



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Commission fédérale de l'électricité ElCom

Nos références: 233-00011 (anc. 922-12-021)

Berne, le 17 octobre 2013

DECISION PARTIELLE

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 : **Medos International Sàrl**, Chemin Blanc 38, 2400 Le Locle

(la requérante n. 3)

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

(la requérante n. 4)

toutes deux représentées par M^e Allen Fuchs, docteur 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

représentée par M^e Daniel C. Burkhardt, avocat au barreau de Genève,
10, Rue de la Croix d'Or, 1204 Genève

(la requise)

concernant l'accès au réseau de la requérante n. 3.

Commission fédérale de l'électricité ElCom
Effingerstrasse 39, CH-3003 Berne
Tél. +41 31 322 58 33, Fax +41 31 322 02 22
info@elcom.admin.ch
www.elcom.admin.ch



Table des matières

I	Exposé des faits	4
II	Considérants	15
1	Compétence	15
2	Parties.....	15
3	Décision partielle	16
4	Adoption d'une directive et réparation en dommages – intérêts	16
5	Représentation	17
5.1	Faits pertinents	17
5.2	Conditions et effets de la représentation	17
5.2.1	Existences des pouvoirs de représentation.....	18
5.2.2	Action au nom du représenté.....	18
5.3	Conclusion intermédiaire	19
6	Conditions d'accès au réseau	19
6.1	Généralités.....	19
6.2	Consommation annuelle d'au moins 100 MWh	20
6.2.1	Points litigieux	20
6.2.2	Base réglementaire.....	20
6.2.3	Site de consommation	21
6.2.3.1	Généralités	21
6.2.3.2	Lieu d'activité qui présente sa propre consommation effective.....	21
6.2.3.3	Unité économique.....	22
6.2.3.3.1	Contexte	22
6.2.3.3.2	Généralités	22
6.2.3.3.3	Entre les sociétés du groupe M	23
6.2.3.3.4	Entre les sociétés du groupe M, d'une part et A GmbH, d'autre part.....	25
6.2.3.4	Unité géographique	25
6.2.4	Consommation annuelle pertinente	26
6.2.4.1	Points litigieux.....	26
6.2.4.2	Marche à suivre pour se prononcer sur l'accès au réseau en l'absence de données de comptage	26
6.2.5	En l'espèce	27



6.3	Absence de soutirage d'électricité sur la base d'un contrat écrit de fourniture individuel	28
6.4	Communication d'accès au réseau antérieure au 31 octobre	28
6.5	Conclusion intermédiaire	29
7	Comptage des consommateurs finaux au marché.....	29
7.1	Points litigieux	29
7.2	Obligation d'installer des dispositifs de mesure de la courbe de charge avec transmission automatique des données.....	29
7.2.1	Principe	29
7.2.2	Cas particulier de l'accès en commun au réseau.....	30
7.3	Répartition des coûts de comptage	31
7.3.1	Mise en conformité des installations intérieures.....	31
7.3.2	Pose du dispositif de la courbe de charge et tarif de comptage.....	31
7.4	Situation de la requérante n. 3.....	31
8	Dépens	32
9	Emoluments.....	33
III	Dispositif.....	34
IV	Indication des voies de droit.....	38



I Exposé des faits

A.

- 1 Des divergences de vues concernant le droit à l'accès au réseau existent entre les requérantes nn. 3 – 4 et la requise.
- 2 Jusqu'à fin décembre 2012, la requérante n. 3 a 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 elle est raccordée (act. 1, annexes 11 – 13).

B.

- 3 Par lettre du 26 octobre 2012 (act. 1, annexe 13), la requérante n. 3 a demandé à la requise l'accès au réseau pour le 1^{er} janvier 2013 afin de s'approvisionner en électricité auprès de la requérante n. 4 pour trois lieux – qu'elle qualifie de sites – sis Chemin blanc 26 et Rue Girardet 29, à Le Locle, et Rue du Puits-Godet 24, à Neuchâtel.
- 4 Par lettre du 6 décembre 2012 adressée à la requérante n. 3 (act. 2, annexe 16c), la requise lui a refusé l'accès au réseau.

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. 3 – 4 ont saisi l'ElCom. Elles ont notamment conclu à ce que l'accès au réseau leur soit octroyé à titre provisionnel, respectivement superprovisionnel.
- 6 A l'appui de ses conclusions, la requérante n. 3 fait valoir en substance qu'elle a une propre consommation annuelle effective d'au moins 100 MWh pour chacun des sites de consommation pour lesquels elle requiert l'accès au réseau, si bien que ceux-ci sont éligibles, et ce quand bien même elle partage les raccordements au réseau concernés (places de mesure), soit avec d'autres consommateurs finaux tiers, soit avec d'autres sociétés appartenant au même groupe de sociétés. La requérante n. 3 calcule les volumes de consommation au moyen d'estimations prenant en compte l'énergie soutenue par les consommateurs finaux tiers raccordés aux mêmes places de mesure. Enfin, elle sollicite 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. 3 – 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'ElCom a notamment dénié l'accès au réseau à la requérante n. 3. Il n'a pas été fait usage des voies de droit contre cette décision, si bien qu'elle est entrée en force.



E.

- 9 Par courrier du 21 janvier 2013 (act. 10) faisant suite au courrier du Secrétariat technique de l'EICom du 21 décembre 2012 (act. 5), la requise a déposé une 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.
- 10 La requise expose sa position. Elle conteste notamment l'éligibilité des sites de consommation de la requérante n. 3. Pour elle, le consommateur souhaitant se prévaloir de l'accès au réseau doit être équipé de compteur individuel à courbe de charge. Sa propre consommation annuelle effective doit avoir été établie au moyen d'un tel compteur au moment du dépôt de sa requête d'éligibilité afin d'éviter toute ambiguïté sur les volumes fournis. Elle estime en outre qu'un consommateur final est éligible uniquement lorsqu'il a démontré, par comptage, que sa propre consommation annuelle effective est d'au moins 100 MWh. De plus, une telle démonstration serait impossible lorsque d'autres consommateurs finaux soutiennent de l'électricité du réseau au moyen du même compteur. Ainsi, une entrée au marché ne peut être envisagée que l'année qui suit cette démonstration. Les requérantes nn. 3 – 4 n'auraient pas produit une telle démonstration en l'espèce. Cela suppose le dépôt d'une nouvelle requête d'accès au réseau dans le délai réglementaire du 31 octobre. La requise soulève en outre que tant la requérante n. 4 qu'elle-même ont dû acheter de l'énergie pour approvisionner la requérante n. 3, si bien que l'une et l'autre s'exposent à un dommage à l'issue de la procédure. Enfin, pour elle, la notion d'unité économique implique que chaque personne juridique (société) constitue un client final distinct au sens de la législation sur l'approvisionnement en électricité.

F.

- 11 Dans leur mémoire non-sollicité du 22 janvier 2013 (act. 11), les requérantes nn. 3 – 4 exposent la structure du groupe M auquel appartient la requérante n. 3. Cette prise de position tend à démontrer que toutes les sociétés qui soutiennent de l'énergie au moyen du compteur de la requérante n. 3 remplissent, en fait, les conditions qui permettent de remplir le critère de l'unité économique au sens de l'article 11, de l'ordonnance sur l'approvisionnement en électricité du 14 mars 2008 (OApEI ; RS 734.71). L'argument principal repose sur le fait que toutes les sociétés impliquées se trouvent, *de facto*, sous une direction commune.

G.

