requise du 21 janvier 2013.
- 14 Par courrier recommandé du 31 janvier 2013 (act. 15), elles ont toutefois tenu à préciser que, si la requise a bel et bien installé un compteur à courbe de charge sur le site de consommation de la requérante n. 2 (conclusion 2b, en lien avec les conclusions 4 et 5 ; act. 1), celui-ci n'est pas à même de mesurer la consommation propre de celle-ci mais seulement la consommation totale du centre. Pour le surplus, constatant qu'aucun nouvel élément concernant le droit ou les faits n'a été présenté par la requise, elles confirment leur exposé des faits ainsi que leur opinion juridique.

I.

- 15 Dans son mémoire de réponse du 7 février dernier (act. 17), la requise a pris position tant sur le mémoire du 22 janvier (act. 11), que sur le courrier recommandé du 31 janvier (act. 15) derniers des requérantes. Elle soulève en substance que l'unité économique implique la personnalité morale : ainsi, chaque personne morale distincte constitue une cliente finale différente susceptible de se prévaloir de son droit d'accès au réseau. L'appartenance de celle-ci à un groupe n'est pas pertinent, si bien que chacune d'entre elle doit satisfaire seule aux conditions d'accès au réseau. En outre, elle estime qu'une mise en conformité des installations relève du consommateur final qui entend se prévaloir de son droit d'accès au réseau et doit intervenir avant la délivrance de ce droit par le gestionnaire de réseau. Elle explique également que, pour que la consommation propre de la requérante n. 2 puisse être comptabilisée, une modification de la place de mesures est nécessaire. Celle-ci incombe à la partie requérante concernée et constitue une condition préalable à la pose du compteur souhaité. Enfin, la requise affirme que, au point 2 de la page 7, de la décision superprovisionnelle du 21 décembre 2012 de l'EiCom (act. 5), il a été demandé que les données énergétiques du point de mesures correspondant à l'entier du site soient transférées à Groupe E, ce qui aurait été fait.
- 16 Il sera revenu ci-après autant que nécessaires sur les éléments de faits.

II Considérants

1 Compétence

- 17 La Commission fédérale de l'électricité (EiCom) rend les décisions nécessaires à l'exécution de la loi du 23 mars 2007 sur l'approvisionnement en électricité (RS 734.7 ; LApEI) et de ses dispositions d'exécution (article 22, alinéa 1, LApEI). En vertu de l'article 22, alinéa 2, lettre a, LApEI, l'EiCom est compétente pour statuer, en cas de litige, sur l'accès au réseau ; elle peut accorder l'accès au réseau à titre provisoire (article 22, alinéa 2, lettre a *i.f.*, LApEI).
- 18 La procédure est menée à l'encontre de Viteos SA, en sa qualité de GRD, sur la requête de CMT Rickenbach SA, Coloral SA, Medos International Sàrl, représentées par Groupe E SA, en sa qualité de fournisseur, toutes quatre représentées par Badertscher Rechtsanwälte AG, agissant par M^e Allen Fuchs, docteur en droit et/ou M^e Mirjam Kummer, licenciée en droit.



2 Parties

- 19 Sont admises comme parties au sens de l'article 6, de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021 ; PA) les personnes dont les droits ou les obligations pourraient être touchés par la décision à prendre, ainsi que les autres personnes, organisations ou autorités, qui disposent d'un moyen de droit contre la décision. En première instance, sont parties toutes les personnes ou organisations qui auraient qualité pour recourir contre la décision à prendre (MOOR PIERRE / POLTIER ETIENNE, *Droit administratif Volume II, Les actes administratifs et leur contrôle*, 3^e édition, Berne 2011, ci-après : MOOR / POLTIER, ch. 2.2.5.5., let. b, pp. 283 ss). L'article 48, alinéa 1, lettre c, PA prévoit que quiconque a un intérêt digne de protection à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée a la qualité pour recourir.
- 20 En l'espèce, la requise revêt la qualité de GRD de la zone de desserte à laquelle sont raccordées les requérantes nn. 1 – 3. En outre, elle est leur fournisseur historique en électricité. La requérante n. 4, quant à elle, est le nouveau fournisseur d'électricité choisi contractuellement par les requérantes nn. 1 – 3 pour les approvisionner en électricité (act. 1, annexes 11 – 13 et act. 6, annexes 14 – 16). La présente procédure porte sur la question de savoir si les requérantes nn. 1 – 3 étaient éligibles et, par conséquent, qui de la requérante n. 4 ou de la requise est autorisée à les livrer en électricité. Le tarif de l'électricité dû par les requérantes n. 1 – 3 variera suivant le fournisseur chargé les approvisionner en électricité. Ainsi, tant les requérantes nn. 1 – 4 que la requise sont directement touchées dans leurs droits et obligations et bénéficient de la qualité de partie au sens de l'article 6, PA.

3 Mesures provisionnelles

3.1 Généralités

- 21 La procédure de l'EiCom est régie par la LApEI et par la PA (cf. article 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 (KÖLZ ALFRED / HÄNER ISABELLE, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2^e édition, Zurich 1998, n. 333 s.). 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 ; téléchargeable sous : www.elcom.admin.ch → Documentation → Décisions → Par date → Décisions 2008, consulté le 13 février 2013). 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).
- 22 On distingue deux catégories de mesures provisionnelles : les mesures conservatoires et les mesures formatrices (MOOR / POLTIER, 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.



- 23 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/WEISSENBERGER [éd.], *Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, Zurich 2009, chiffre 66 ad article 56).
- 24 La présente décision provisionnelle concerne l'octroi aux requérantes nn. 1 – 3, respectivement à la requérante 4, de l'accès au réseau à partir du 1^{er} janvier 2013 pour les places de mesure portant les numéros CH108820123450000000000000047353, CH1088201234500000000000000101809, CH1088201234500000000000000058287, CH1088201234500000000000000010276 et CH1088201234500000000000000071042. Elle porte également sur l'installation d'un dispositif de mesure de la courbe de charge pour la requérante n. 2 à la rue des Amandiers 2 à Neuchâtel afin de lui permettre de mesurer sa consommation propre et d'établir sa courbe de charge de manière individuelle ainsi que sur le retrait de l'effet suspensif (voir ElCom, décision du 21 décembre 2012, 922-12-021, chiffre marginal 4, p. 3 ; act. 5). Une décision en mesure superprovisionnelle ayant déjà été prononcée, la présente décision en mesure provisionnelle est rendue après audition de la requise (act. 10).
- 25 Les conditions permettant l'adoption de mesures provisionnelles (cf. chiffre marginal 23) sont examinées ci-après dans la mesure où cet examen s'avère nécessaire.

3.2 Préjudice difficilement réparable

- 26 Le renoncement à des mesures provisionnelles doit causer un préjudice difficilement réparable aux personnes concernées (cf. Tribunal fédéral, arrêt du 5 septembre 2003, 2A.142/2003, consid. 3.1).
- 27 Il ressort de la lettre de la requise du 6 décembre 2012 (act. 2, annexe 16a – 16c) qu'elle n'accorde pas d'accès au réseau aux requérantes nn. 1 – 3 à compter du 1^{er} janvier 2013 pour les places de mesure mentionnées aux chiffres marginaux 5 et 24 ci-dessus. Pour justifier leur requête en mesures provisionnelles, respectivement superprovisionnelles, les requérantes ont invoqué le fait que les requérantes nn. 1 – 3 ne peuvent accéder au marché au moment souhaité comme la loi le leur autorise et que, partant, elles doivent s'acquitter d'un tarif de l'énergie trop élevé. En ce qui concerne la requérante n. 4, elle subit une perte financière dans la mesure où elle n'a pas de repreneur pour l'énergie déjà acquise pour approvisionner les requérantes nn. 1 – 3. Les requérantes font valoir des préjudices d'ordre financier. Elles se prévalent de l'ATF 127 II 132 qui reconnaît que le préjudice difficilement réparable peut également être d'ordre financier.
- 28 Dans sa prise de position du 21 janvier 2013 (act. 10), la requise ne se prononce pas expressément sur la question du préjudice difficilement réparable. Elle soulève toutefois que tant la requérante n. 4 qu'elle-même ont dû acheter de l'énergie pour approvisionner les requérantes, si bien que l'une et l'autre s'exposent à un dommage à l'issue de la procédure (cf. chiffre marginal 11).