- 12 Dans sa prise de position du 7 février 2013 (act. 17) faisant suite au courrier du Secrétariat technique de l'EICom du 24 janvier 2013 (act. 12), la requise s'est notamment prononcée sur le courrier recommandé du 31 janvier 2013 (act. 15) des requérantes. Elle soulève en substance que l'unité économique implique la personnalité morale. Ainsi, plusieurs personnes juridiques distinctes ne remplissent pas les conditions de l'unité économique et chacune d'entre elles constitue une cliente finale différente susceptible de se prévaloir individuellement de son droit d'accès au réseau. Pour elle, l'appartenance de celle-ci à un groupe de sociétés n'est pas pertinente, si bien que chacune d'entre elles doit satisfaire individuellement 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. Elle doit être réalisée avant la délivrance de ce droit par le gestionnaire de réseau.

H.

- 13 Par décision provisionnelle du 14 février 2013 (act. 19), l'EICom a confirmé sa décision superprovisionnelle du 21 décembre 2012 (act. 5), notamment en déniant l'accès au réseau à la requérante n. 3. Il n'a pas été fait usage des voies de droit contre cette décision, si bien qu'elle est entrée en force.



I.

- 14 Invité par courrier du Secrétariat technique de l'ElCom du 27 février 2013 (act. 19), les requérantes ont déposé une prise de position complémentaire en français et en allemand en date du 3 avril 2013 (act. 20). Alors que les conclusions nn. 1 – 2b. sont en tous points identiques à celles du 18 décembre 2012 (act. 1 et 4), les conclusions 3a ss ont été modifiées. Le texte en est intégralement reproduit ci-après :
- « 1a. La partie défenderesse est obligée d'octroyer à la partie requérante 1, respectivement à la partie requérante 4 l'accès au réseau pour la consommation propre de la première pour le numéro du point de mesure CH10882012345000000000000047353 à partir du 1^{er} janvier 2013 ;
- 1b. Il est laissé le choix à la partie défenderesse de décider d'installer ou non un compteur séparé pour le petit locataire de la partie requérante 1 ;
- 2a. La partie défenderesse est obligée d'octroyer à la partie requérante 2, respectivement à la partie requérante 4 l'accès au réseau pour la consommation propre de la première le numéro du point de mesure CH108820123450000000000000101809 à partir du 1^{er} janvier 2013 ;
- 2b. La partie défenderesse est obligée d'installer un compteur à courbe de charge à la Rue des Amandiers 2 pour la partie requérante 2, afin de mesurer directement la consommation propre de la partie requérante 2 ;
- 3a. La partie défenderesse est obligée d'octroyer à la partie requérante 3, respectivement à la partie requérante 4 l'accès au réseau pour la consommation propre de la première et les autres filiales du Groupe M sur place (unité économique) pour le numéro du point de mesure CH10882012345000000000000058287 (Rue de Chemin Blanc 36) à partir du 1^{er} janvier 2013 ;
- 3b. La partie défenderesse est obligée d'octroyer à la partie requérante 3, respectivement à la partie requérante 4 l'accès au réseau pour la consommation propre de la première et les autres filiales du Groupe M sur place (unité économique) et A GmbH pour le numéro du point de mesure CH108820123450000000000000010276 (Rue du Girardet 29) à partir du 1^{er} janvier 2013 ;
- 3c. La partie défenderesse est obligée d'octroyer à la partie requérante 3, respectivement à la partie requérante 4 l'accès au réseau pour la consommation propre de la première et les autres filiales du Groupe M sur place (unité économique) pour le numéro du point de mesure CH108820123450000000000000071042 (Rue du Puits-Godet 24) à partir du 1^{er} janvier 2013 ;
4. Il y a lieu de constater que, dans le cadre des décisions de l'ElCom du 22 décembre 2012 et du 14 février 2013, l'accès au réseau pour les trois sites n'a à tort pas été d'octroyer par la partie défenderesse à la partie requérante 3, respectivement à la partie requérante 4 ;
5. Il y a lieu de noter que les parties requérantes 3 et 4, concernant le dommage causé selon le chiffre 4 ci-dessus, réservent le dépôt ultérieur d'une demande en dommages-intérêts ;
- Le tout avec suite de frais et dépens à la charge de la partie défenderesse. »
- 15 A l'appui de ses conclusions, la requérante n. 3 fait valoir en substance que la consommation annuelle par site de consommation permettant de faire usage du droit d'accès au réseau est atteinte et qu'il est légalement possible de la déterminer. Elle soulève par ailleurs que l'unité économique et géographique des sociétés présentes sur ses sites est donnée. La requérante n. 4 précise que le fait de ne pas avoir obtenu le droit d'approvisionner la requérante n. 3 à titre provisionnel dès janvier 2013 lui cause un dommage car elle a déjà acquis l'énergie nécessaire à cette approvisionnement. Elle est obligée de la revendre sur le marché à court terme et pour des volumes moindres. Inversement, la



requérante n. 3 doit acquérir de l'énergie auprès de la requise à des tarifs plus élevés que ceux proposés par la requérante n. 4.

J.

- 16 Invité par courrier du Secrétariat technique de l'ElCom du 9 avril 2013 (act. 21), la requise, par l'intermédiaire de son représentant M^e Daniel C. Burkhardt, avocat, a déposé une prise de position complémentaire par mémoire du 23 mai 2013 (act. 28). Les conclusions ayant été modifiées ultérieurement, leur texte intégral sera reproduit plus avant (cf. ch. marg. 23).
- 17 A l'appui de ses conclusions, la requise fait valoir en substance que la requérante n. 4 ne dispose pas des pouvoirs de représentation pour requérir l'accès au réseau au nom et pour le compte de la requérante n. 3. Elle conteste en outre avoir refusé tardivement l'accès au réseau, des questions supplémentaires ayant été posées. Elle avance également que les requêtes d'accès au réseau de la requérante n. 3 ne contenaient pas d'éléments permettant de déterminer le volume annuel – avéré ou estimé – de consommation. Elle conteste également la notion d'unité économique des différentes sociétés du groupe M. A son sens, en ce qui concerne l'application de l'article 11, alinéa 2, OApEl, et contrairement à ce qu'a décidé l'ElCom dans ses décisions superprovisionnelle et provisionnelle, il y a lieu de distinguer les consommateurs finaux déjà raccordés au réseau des autres consommateurs finaux. La requise précise ensuite que chaque site concerné était équipé de compteurs à courbe de charge avant le 31 octobre 2012. Elle soulève également que le délai de 2 mois de l'article 11, alinéa 2, OApEl est difficile à tenir au vu de ses disponibilités en personnel au regard de l'ampleur des tâches à effectuer à cette période de l'année et consécutives à l'entrée en vigueur de la législation fédérale sur l'approvisionnement en électricité. Elle conteste ainsi avoir adopté un comportement emprunt de mauvaise volonté constitutif de formalisme excessif. La requise ne se trouverait pas non plus dans une situation dans laquelle elle refuse un accès au réseau en violation des conditions fixées à l'article 13, alinéa 2, de la loi sur l'approvisionnement en électricité du 23 mars 2007 (LApEl ; RS 734.7), son refus intervenant en amont de cette disposition légale, à savoir au niveau de l'application de l'article 11, alinéas 1 et 2, OApEl déjà. Enfin, elle conteste les dommages prétendument subis par les requérantes. En effet, selon elle, la requérante n. 4 étant responsable de groupe-bilan, elle a pu aisément revendre le volume d'énergie dont elle disposait en trop et n'aurait ainsi pas subi de dommage. De plus, elle s'estime, si l'on se replace au moment des faits pertinents, avoir été en droit de refuser l'accès au réseau de la requérante n. 3, ce qui enlèverait toute notion de dommage au préjudice des requérantes nn. 3 – 4. En effet, elle n'aurait alors pas disposé de tous les éléments de fait pertinents.
- 18 La requise demande en outre à ce que l'ElCom précise, par voie de directive, que les candidats à l'accès au réseau soient tenus de formuler leur demande de manière complète et exploitable pour que le GRD puisse se déterminer rapidement et mettre en œuvre en temps voulu les mesures d'adaptation technique nécessaires. Ainsi, elle demande la clarification de plusieurs points concernant la procédure d'accès au réseau dans la décision au fond ou par voie de directive. Pour elle, il est essentiel que les demandes d'accès au réseau soient accompagnées, dans le délai réglementaire, de toutes les annexes nécessaires au GRD pour établir les faits permettant de trancher la question de l'accès au réseau. Elle se prévaut notamment de l'article 8, CC. Elle soulève aussi la question de savoir qui supporte les coûts de mise aux normes des installations. Pour elle, ces travaux sont à la charge des requérantes et doivent être réalisés avant le 31 octobre de l'année qui précède l'entrée sur le marché. Enfin, la requise conteste l'application de la disposition pénale de l'article 29, alinéa 1, lettre e, LApEl réprimant le fait de refuser l'accès au réseau.