- 29 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.
- 30 En effet, la loi sur l'approvisionnement en électricité vise notamment à assurer un marché de l'électricité axé sur la concurrence (article 1, alinéa 1, LApEI). Elle prévoit donc que l'EiCom 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., 1545). 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.
- 31 Il apparaît donc, au vu de ce qui précède, que le critère du préjudice difficilement réparable est rempli en l'espèce. En effet, refuser l'accès au réseau des requérantes n'a pas uniquement des conséquences financières, mais entrave encore la création de conditions propres à assurer un marché de l'électricité axé sur la concurrence.

3.3 Urgence

- 32 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). La possibilité d'un règlement financier ultérieur entre les parties semble contredire le critère de l'urgence. Toutefois, il a été démontré au considérant précédent (consid. 3.2), que, dans le cas d'espèce, le préjudice n'est pas uniquement financier mais qu'il concerne également l'accès au réseau comme condition propre à assurer un marché de l'électricité axé sur la concurrence.
- 33 Dans leur mémoire du 18/20 décembre 2012 (act. 1 et 4), les requérantes arguent que le critère de l'urgence est rempli du fait que les changements de fournisseurs ont été convenus pour le 1^{er} janvier 2013. Dès lors, l'accord de la requise et la mise en place des compteurs nécessaires doit intervenir avant cette date.
- 34 Dans sa prise de position du 21 janvier 2013 (act. 10), la requise ne se prononce pas expressément sur la question de l'urgence. Elle estime toutefois qu'une entrée au marché est possible chaque début d'année par le dépôt d'une annonce dans le délai réglementaire du 31 octobre de l'année précédente. Elle soulève en outre qu'une entrée au marché n'est envisageable que l'année qui suit la démonstration par comptage officiel que la consommation annuelle du consommateur final concerné dépasse les 100 MWh par site de consommation (chiffre marginal 11).
- 35 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, OApEI) et les requérantes ne savent que depuis le 6 décembre 2012 que la requise leur refuse l'accès au réseau. Les parties ont ensuite entamé des négociations. Une mesure superprovisionnelle a d'ores et déjà été ordonnée par décision du 21 décembre 2012 (act. 5). Le critère de l'urgence est donc également rempli en l'espèce. L'EiCom précise cependant qu'un éventuel refus de l'accès au réseau doit intervenir dans un délai plus court en application analo-



gique de l'article 13, alinéa 2, LApEI. Par conséquent, les consommateurs finaux devraient aussi, en règle générale, s'adresser plus tôt à l'ElCom s'ils veulent s'assurer l'accès au réseau à titre provisionnel (question de l'intérêt digne de protection).