K.

- 19 Invité par courrier du Secrétariat technique de l'ElCom du 30 mai 2013 (act. 29), les requérantes nn. 3 – 4, par l'intermédiaire de leur représentant, ont déposé une prise de position complémentaire par mémoire du 10 juillet 2013 (act. 32). Elles ont confirmé leurs conclusions déposées par mémoire du 3 avril 2013 (ch. marg. 14), toutefois en modifiant deux d'entre elles dont le texte modifié n'est pas reproduit ici dans la mesure où il ne concerne pas les requérantes nn. 3 – 4.
- 20 Elles ont également déposé les conclusions supplémentaires suivantes :
- « 6. Dire et constater que les modifications de l'installation de la Requérante 2 ont été réalisées par elle-même, à sa propre initiative et que la Défenderesse n'a jamais demandé la modification, bien que cela était de son devoir ;
7. de rejeter les conclusions de la Défenderesse ad 3a, 3b, 3c, 4 et 5 ;
8. de rejeter la conclusion de la Défenderesse ad I et II, dans la mesure où il n'y a pas de besoin d'installer d'autres compteurs à courbe de charge sur le site de la Requérante 1 et que la Défenderesse a déjà installé un compteur à courbe de charge individuel pour la Requérante 2 ;
9. de constater que les Requérantes 1 et 2 n'ont jamais contesté le fait de devoir payer les frais justifiés pour l'installation et l'exploitation d'un compteur à courbe de charge individualisant leur propre consommation et que la Défenderesse ne peut pas les obliger à installer de nouveaux compteurs en lieu et place de celui déjà installé par la Défenderesse (pour la Requérante 1, cf. ég. Conclusion 1b) ;
10. de rejeter toutes les 9 conclusions de la Défenderesse faites ad III et de constater, qu'il n'y a pas d'intérêt à rendre une décision sur des questions théoriques ;
11. de rejeter les demandes de la Défenderesse ad IV, V et VI.
- Le tout sous suite de frais et dépens à la charge de la partie défenderesse. »
- 21 A l'appui de leurs conclusions, les requérantes n. 3 – 4 font valoir en substance que les formulaires de communication d'accès au réseau sont signés par des personnes disposant du pouvoir d'engager les consommateurs finaux concernés. Que ces documents aient été transmis par des collaborateurs de la requérante n. 4 sans droit de signature ne change donc rien à leur validité. Elles maintiennent que la requise n'a pas communiqué les informations nécessaires en temps voulu, notamment en ce qui concerne ses exigences d'adaptation des installations concernées. Les requérantes nn. 3 – 4 contestent également avoir une obligation de prouver leur consommation à la requise, celle-ci devant lui être connu, et ce, en sa qualité de GRD responsable de relever les compteurs. Elles exposent ensuite en quoi, à leurs yeux, les différentes sociétés du groupe M constituent une unité économique et expliquent que la requérante n. 4 représente A GmbH. Pour les requérantes nn. 3 – 4 en effet, la requise aurait dû demander les éléments complémentaires nécessaires et les explications y relatives dans le délai réglementaire de 10 jours ouvrables. Le comportement inverse adopté par la requise porte à présumer que celle-ci allait accepter la demande d'accès au réseau. Les requérantes nn. 3 – 4 estiment qu'un comptage individuel n'est pas nécessaire à l'accès au réseau. En effet, la démarche applicable aux nouveaux consommateurs finaux, à savoir une estimation de consommation au sens de l'article 11, alinéa 3, OApEl, doit également être applicable aux anciens consommateurs finaux ne disposant pas de compteurs individuels. La requérante n. 3 confirme par ailleurs qu'elle n'a que légèrement modifié ses dispositifs de comptage, sur base privée et sur un seul des trois ensembles industriels concernés, afin de démontrer que la consommation des sociétés du groupe M prises globalement, d'une part, et celle de A GmbH, d'autre part, dépassent le seuil de consommation permettant d'accéder au réseau. Elle n'aurait toutefois pas procédé à une séparation du comptage par société



présente sur l'ensemble industriel. Ainsi, la requise estime que la requérante n. 3 est la seule à soutenir de l'électricité pour ce site. Elle en assume donc également l'approvisionnement des communs. Les requérantes nn. 3 – 4 reconnaissent certes qu'il aurait été possible, d'un point de vue opérationnel, d'installer les dispositifs de comptage nécessaires dans les deux mois réglementaires. Elles précisent toutefois qu'exiger une séparation par société serait disproportionné en ce qui les concerne, et ce notamment en raison de la taille importante des parties communes et du caractère évolutif des espaces dédiés à l'une ou l'autre de ces sociétés. La requérante n. 3 présente ensuite ses schémas électriques et les modifications nécessaires chiffrées. Elle estime que le seul motif de refus d'accès au réseau opposé par la requise consiste en fait en la volonté de celle-ci de la maintenir, une année de plus, en approvisionnement de base. La requérante n. 4 conteste ensuite l'avantage qui résiderait en la faculté de revendre son surplus d'énergie sans difficulté et qui découlerait de la gestion du groupe-bilan qui lui incombe. En effet, même en gérant un groupe-bilan, il faut revendre l'énergie qui n'a pu être écoulée par le biais d'un contrat initialement prévu. Enfin, les requérantes nn. 3 – 4 constatent qu'aucune base légale n'impose le dépôt de preuve de consommation ou d'unité économique avant l'échéance du délai de communication d'accès au réseau. Ainsi, la requise aurait dû demander les preuves nécessaires immédiatement après le dépôt de la communication, si des doutes persistaient.

- 22 Ensuite, la requérante n. 3 fait valoir notamment que les formulaires d'accès au réseau sont valablement signés par des personnes disposant des pouvoirs permettant d'engager sa société. Ainsi, les collaborateurs de la requérante n. 4 ne sont que des intermédiaires qui n'ont pas besoin de pouvoirs de représentation particuliers, l'accès au réseau ayant été requis par la requérante n. 3. Les requérantes nn. 3 – 4 insistent sur le fait qu'il n'est pas nécessaire légalement de faire les communications d'accès au réseau avant le 31 octobre. En outre, cela n'est pas souhaitable pour des raisons de stratégie commerciale. De plus, les communications déposées contenaient toutes les informations exigées par la législation. Le gestionnaire de réseau qui souhaite plus d'informations ou de preuves doit les demander immédiatement après réception des communications d'accès au réseau, sous peine d'être forclos : la requise aurait agi trop tard en l'espèce. Ensuite, la requérante n. 3 cherche une nouvelle fois à établir son unité économique en la qualifiant de fait notoire. Elle se prévaut également de la procuration qui la lie avec A GmbH (act. 32, ch. marg. 46, lequel renvoie à act. 1, annexe 13 et act. 2, annexe 52). Elle argue également qu'elle est en droit de se prévaloir de la procédure d'estimation applicable aux consommateurs finaux nouvellement raccordés au réseau pour ce qui est de la détermination de sa faculté d'accéder au réseau. Pour elle, la requise n'ayant pas installé de dispositif de comptage, elle est de mauvaise foi lorsqu'elle lui dénie l'accès au réseau, faute de données de comptage. En outre, le principe de l'égalité de traitement interdit de faire une distinction entre les consommateurs finaux nouvellement raccordés au réseau et les autres. Les requérants nn. 3 – 4 reprochent également à la requise d'avoir ainsi fait preuve de formalisme excessif en ne demandant pas les informations complémentaires nécessaires d'office et plus tôt. Elles soutiennent aussi qu'une éventuelle directive de l'EICom ne pourrait avoir que des effets pour l'avenir. Elles ajoutent que le délai de 10 jours pour refuser l'accès au réseau découle de l'article 13, LApEI appliqué par analogie. La requérante n. 3 expose ensuite les travaux nécessaires à la mise en conformité de ses installations, ensemble industriel par ensemble industriel. Jusqu'à présent, elle n'a entrepris que des travaux secondaires sur un seul des trois ensembles industriels concernés. Ceux-ci tendent à prouver que la consommation des sociétés du groupe M prises globalement, d'une part, et de A GmbH, d'autre part, est d'au moins 100 MWh par an. Enfin, les requérantes nn. 3 – 4 expliquent que la modification des installations intérieures incombe au propriétaire de l'immeuble. Pour elles, le gestionnaire de réseau n'a pas le droit d'exiger que des consommateurs finaux à l'approvisionnement de base soient regroupés derrière un seul et unique compteur : chaque consommateur final qui le requiert a droit à un compteur individuel.



L.

23 Par mémoire du 9 août 2013 (act. 36) faisant suite au courrier du Secrétariat technique de l'EICOM du 16 juillet 2013 (act. 33), la requise a déposé une prise de position complémentaire. Elle confirme ses conclusions déposées par mémoire du 23 mai 2013 (act. 28, ch. marg. 16), toutefois en le complétant et en procédant à des adaptations de texte dans beaucoup d'entre elles, si bien que le texte intégral des conclusions est reproduit ci-après :

« Principalement :

Sur conclusions des Requérantes du 10 juillet 2013 :

Ad 1a : Donner acte à Viteos SA qu'elle s'en remet à la décision au fond de l'EICOM ;

Ad 1b : (**conclusion modifiée**) Dire et constater qu'il est répondu à la demande de la Requise du 14 novembre 2012 et que le compteur 33332 dans le bâtiment au 61, Boulevard de la liberté à la Chaux-de-Fonds est attribué par la Requérante 1 au locataire Y ;

Ad 2a : (**conclusion modifiée**) Donner acte à Viteos SA qu'elle s'en remet à la décision au fond de l'EICOM ;

Dire et constater qu'au 2, rue des Amandiers à Neuchâtel, il s'agit du compteur n° 800458 et du point de mesure n°CH10882012345000000000000097670.

Ad 2b : (**conclusion modifiée**) Dire et constater qu'il est répondu à la demande de la Requise du 26 octobre 2012 et que l'installation a été modifiée par la Requérante 2.

Dire et constater qu'au 2, rue des Amandiers à Neuchâtel, il s'agit du compteur n° 800458 et du point de mesure n°CH10882012345000000000000097670.

Ad 3a : Débouter les Requérantes 3 et 4 de leurs conclusions ;

Ad 3b : Débouter les Requérantes 3 et 4 de leurs conclusions ;

Ad 3c : Débouter les Requérantes 3 et 4 de leurs conclusions ;

Ad 4 : Débouter les Requérantes 3 et 4 de leurs conclusions ;

Ad 5 : Débouter les Requérantes 3 et 4 de leurs conclusions ;

Ad 6 : Débouter la Requérante 2 de ses conclusions ;

Ad 7 : Débouter les Requérantes 1 à 4 de leurs conclusions ;

Ad 8 : Débouter les Requérantes 1 et 2 de leurs conclusions ;

Ad 9 : Débouter les Requérantes 1 et 2 de leurs conclusions ;

Ad 10 : Débouter les Requérantes 1 à 4 de leurs conclusions ;

Ad 11 : Débouter les Requérantes 1 à 4 de leurs conclusions ;

Avec suite de frais et dépens à la charge des Requérantes 1 à 4.

Sur conclusions (modifiées ou augmentées) de Viteos SA :

I. Donner acte à Viteos SA du fait que les Requérantes 1 et 2 ont donné suite en 2013 à ses demandes des 14 novembre 2012 et 26 octobre 2012 ;

II. Dire et constater que la Requérante 2 a modifié ses places de mesures en 2013 à ses frais ;



- III. Réglementer, vu l'art. 22 al. 1 LApEI et l'échéance périodique de l'art. 11 al. 2 OApEI, dans la zone de desserte de Viteos SA et dans le groupe-bilan de Groupe E, les aspects juridiques, processuels et opérationnels d'accès au réseau suivants :
1. Dire que le candidat à l'accès au réseau doit faire sa demande en personne, par des personnes inscrites au registre du commerce ou, en cas de représentation par un tiers, en produisant le pouvoir écrit confié à ce tiers, lui-même légitimé par des personnes inscrites au registre du commerce ;
 2. Dire que le candidat à l'accès au réseau qui s'en prévaut doit démontrer au gestionnaire de réseau qu'il forme une unité économique et géographique ;
 3. Dire que le candidat à l'accès au réseau doit produire dans le cas ci-dessus une attestation écrite de son organe de révision de groupe ou une *Legal Opinion* d'un cabinet d'avocats indépendant attestant de l'existence d'une unité économique et géographique au sens de l'art 11 al. 1 OApEI ;
 4. **(nouvelle)** Enjoindre aux candidats à l'accès au réseau et aux fournisseurs d'émettre et de remplir les formulaires techniques liés aux offres commerciales et aux contrats de fournitures conformes à la réalité des installations, notamment s'agissant des compteurs à courbe de charge déjà installés, des compteurs à télé-relevé, des liaisons permanentes mises à disposition du GRD, de l'éligibilité et de l'adéquation des points de mesures aux exigences du marché ouvert ;
 5. **(nouvelle)** Enjoindre au nouveau fournisseur d'instruire le candidat à l'accès au réseau qu'il incombe à ce dernier d'annoncer dès que possible au GRD son intention d'accéder au marché ouvert, soit immédiatement après la signature du contrat de fourniture, aux fins de mise en conformité de ses installations de mesures ;
 6. Dire que le candidat à l'accès au réseau déjà raccordé doit démontrer dans sa demande d'accès que sa consommation propre est de plus de 100 MWh/an, que cette démonstration doit être aisément vérifiable par le GRD au moyen des instruments de mesures que le candidat aura fait installer à ses frais ;
 7. Dire qu'il incombe au candidat à l'accès au réseau déjà raccordé de disposer de son propre compteur séparé, installé à ses frais, au plus tard le 31 octobre de l'année où il dépose sa demande d'accès au réseau ;
 8. **(modifiée)** Dire que le candidat à l'accès au réseau selon l'art. 11 al. 1 et 2 OApEI, auquel est rattaché un consommateur final tiers dans ses locaux, avec lequel il ne forme pas une unité économique, doit dans sa demande d'accès au réseau désigner nommément ce tiers, préciser sa consommation et le n° du compteur qui la calcule, que ce tiers soit éligible ou non ;
 9. **(nouvelle)** Dire que le candidat à l'accès au réseau qui, nonobstant la demande du GRD de séparer ses installations de celle d'un autre consommateur final sur un même site s'y refuse sans motif légitime ou sans offrir de solution contractuelle et comptable avec cet autre consommateur final, peut se voir refuser ou retirer l'accès au réseau ;
 10. Dire que les consommateurs finals sur le même site qui demeurent sous le régime de l'approvisionnement de base doivent au moins être regroupés sous un même compteur ;
 11. Dire, à partir de quel nombre d'entités présentes sur un même site de consommation, respectivement quel seuil de consommation, naît l'obligation d'installer de nouveaux appareils de mesures ;



12. Dire que le candidat à l'accès au réseau doit s'engager, au plus tard dans sa demande d'accès au réseau à assumer les frais de mise en conformité de ses installations, à donner le libre accès à ses locaux et à désigner une personne de contact au GRD ;

13. **(nouvelle)** Dire que le candidat à l'accès au réseau qui obtient l'accès sur la base d'informations erronées s'expose à devoir réparer le dommage causé.