3.4 Proportionnalité

- 36 La protection juridique provisionnelle ne peut être accordée que si l'évaluation 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.
- 37 Dans leur mémoire du 18/20 décembre 2012 (act. 1 et 4), les requérantes arguent que l'obligation d'accorder l'accès au réseau aux requérantes nn. 1 – 3 à partir du 1^{er} janvier 2013 à 00.00 h. ainsi que la pose des compteurs à courbe de charge aux points de soutirage listés constituent des mesures aptes à garantir le but visé, à savoir permettre aux requérantes nn. 1 – 3 de s'approvisionner en énergie auprès de la requérante n. 4 dès 2013. En outre, elles sont nécessaires car la requise n'a fourni aucune autorisation d'accès au marché, ni pris aucune mesure technique de relevé, ce qui entraîne un retard important non-justifiable pour l'accès aux réseaux des requérantes.
- 38 Dans sa prise de position du 21 janvier 2013 (act. 10), la requise ne se prononce pas expressément sur la question de la proportionnalité. Elle conteste toutefois l'éligibilité des requérantes nn. 1 – 3 et soulève que tant la requérante n. 4 qu'elle-même ont provisionné l'énergie prévue pour approvisionner les requérantes nn. 1 – 3, ce qui sous-entend que la décision en mesures provisionnelles créerait un préjudice difficilement réparable.
- 39 Conformément au principe de la proportionnalité, les mesures provisionnelles doivent être adaptées aux circonstances de l'espèce : il s'agit de préférer la mesure qui préserve au mieux les intérêts des parties et donc, entre plusieurs solutions possibles, de choisir la moins incisive. Le juge doit peser les intérêts en présence et tenir compte de la gravité du préjudice qu'occasionnerait l'admission d'une requête injustifiée (TF, arrêt du 13 octobre 2008, 4A_371/2008, consid. 2.1.1). En d'autres termes, le principe de la proportionnalité se compose des règles d'aptitude (1) – qui exige que le moyen choisi soit propre à atteindre le but fixé – de nécessité (2) – qui impose qu'entre plusieurs moyens adaptés, on choisisse celui qui porte l'atteinte la moins grave aux intérêts en présence – et de proportionnalité au sens étroit (3) – qui suppose une mise en balance des intérêts en présence.
- 40 Dans le cas d'espèce, obliger un GRD à accorder à titre provisionnel le droit d'accès au réseau à plusieurs de ses consommateurs finaux éligibles l'ayant requis est propre à atteindre le but visé, à savoir empêcher la réalisation d'un préjudice difficilement réparable en créant les conditions propres à assurer un marché de l'électricité axé sur la concurrence au sens de l'article 1, alinéa 1, LApEI et à éviter un préjudice d'ordre financier. En outre, en présence d'un monopole naturel pour l'exploitation du réseau, il n'existe pas d'alternative à l'octroi de l'accès au réseau des consommateurs finaux éligibles qui le requiert pour atteindre ce but. Enfin, les différents intérêts d'ordre privé qui s'opposent en l'espèce doivent être pesés. Cette pesée des intérêts est liée au pronostic de la décision. Etant donné que le pronostic au fond est favorable pour les requérantes nn. 1 – 2 (cf. consid. 3.5), leur intérêt à accéder au réseau à partir du 1^{er} janvier 2013 prime sur l'intérêt de la requise à continuer de les livrer au titre de l'approvisionnement de base. Les mesures provisionnelles y relatives respectent donc le principe de proportionnalité.