IV. Débouter les requérantes 1 à 4 de toutes autres conclusions.

V. Mettre les frais et dépens à la charge des Requérantes 1 à 4.

Subsidiairement :

VI. Enjoindre aux Requérantes 3 et 4 de déposer auprès de Viteos SA au plus tard le 31 octobre 2013 une demande d'accès au réseau conforme à la forme et au fond pour se voir accorder l'accès au réseau au 1^{er} janvier 2014.

24 A l'appui de ses conclusions, la requise développe son argumentation et fait valoir en substance les éléments nouveaux suivants. Premièrement, la procuration autorisant la requérante n. 4 à agir au nom et pour le compte de la requérante n. 3 (act. 1, annexe 4) est postérieure à sa requête d'accès au réseau, la requise ne pouvait dès lors pas en avoir connaissance au moment où elle a refusé l'accès au réseau. La requise insiste ensuite sur le fait que la requérante n. 4 ne saurait être qualifiée de simple messagère dans le cadre de la procédure d'accès au réseau dans la mesure où elle cumule plusieurs fonctions, dont celle de nouveau fournisseur. La requise estime encore que l'absence de recours de sa part contre les décisions superprovisionnelle et provisionnelle est sans importance sur l'issue de la procédure au fond. Elle rappelle qu'on ne peut pas exiger d'elle qu'elle connaisse la structure complexe du groupe M et, partant, qu'elle en déduise que la communication du 26 octobre 2012 (act. 1, annexe 13) ait une amplitude telle que celle dont se prévalent les requérantes nn. 3 – 4. Elle souligne en outre qu'elle n'avait pas à inférer des circonstances que la requérante n. 3 représentait 9 sociétés, avec, en plus, l'adjonction d'une société externe au groupe M (A GmbH), et ce d'autant plus que les procurations ont été produites pour la première fois les 19 décembre 2012 et 16 janvier 2013, soit bien après le délai du 31 octobre 2012. Rien ne laissait en outre présumer de l'existence de tels pouvoirs de représentation. La requise insiste également sur le fait que A GmbH devait déposer sa propre requête d'accès au réseau, et ce même si elle souhaitait bénéficier de la même offre au marché que la requérante n. 3. La requise précise ensuite l'un de ses arguments déjà soulevé en ajoutant que, pour réaliser la séparation entre consommateurs finaux dont elle se prévaut, il ne s'agit pas de tout séparer les infrastructures électriques, mais uniquement celles qui desservent des éléments propres à une société en particulier. Elle ajoute que la consommation des communs peut continuer d'être assumée par le propriétaire de l'immeuble, à charge pour celui-ci de la reporter à ses locataires au travers des charges, comme il est usuel de procéder dans les immeubles locatifs. La requise se penche ensuite sur la question de la représentation et précise que les annexes de 2008, antérieures à la libéralisation du marché de l'électricité en Suisse, sont obsolètes et ne sauraient être assimilées à des procurations éclairées et réalisées en vue du dépôt d'une requête d'accès au réseau. En outre et selon elle, les procurations de décembre 2012 et janvier 2013 semblent avoir été produites pour guérir le vice d'absence de pouvoir de représentation : elles ne seraient donc pas valables, puisqu'elles n'existaient pas encore au moment de la requête d'accès au réseau en octobre 2012. Pour la requise, les obligations de participation du client éligible au processus d'accès au réseau doivent être qualifiées d'incombances. L'une d'entre elle réside dans l'obligation faite au consommateur final qui envisage d'accéder au réseau d'en informer son GRD suffisamment tôt pour permettre la réalisation des adaptations rendues nécessaires, le fournisseur et les conditions de fourniture pouvant rester confidentielles et conditionnelles jusqu'au 31 octobre. Ensuite, la requise estime que le fait que la requérante n. 3 ait toujours payé les factures électriques de A GmbH n'est pas constitutif d'un rapport de



représentation, tout au plus est-il révélateur de l'existence d'un bail commercial. La requise conteste l'unité économique des différentes sociétés présentes sur le site, constatant au passage que certaines sociétés sont même mentionnées pour la première fois en décembre 2012 seulement. Elle requiert également l'adoption de dispositions qui réglementent l'accès au réseau car le principe de subsidiarité fonctionne mal en l'espèce, en raison des intérêts divergents des différents acteurs du marché. Elle constate que tant les droits français, allemand, qu'autrichien réglementent cette question, mettant par là en lumière la nécessité d'adopter de telles dispositions en Suisse également. Elle analyse les différentes conditions d'accès au réseau exigées par ces législations, soulignant qu'elles en fixent les modalités en détail. Pour elle, le candidat à l'éligibilité doit déposer un dossier complet qui détaille ses installations et instaurer un dialogue préalable avec le GRD. Pour le reste, l'argumentaire complète les prises de position déjà déposées et y renvoie.

M.

- 25 Par mémoire non-sollicité du 27 août 2013 (act. 38), les requérantes nn. 3 – 4, ont déposé une prise de position complémentaire. Elles confirment leurs conclusions déposées par mémoire du 10 juillet 2013 (act. 32, ch. marg. 19), toutefois en en modifiant une dont le texte n'est pas reproduit ici dans la mesure où il ne concerne pas les requérantes nn. 3 – 4.
- 26 A l'appui de leurs conclusions, les requérantes nn. 3 – 4 développent et précisent leur argumentation. Elles font valoir en substance qu'il n'existe pas de raison de réglementer les devoirs découlant de l'article 8, OApEI pour l'avenir. Elles insistent sur le fait que la requérante n. 4 ne revêt pas le rôle de représentant pour la requête d'accès au réseau, mais qu'elles ont bel et bien requis l'accès au réseau directement. Elles soulèvent également que le groupe M a toujours agit en tant qu'unité économique. Il ne s'agit ainsi pas d'accepter des regroupements artificiels de clients souhaitant accéder au marché (groupage de client ou *pooling*), mais bien de partir de la configuration prévalant au moment du raccordement des clients concernés et de ne pas les défavoriser lorsqu'ils souhaitent accéder au réseau. Ensuite, les requérantes nn. 3 – 4 précisent que, en 2012, A GmbH a été représentée par la requérante n. 3, ce qui n'a alors pas été contesté par la requise. Ainsi, la procuration produite le 19 décembre de la même année n'a en fait que formalisé cette représentation préexistante. La requérante n. 3 précise que les courriers de 2008 se réfèrent à la consommation totale des sociétés présentes sur les trois ensembles industriels concernés, et non seulement à la sienne additionnée de celle de Mh Sàrl. Elle souligne encore que la requise connaissait l'unité économique sous-jacente à l'organisation du groupe M, ce qui l'a amené à considérer de bonne foi qu'elle n'avait pas à démontrer ce fait lors du dépôt de sa requête d'accès au réseau. La requise n'aurait d'ailleurs contesté ce fait que tardivement, se contentant initialement de demander l'installation d'un compteur par entreprise. Les requérantes nn. 3 – 4 précisent ensuite que, ni le groupe M, ni A GmbH ne sont propriétaires du bâtiment sis à la Rue Girardet, si bien que la seconde n'est pas la locataire de la première. Les requérantes nn. 3 – 4 se réservent également le droit de faire valoir des dommages-intérêts. Pour la requérante n. 3, A GmbH a clairement exprimé sa volonté d'accéder au réseau et la requérante n. 3 est en droit de demander cet accès au réseau sur la base d'un contrat de coopération. Enfin, les requérantes ajoutent que le fait que d'autres acteurs du marché n'aient pas contesté l'attitude de la requise est sans pertinence sur l'issue de la cause.



N.

- 27 Par mémoire non-sollicité du 2 septembre 2013 (act. 40), la requise a également déposé une prise de position complémentaire. Elle confirme sa conclusion ad 1b, p. 2 et précise qu'elle est à considérer à la lumière de sa conclusion III ch. 8, p. 5. Elle conteste tous les allégés contraires.
- 28 A l'appui de ses conclusions, la requise développe et précise son argumentation. Elle fait valoir en substance que, par courriers des 26 octobre et 14 novembre 2012 adressés à la requérante n. 4 (act. 28, annexes 7 et 8) elle exposait déjà qu'une modification des installations au niveau du comptage était nécessaire. Elle souligne en outre que la requérante n. 4 devait connaître de telles obligations. La requise maintient qu'il est nécessaire de fixer des incompatibilités et de bonnes pratiques en matière d'accès au réseau. Elle soulève que la structure du groupe M n'est pas évidente à comprendre, si bien qu'il n'y a pas lieu d'admettre que la requise la connaissait par avance. La requise réitère sa conclusion III, ch. 9 du 9 août 2013 par laquelle « elle propose une solution proportionnelle et propre à atteindre le but : "offrir une solution contractuelle et comptable". Cela peut être une déclaration commune des consommateurs concernés sur le site, dûment contresignée par eux, communiquée au GRD. ». Enfin, la requise estime que l'EICOM verra un intérêt à connaître la situation des autres partenaires de la requise.

O.

- 29 Par décision partielle 19 septembre 2013 (act. 42), l'EICOM a notamment octroyé l'accès au réseau pour les sites de consommation des requérantes nn. 1 et 2 faisant l'objet de la présente procédure. Elle a également clos la procédure à leur encontre. Le délai de recours n'est pas échu, si bien que la décision n'est pas encore entrée en force.

P.

- 30 Il sera revenu ci-après autant que nécessaires sur les éléments de faits.



II Considérants

1 Compétence

- 31 La Commission fédérale de l'électricité (ElCom) rend les décisions nécessaires à l'exécution de la LApEI et de ses dispositions d'exécution (article 22, alinéa 1, LApEI). En vertu de l'article 22, alinéa 2, lettre a, LApEI, l'ElCom est notamment compétente pour statuer, en cas de litige, sur l'accès au réseau ainsi que sur les conditions d'utilisation du réseau.
- 32 La procédure est menée à l'encontre de Viteos SA, en sa qualité de GRD, sur requête de Medos International Sàrl, en sa qualité de consommatrice finale souhaitant faire usage de son droit d'accès au réseau pour elle-même et au nom et pour le compte d'autres sociétés. Elle est elle-même représentée par Groupe E SA, en sa qualité de fournisseur choisi. Les requérantes nn. 3 – 4 se prévalent de leur droit d'accès au réseau. Les parties en litige soulèvent des arguments qui relèvent des conditions d'utilisation du réseau (comptage, etc.). La compétence de l'ElCom est donc donnée en l'espèce.

2 Parties

- 33 Sont admises comme parties au sens de l'article 6, de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA ; RS 172.021) 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*, 3^e éd., Berne 2011, 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.
- 34 En l'espèce, la requise revêt la qualité de GRD de la zone de desserte à laquelle est raccordée la requérante n. 3. Elle est également son fournisseur historique en électricité. La requérante n. 4, est le nouveau fournisseur d'électricité choisi par la requérante n. 3 pour l'approvisionner en électricité (act. 1, annexes 11 – 13 et act. 6, annexes 14 – 16). La procédure porte sur la question de savoir si la requérante 3 est éligible et, par conséquent, qui de la requérante n. 4 ou de la requise est autorisée à la livrer en électricité. Le tarif de l'électricité dû par la requérante n. 3 variera suivant le fournisseur chargé les approvisionner en électricité. Ainsi, tant les requérantes nn. 3 – 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.
- 35 L'ElCom ayant prononcé la clôture de la procédure à l'encontre des requérantes nn. 1 – 2 par décision partielle du 19 septembre 2013 (ElCom, décision partielle du 19 septembre 2013, 233-00011 [anc. 922-12-021], ch. 7 du dispositif, p. 27), celles-ci ne sont plus parties à la procédure.



3 Décision partielle

- 36 Dans le cadre de sa compétence l'EICom peut rendre des décisions partielles en tenant compte des principes d'économie de procédure et de sécurité du droit. Dans le cas d'espèce, une première décision partielle a été rendue en date du 19 septembre 2013. Elle avait pour objet l'accès au réseau des sites de consommation des requérantes nn. 1 – 2 et a clos la procédure à leur encontre. Elle prévoyait notamment que les griefs concernant les sites de consommation de la requérante n. 3 feraient l'objet d'une décision ultérieure. La présente décision partielle traite ainsi des questions laissées ouvertes dans la précédente décision partielle, à savoir les conclusions relatives aux sites de consommation de la requérante n. 3. Elle clôt ainsi la procédure.