3.5 Pronostic de la décision

3.5.1 Généralités

- 41 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).
- 42 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).
- 43 La requise ne saurait être suivie lorsqu'elle refuse l'accès au réseau au motif que les requérantes ne sont pas équipées de compteurs appropriés qui lui permettent notamment de déterminer la consommation réelle de chaque consommateur final indépendamment les uns des autres (act. 10 et 17 et chiffre marginal 15). En effet, *premièrement*, l'article 11, alinéa 3, OApEI dispose que, si un consommateur final ayant une consommation annuelle estimée à au moins 100 MWh doit être nouvellement raccordé au réseau de distribution, il indique au gestionnaire du réseau deux mois avant la mise en service de son raccordement s'il entend faire usage de son droit d'accès au réseau. Ainsi, il découle de ce qui précède que le législateur a envisagé un accès au réseau fondé sur une estimation. Une telle estimation doit également être admise lorsque le consommateur final n'est pas nouvellement raccordé au réseau mais qu'il ne dispose pas de compteur individuel. *Deuxièmement*, l'article 8, alinéa 1, OApEI prévoit que les gestionnaires de réseau répondent du système de mesure et des processus d'information. En conséquence, il ne tient qu'à la requise d'installer les compteurs nécessaires permettant un comptage individuel des requérantes ayant requis l'accès au réseau. *Enfin*, il y a lieu de rappeler ici que l'article 8, alinéa 5, OApEI dispose que tous les consommateurs finaux qui font valoir leur droit d'accès au réseau doivent être équipés d'un dispositif de mesure de la courbe de charge avec transmission automatique des données. Ils supportent les frais d'acquisition de cet équipement ainsi que les frais récurrents.
- 44 Un examen sommaire des documents disponibles à l'ElCom montre que les requérantes nn. 1 – 3 ont adressé leurs demandes d'accès au réseau à temps à la requise (par lettres du 12 octobre 2012 pour la requérante n. 1 [act. 1, annexe 11], du 2 octobre 2012 pour la requérante n. 2 [act. 1, annexe 12] et du 26 octobre 2012 pour la requérante n. 3 [act. 1, annexe 13]). La requise ne le conteste pas.
- 45 D'ailleurs, l'article 13, alinéa 2, LApEI dispose que l'accès au réseau peut être refusé, motivation écrite à l'appui, dans les dix jours ouvrables qui suivent le dépôt de la demande si le gestionnaire de réseau démontre que l'une des conditions listées sous lettres a – d est remplie. Quelle que soit la nature de ce délai, il y a lieu de souligner à titre préalable que le gestionnaire de réseau a un intérêt évident à le tenir afin d'éviter la survenance d'un dommage qu'il pourrait être amené à réparer ultérieurement.
- 46 Pour déterminer la nature du délai fixé par une norme, il y a lieu d'analyser la disposition qui le prévoit ainsi que les effets qu'elle attache à l'inobservation du délai (ATF 125 V 262, consid. 5a, p. 263 et références citées). Dans le cas particulier, il n'y a pas d'indice découlant des analyses littérale et historique de l'article 13, alinéa 2, LApEI qui laisse à penser que le législateur a souhaité que, après les dix jours ouvrables, le gestionnaire de réseau n'a plus le droit de refuser l'accès au réseau. En outre, le gestionnaire de réseau ne dispose pas d'une faculté de refuser l'accès au réseau si, par exemple, la



condition de la lettre a est remplie, mais bien d'une obligation de le refuser. En effet, les gestionnaires de réseau ne peuvent pas accorder l'accès au réseau lorsque celui-ci est à même de compromettre l'exploitation sûre, performante et efficace du réseau (cf. article 8, alinéa 1, lettre a, LApEI). La question de savoir si le non-respect du délai de dix jours dont il est question à l'article 13, alinéa 2, LApEI pourrait entraîner automatiquement l'accès au réseau du consommateur final concerné sera traitée dans la procédure au fond. Cependant, ce délai doit être respecté.

- 47 Il reste à analyser si les requérantes nn. 1 – 3 disposent d'une consommation finale suffisante par site de consommation pour se prévaloir de son droit d'accès au réseau.