4 Adoption d'une directive et réparation en dommages – intérêts

- 37 Les griefs de la requise tendant à ce que l'EICom réglemente les aspects juridiques, processuels et opérationnels d'accès au réseau (ch. marg. 16 et act. 28, conclusion III) sont irrecevables. En effet, ils présentent un caractère général et abstrait qui ne leur permet pas un traitement par voie de décision. De plus, l'EICom, saisie d'un litige qui oppose plusieurs parties, ne peut que trancher la question par voie de décision. Lorsque des problèmes surviennent à plusieurs reprises et supposent un règlement abstrait, il lui arrive d'édicter une directive qui codifie sa pratique. Les parties en litige ne peuvent toutefois pas demander l'adoption d'une directive (voir notamment le mémoire de la requise, act. 28, pp. 19, 20, 21, 23, 24, passages en gras), si bien que l'EICom ne traitera pas de ce grief. Ces questions seront traitées au fond dans le cadre de la présente décision dans la mesure où elles concernent concrètement le litige dont l'EICom est saisie.
- 38 Dans ce cadre, la requise conclut notamment, dans son mémoire du 9 août 2013 (act. 36, cf. ch. marg. 23 s.), à ce qu'il soit dit que le candidat à l'accès au réseau qui obtient l'accès sur la base d'informations erronées s'expose à devoir réparer le dommage causé. Cette conclusion est elle aussi abstraite et non-chiffrée de sorte que l'EICom n'entre pas en matière sur les griefs émis en ce sens (dans la mesure où l'EICom s'avérerait compétente en la matière). En effet, les conclusions doivent être concrètes et il revient à la partie qui se prévaut d'un dommage de l'établir et de le chiffrer (EICom, décision partielle du 19 septembre 2013, 233-00011 [anc. 922-12-021], consid. 4, p. 16).
- 39 Enfin, les requérantes nn. 3 – 4 concluent notamment, dans leur mémoire du 3 avril 2013 (act. 20, cf. ch. marg. 14 s.), à ce que l'EICom constate que « dans le cadre des décisions de l'EICom du 22 décembre 2012 et du 14 février 2013, l'accès au réseau pour les trois sites n'a tort pas été d'octroyer par la partie défenderesse à la partie requérante 3, respectivement à la partie requérante 4 ». Elles font notamment valoir à l'appui de leur conclusion que, l'accès au réseau n'ayant pas pu être réalisé au 1^{er} janvier 2013, elles auraient subi un dommage considérable. Ainsi, la requérante n. 3 n'aurait pas pu recevoir l'énergie commandée auprès de la requérante n. 4 et aurait dû se la procurer auprès de la requise à un tarif plus élevé. Parallèlement, la requérante n. 4 aurait dû revendre l'énergie acquise pour la requérante n. 3 sur le marché à court terme et pour des volumes moindres (act. 20, ch. marg. 15).
- 40 L'accès au réseau ayant été octroyé dès le 1^{er} janvier 2013 (cf. consid. II6.5 et ch. 3, 4 et 6 du dispositif), l'EICom ne voit pas en quoi les requérantes nn. 3 – 4 disposeraient d'un intérêt légitime à ce qu'il soit constaté que la requise n'a, à tort, pas octroyé au requérantes nn. 3 – 4 l'accès au réseau pour les trois sites de la partie requérante n. 3 dont il est question aux ch. 3, 4 et 6 du dispositif. Les requérantes nn. 3 – 4 ne l'établissent pas non plus. Ainsi, l'EICom n'entre pas en matière sur cette conclusion.



5 Représentation

5.1 Faits pertinents

- 41 Par courrier du 26 octobre 2012 adressé à la requise (act. 1, annexe 13), la requérante n. 4 lui a fait parvenir trois formulaires d'exercice du droit d'accès au réseau datés du 22 octobre 2012 et signés par des personnes physiques autorisées à engager la requérante n. 3 ainsi que chacune des sociétés appartenant au même groupe présentes sur chaque ensemble industriel concerné. Un formulaire est établi par ensemble industriel, à savoir Rue Girardet 29 et Chemin Blanc 36, tous deux à Le Locle, et Rue du Puits-Godet 24, à Neuchâtel. Chacun de ces formulaires porte un timbre humide portant, en grands caractères, la raison sociale de la requérante n. 3, et, en plus petits caractères, l'adjonction « *a M company* ». Il n'est toutefois mentionné nulle part que la requête d'accès au réseau intervientrait « au nom et pour le compte » de ce groupe de sociétés, de C Holding AG, de M Holding GmbH ou des autres sociétés du groupe présentes sur les ensembles industriels concernés. Jusqu'alors et selon les pièces versées au dossier, pour chacun des trois ensembles industriels de la requérante n. 3, la requise a principalement entretenu des contacts commerciaux avec une seule société tierce appartenant au même groupe, à savoir Mb Sàrl (voir notamment la destinataire des factures, act. 1, annexes 42, 44 et 49 ; pour l'appartenance au même groupe, voir notamment act. 11, annexes 61 – 71 pour les participations et la structure du groupe, et act. 20, en particulier annexe 72, pour la structure locale du groupe). Aucune procuration n'a été jointe aux requêtes d'accès au réseau. Les procurations ont été produites la première fois à l'EICOM dans le cadre de la procédure. La première, datée du 12 décembre 2012, autorise, avec faculté de substitution en faveur d'une étude d'avocat, la requérante n. 4 à agir au nom et pour le compte de la requérante n. 3 dans le cadre de la procédure à entreprendre auprès de l'EICOM (act. 1, annexe 4). Les autres procurations autorisent, avec effet rétroactif (« atteste avoir mandaté »), la requérante n. 3 à représenter diverses sociétés dans le cadre de la conclusion d'un contrat de fourniture d'électricité sur le libre marché et reconnaît que la demande d'accès au réseau faite par la requérante n. 3 vaut également pour eux (act. 11, annexes 53 – 60 du 16 janvier 2013 pour les sociétés du groupe M et act. 2, annexe 52 du 19 décembre 2012 pour A GmbH). Ces procurations couvrent l'ensemble des sociétés déployant une activité sur les ensembles industriels de la requérante (voir le schéma des requérantes ; act. 11, annexes 61 – 71). Il ne ressort pas du dossier que d'autres sociétés que celles précédentes soutireraient également de l'électricité sur les ensembles industriels dont il est question. La requise ne le démontre pas.

5.2 Conditions et effets de la représentation

- 42 Les droits et les obligations dérivant d'un contrat fait au nom d'une autre personne par un représentant autorisé passent au représenté (article 32, alinéa 1, CO).
- 43 Une personne morale n'agit que pour son propre compte. Il est nécessaire qu'elle confère des pouvoirs de représentation à un tiers pour que celui-ci puisse valablement l'engager (cf. également TERCIER PIERRE, *Le droit des obligations*, 4^e édition, Zurich 2009, ci-après : TERCIER, ch. 377). Les pouvoirs de représentation sont conférés aux conditions suivantes : le représentant agit au nom du représenté (1) et il est autorisé en vertu de pouvoirs qui lui ont été données (2).



5.2.1 Existences des pouvoirs de représentation

- 44 Dans le cas d'espèce, il découle des procurations rétroactives de janvier 2013 (act. 11, annexes 53 – 60 du 16 janvier 2013 pour les sociétés du groupe M, et act. 2, annexe 52 du 19 décembre 2012 pour A GmbH) que la requérante n. 3 disposait des pouvoirs de représentation au moment où elle a requis l'accès au réseau, si bien que la seconde condition de l'article 32, alinéa 1, CO est remplie en l'espèce. Il reste donc à se pencher sur la première, à savoir l'action au nom du représenté.