3.5.2 Requérante n. 1

- 48 La documentation montre de manière plausible que la consommation annuelle de la requérante n. 1 est supérieure à 100 MWh (act. 1, annexes 18 et 19). En effet, pour la période courant de novembre 2011 à octobre 2012, la consommation mesurée à la place de mesure CH10882012345000000000000000047353 se situait aux alentours de 800 MWh. Or, pour la même période, la consommation annuelle du local sous-loué à B SA, mesurée à la même place de mesure, est estimée entre 3 et 52 MWh environ. Ainsi, même si le local sous-loué à B SA est utilisé par un consommateur final économiquement indépendant de la requérante n. 1, la consommation annuelle de cette dernière est largement supérieure à 100 MWh. En outre, quand bien même la requise, dans sa prise de position du 21 janvier 2013 (act. 10), remet en doute l'estimation de consommation de la requérante n. 1 fondée sur la déduction de la consommation de sa sous-locataire estimée sur la base des charges dont elle est redevable à la requérante n. 1 en vertu du contrat de bail, elle ne propose pas d'estimation différente. De plus, le fait que la consommation de la sous-locataire est peut-être amenée à augmenter à l'avenir n'est pas pertinent pour la résolution du cas, puisque cette consommation pourra, le cas échéant, être établie au moyen d'un nouveau compteur (cf. chiffre marginal 43). En outre, l'augmentation de la consommation de la sous-locataire ne signifie pas encore que la consommation de la requérante n. 1 diminuera. Affirmer qu'il n'y a pas de corrélation entre les charges facturées par la requérante n. 1 à sa sous-locataire et la consommation réelle ne tient pas compte de la réalité économique. En outre, même en retenant l'estimation la plus prudente de la requérante n. 1 selon laquelle l'ensemble des charges facturées concernent la fourniture d'électricité, la consommation finale de la requérante n. 1 reste supérieure de près de huit fois à la limite supérieure permettant de faire usage de son droit d'accès au réseau. Il est dès lors vraisemblable que la requérante dispose de la consommation suffisante pour accéder au réseau. Le pronostic au fond étant favorable, l'intérêt de la requérante n. 1 à accéder au réseau à partir du 1^{er} janvier 2013 prime sur l'intérêt de la requise à continuer d'avoir le droit de fournir à la requérante n. 1 l'énergie relevant de l'approvisionnement de base.
- 49 En bref, la requise est sommée à titre provisionnel d'accorder dès le 1^{er} janvier 2013 l'accès au réseau à la requise n. 1 pour la place de mesure numéro CH10882012345000000000000000047353.



3.5.3 Requérante n. 2

- 50 La documentation montre de manière plausible que la consommation annuelle de la requérante n. 2 est également supérieure à 100 MWh (act. 1, annexes 21 à 35). En effet, pour la période courant de novembre 2011 à octobre 2012, la consommation mesurée à la place de mesure CH10882012345000000000000000101809 s'élève 487.177 MWh. Or, pour la même période, les requérantes estiment, pièces à l'appui, que la consommation annuelle des sous-locataires – dont la consommation est également mesurée à cette place de mesure et qui disposent en outre de compteurs privés propres – est de 95.761 MWh. Ainsi, la consommation annuelle de la requérante peut être estimée à 391.416 MWh. En outre, quand bien même la requise, dans sa prise de position du 21 janvier 2013 (act. 10), remet en doute l'estimation de consommation de la requérante n. 2 basée sur la déduction de la somme de la consommation des locataires mesurée au moyen de compteurs privés, elle ne propose pas d'estimation différente. De plus, la consommation finale estimée de la requérante n. 2 reste supérieure de près de quatre fois à la limite inférieure permettant de faire usage de son droit d'accès au réseau. Une telle proportion permet encore de couvrir une marge de sécurité largement suffisante. Il est dès lors vraisemblable que la requérante dispose de la consommation nécessaire pour accéder au réseau. Etant donné que le pronostic au fond est favorable, l'intérêt de la requérante n. 2 à accéder au réseau à partir du 1^{er} janvier 2013 prime sur l'intérêt de la requise à continuer d'avoir le droit de fournir à la requérante n. 2 l'énergie relevant de l'approvisionnement de base. Afin que la consommation propre individuelle de la requérante n. 2 ainsi que sa propre courbe de charges puissent être établies à partir du 1^{er} janvier 2013, la requise est sommée d'installer le dispositif de mesure de la courbe de charge nécessaire à cette fin, comme l'article 8, alinéas 1 et 5, OApEI le lui en fait l'obligation et de prendre toutes les mesures nécessaires à l'installation de celui-ci (voir également chiffre marginal 43).
- 51 En bref, la requise est sommée à titre provisionnel d'accorder dès le 1^{er} janvier 2013 l'accès au réseau à la requérante n. 2 pour la place de mesure numéro CH10882012345000000000000000101809 et d'installer un dispositif de mesure de la courbe de charge à la rue des Amandiers 2 à Neuchâtel permettant de mesurer la consommation propre individuelle de Coloral SA et d'établir sa propre courbe de charge.

3.5.4 Requérante n. 3

- 52 La situation concernant les places de mesure de la requérante n. 3 demeure peu claire malgré le dépôt du mémoire de requête complémentaire du 22 janvier 2013 (act. 11). La requérante n. 3 à la présente procédure est la société Medos International Sàrl. Les factures pour la place de mesure CH10882012345000000000000000058287 au Chemin Blanc 36 au Locle sont cependant adressées à Medos Sàrl. Cette place de mesure sert aussi à approvisionner en électricité d'autres entreprises que la requérante n. 3. Or, à en croire la documentation, ces entreprises ne disposent pas de compteurs propres. La situation se présente de manière similaire pour les places de mesure CH10882012345000000000000000010276 à la rue du Girardet ainsi que CH10882012345000000000000000071042 à la rue du Puits-Godet 24 au Locle. La requérante n. 3 ne reçoit elle-même pas d'énergie à ces places de mesure. Les factures pour ces deux places de mesure sont adressées à Medos Sàrl. Ces places de mesure servent aussi à approvisionner en électricité plusieurs entreprises.
- 53 A teneur de l'article 6, alinéa 2, LApEI, sont considérés comme consommateurs captifs les ménages et les autres consommateurs finaux qui consomment annuellement moins de 100 MWh par site de consommation. L'article 11, alinéa 1, 3e phrase, OApEI précise que le site de consommation est le lieu d'activité d'un consommateur final qui constitue une unité économique et géographique et qui



présente sa propre consommation annuelle effective, indépendamment du nombre de ses points d'injection et de soutirage.

- 54 L'unité économique existe pour une entreprise dotée de ses propres structures juridiques (personnalité juridique). La simple association de différentes entreprises en vue d'acheter de l'électricité ne suffit pas (ElCom, décision du 9 juillet 2009 concernant l'acquisition d'électricité par le propriétaire d'installations de peu d'étendue destinées à la distribution fine afin de la revendre à ses locataires, consid. 9, p. 15, et références citées en particulier le Rapport explicatif sur le projet du 27 juin 2007 soumis à la consultation concernant l'ordonnance sur l'approvisionnement en électricité, commentaire ad article 4, p. 8, téléchargeables sous www.elcom.admin.ch → Documentation → Décisions → Par Date → Décisions 2009, pour le premier, et sous www.elcom.admin.ch → Lois et dispositions d'exécution → Suisse, pour le second ; tous deux consultés le 13 février 2013).
- 55 La question de savoir si différentes sociétés distinctes disposant de la personnalité morale mais appartenant au même groupe, respectivement à la même holding, constituent une unité économique au sens de la législation sur l'approvisionnement en électricité est une question de principe qui doit être tranchée dans la procédure au fond.
- 56 Etant donné que la facture d'électricité pour les places de mesure du chemin Blanc 36, de la rue du Girardet 29 et de la rue du Puits-Godet 24 n'est pas adressée à la requérante n. 3, il n'est pas clairement établi quelle entreprise est considérée comme consommatrice finale ayant éventuellement droit à l'accès au réseau conformément à l'article 11, alinéa 1, OApEl. Cette question devra être élucidée dans la procédure principale. Etant donné ce flou, l'état actuel doit être provisoirement maintenu et l'accès au réseau ne doit pas être accordé en attendant à la requérante n. 3 pour les places de mesure CH1088201234500000000000000058287, CH1088201234500000000000000010276 et CH10882012345000000000000000071042.
- 57 En bref, il est impossible de porter un pronostic favorable sur l'issue de cette conclusion à ce stade de la procédure. En conséquence, la demande d'adoption de mesures provisionnelles concernant la requérante n. 3 est rejetée.

4 Retrait de l'effet suspensif

- 58 En vertu de la loi, le recours contre une décision a en principe un effet suspensif (article 55, alinéa 1, PA). Sauf si la décision porte sur une prestation pécuniaire, l'autorité inférieure peut y prévoir qu'un recours éventuel n'aura pas d'effet suspensif (article 55, alinéa 2 *i.i.*, PA). La décision porte en l'occurrence sur l'accès au réseau et non pas sur une prestation pécuniaire. En effet, refuser l'accès au réseau des requérantes n'a pas uniquement des conséquences financières, mais entrave encore la création de conditions propres à assurer un marché de l'électricité axé sur la concurrence.
- 59 De plus, le retrait de l'effet suspensif suppose la présence en l'espèce de motifs probants justifiant le déploiement immédiat des effets de la décision. Ces motifs peuvent découler d'intérêts publics ou privés (KIENER REGINA, in: *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren*, AUER/MÜLLER/SCHINDLER [éditeurs], Zurich, Saint-Gall 2008, n. 15 ad article 55). Les requérantes ont un intérêt à obtenir l'accès au réseau à partir du 1^{er} janvier 2013 et non pas seulement au terme d'une longue procédure (de recours). D'éventuels recours n'ont donc pas d'effet suspensif.

5 Emoluments

- 60 Les émoluments de la présente décision sont joints au fond.



III Dispositif

Sur la base de ces considérants et en confirmation de ses mesures superprovisionnelles, l'ElCom prononce :

1. Viteos SA est sommée à titre provisionnel d'accorder, dès le 1^{er} janvier 2013 et jusqu'à nouvel avis, l'accès au réseau à CMT Rickenbach SA pour la place de mesure numéro CH108820123450000000000000047353.
2. Viteos SA est sommée à titre provisionnel d'accorder, dès le 1^{er} janvier 2013 et jusqu'à nouvel avis, l'accès au réseau à Coloral SA pour la place de mesure numéro CH1088201234500000000000000101809.
3. Viteos SA est sommée à titre provisionnel d'installer un dispositif de mesure de la courbe de charge à la rue des Amandiers 2 à Neuchâtel permettant de mesurer la consommation propre individuelle de Coloral SA et d'établir sa propre courbe de charge.
4. La conclusion en adoption de mesures provisionnelles de Medos International Sàrl tendant à obtenir dès le 1^{er} janvier 2013 l'accès au réseau pour les places de mesure numéros CH108820123450000000000000058287, CH108820123450000000000000010276 et CH1088201234500000000000000071042 est rejetée.
5. Un éventuel recours contre la présente décision n'a pas d'effet suspensif.
6. Les émoluments de la présente décision sont joints au fond.
7. La présente décision est notifiée aux parties par lettre recommandée.

Berne, le 14 février 2013

Commission fédérale de l'électricité ElCom

Carlo Schmid-Sutter
Président

Renato Tami
Directeur ElCom

Envoi:



à notifier par lettre recommandée à :

- CMT Rickenbach SA, Boulevard de la Liberté 59-61, 2300 La Chaux-de-Fonds ;
- Coloral SA, Rue du Beauregard 24, 2000 Neuchâtel ;
- Medos International Sàrl, Chemin Blanc 38, 2400 Le Locle ;
- Groupe E SA, Rte de Morat 135, 1763 Granges-Paccot ;

toutes quatre représentées par M^e Allen Fuchs, docteur en droit et/ou M^e Mirjam Kummer, licenciée en droit, Badertscher Rechtsanwälte AG, Mühlebachstrasse 32, case postale 769, 8024 Zurich ;

- Viteos SA, Service de l'électricité, Rue du Collège 30, case postale 1465, 2301 La Chaux-de-Fonds.



IV Indication des voies de droit

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.