5.2.2 Action au nom du représenté

- 45 Certes il ne ressort pas de la documentation produite que la requérante n. 3 ait requis l'accès au réseau « au nom et pour le compte » des autres sociétés présentes sur les ensembles industriels concernés. Toutefois, à teneur de l'article 32, alinéa 2, 1^{ère} hypothèse, CO, « lorsque au moment de la conclusion du contrat le représentant ne s'est pas fait connaître comme tel, le représenté ne devient directement créancier ou débiteur que si celui avec lequel il contracte devait inférer des circonstances qu'il existait un rapport de représentation ». Ce cas de figure est connu en doctrine sous le nom de « manifestation tacite de volonté ». Il y a manifestation tacite de volonté lorsque le représenté fait connaître cette qualité implicitement. Il suffit pour cela que le tiers puisse l'inférer des circonstances comme le rappelle l'article 32, alinéa 2, LApEI (TERCIER, ch. 399). A titre d'exemple, citons le vendeur d'une grande surface ou l'employé au guichet d'une banque. En effet, dans un tel cas, il y a lieu d'inférer des circonstances de lieu et du type d'activité déployée que les collaborateurs représentent la grande surface, respectivement la banque (cf. GAUCH PETER / SCHLUEP WALTER R. *et al.*, *Schweizerisches Obligationenrecht : allgemeiner Teil : ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 9^e édition, Zurich 2008, ch. marg. 1331, p. 305).
- 46 Dans le cas d'espèce, l'on peut inférer des circonstances que la requérante n. 3 se trouvait dans une situation de manifestation tacite de volonté de représentation des différentes sociétés présentes sur les trois ensembles industriels concernés par ses requêtes d'accès au réseau, que celles-ci appartiennent au groupe M ou non. En effet, premièrement et au vu des courriers adressés par la requérante n. 3 à la requise en 2008 (act. 32, annexe 78), celle-ci devait inférer des circonstances qu'un rapport de représentation existait entre la requérante n. 3 et les différentes sociétés impliquées présentes sur les ensembles industriels concernés. Suivant les domaines de l'approvisionnement en électricité concernés, la requérante n. 3 (énergie), et Mb Sàrl (rémunération pour l'utilisation du réseau), y sont en effet présentées comme les représentantes de toutes les entreprises du groupe M dans le canton de Neuchâtel. De plus, l'adjonction « *a M company* » sur le timbre humide apposé sur le formulaire d'exercice du droit d'accès au réseau (act. 1, annexe 13) permet d'identifier le groupe auquel appartiennent les sociétés. En outre, la présence d'un groupe de l'importance de M dans la zone de desserte de la requise doit lui être connu, quand bien-même elle n'en connaît pas la structure exacte. La requise était dès lors en mesure, soit de rechercher les organes compétents pour engager ce groupe de sociétés, soit de s'adresser directement à sa partenaire commerciale usuelle, Mb Sàrl, pour obtenir des précisions quant à la portée de la requête d'accès au réseau en terme de sociétés impliquées, respectivement d'exiger la production de procurations. Par ailleurs, la requérante n. 3 ne déploie pas du tout d'activité sur les ensembles industriels sis Rue du Puits-Godet 24, à Neuchâtel et Rue Girardet 29, à Le Locle. C'est tout de même elle qui a déposé les requêtes d'éligibilité pour ces ensembles industriels, tout comme pour le troisième sis Chemin Blanc 36, à Le Locle. La requise devait en conclure que les différentes sociétés déployant une activité sur ces ensembles industriels étaient liées par un rapport de représentation par manifestation tacite de volonté. De plus, le fait que la requête indiquait des points de mesure précis comprenant également d'autres sociétés créa une apparence de représentation. En effet, l'un de ces points de mesure permettait notamment le souti-
rage d'une société externe au groupe M, A GmbH, et deux d'entre eux, dont celui permettant le souti-



rage d'une société externe au groupe M, n'alimentait même pas la requérante n. 3. Ce comportement est celui d'un représentant. La requise aurait dû le comprendre ainsi. Si elle estimait ce comportement comme ambigu et donnant un signal peu clair, la requise aurait alors dû exiger les procurations qu'elle estimait nécessaires à la clarification des relations juridiques. Enfin, concernant A GmbH, la requise a toujours admis implicitement que celle-ci soit représentée par Mb Sàrl, tolérant même jusqu'à aujourd'hui que le comptage – et par conséquent la facturation – soient centralisés en mains de celle-ci. Il est dès lors à tout le moins étonnant qu'elle objecte désormais de l'absence de pouvoir de représentation de la requérante n. 3 pour lui refuser l'accès au réseau sans même demander une clarification des pouvoirs de représentation par la production de procurations.

5.3 Conclusion intermédiaire

- 47 La requérante n. 3 a agi en son propre nom et en qualité de représentante des différentes sociétés du groupe M sises sur les différents ensembles industriels ainsi que de A GmbH lorsqu'elle a requis l'accès au réseau pour chaque ensemble industriel. Il y avait en effet lieu d'inférer des circonstances de l'existence de pouvoirs de représentation. Les circonstances qui entourent le dépôt de requêtes d'accès au réseau concernant des points de soutirage communs à plusieurs personnes morales, pour lesquelles la requise à jusqu'à présent principalement entretenue des contacts commerciaux avec une seule société tierce appartenant au même groupe, laissent en effet entrevoir une manifestation tacite de volonté. En cas de doute, la requise aurait à tout le moins dû demander les procurations qu'elle estimait nécessaires à la clarification des relations juridiques, ce qu'elle n'a pas fait.
- 48 Ainsi, force est de constater que les requêtes d'accès au réseau litigieuses déposées par la requérante n. 3 engagent chacune des sociétés impliquées. Dès lors, les droits et les obligations du dépôt de telles requêtes passent aux différentes sociétés impliquées, à savoir Mg Sàrl, Mh Sàrl et Mi Sàrl, pour l'ensemble industriel de la Rue du Puit-Godet 24, à Neuchâtel ; Ma Sàrl, Medos International Sàrl, Mb Sàrl, Mc Sàrl et Md Sàrl, pour l'ensemble industriel du Chemin blanc 36, à Le Locle ; et Mb Sàrl et Mf SA, pour l'ensemble industriel de la Rue Girardet 39, à Le Locle, ainsi que, pour ce dernier ensemble industriel, à A GmbH.

6 Conditions d'accès au réseau

6.1 Généralités

- 49 Alors que les articles 6, alinéas 2 et 6, LApEI et 11, alinéa 2, OApEI fixent les critères de définition des consommateurs finaux qui peuvent se prévaloir du droit d'accès au réseau (consommateurs finaux éligibles), l'article 13, alinéa 2, LApEI énumère, quant à lui, les motifs pour lesquels le gestionnaire de réseau peut, dans un second temps, refuser l'accès au réseau à un consommateur final éligible. Dans le cas d'espèce, les parties ne font pas valoir que l'un au moins des motifs de refus de l'article 13, alinéa 2, LApEI serait réalisé en l'espèce. Cela ne ressort pas non plus du dossier. Au contraire, le litige porte le caractère éligible ou non de la requérante n. 3 au sens des articles 6, alinéa 2, LApEI et 11, alinéa 2, OApEI.
- 50 Les gestionnaires de réseau sont tenus de garantir l'accès au réseau de manière non discriminatoire (article 13, alinéa 1, LApEI). L'accès au réseau se définit comme le droit d'utiliser le réseau afin d'acquérir de l'électricité auprès d'un fournisseur de son choix ou d'injecter de l'électricité (article 4, alinéa 1, lettre d, LApEI). Les consommateurs captifs ne bénéficient pas de l'accès au réseau visé à l'art. 13, al. 1 (article 6, alinéa 6, LApEI). L'article 6, alinéa 2, LApEI dispose que, 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 2, 1^{ère} phrase, OApEI



précise quant à lui que 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 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.

- 51 Ainsi, le consommateur éligible (c'est-à-dire celui qui n'est pas captif) qui souhaite se prévaloir de son droit d'accès au réseau doit avoir une consommation annuelle d'au moins 100 MWh (1), ne pas soutirer d'électricité sur la base d'un contrat écrit de fourniture individuel (2), et annoncer jusqu'au 31 octobre à son gestionnaire de réseau qu'il entend faire usage de son droit d'accès au réseau l'année suivante (3).
- 52 La législation ne prévoyant pas de forme particulière à l'exercice de son éligibilité, l'EICOM ne fait pas droit aux griefs de la requise portant sur les formulaires à remplir pour accéder au réseau (cf. notamment conclusion III / 4 du mémoire du 9 août 2013 [act. 36, ch. marg. 23] ; EICOM, décision partielle du 19 septembre 2013, 233-00011 [anc. 922-12-021], consid. 5.1, pp. 16 s.).
- 53 Chaque site de consommation éligible pour lui-même peut déposer une requête d'accès au réseau. L'accès au réseau n'étant ni un droit, ni un acte strictement personnel, il peut, par principe, être exécuté par un tiers sur la base d'une représentation (cf. également dans une autre formulation et concernant le principe général, TERCIER, ch. 393, p. 96) si les conditions sont remplies. Ainsi, une requête d'accès au réseau déposée par un représentant disposant des pouvoirs de représentation pour plusieurs sites de consommation éligibles identifiables est possible.

6.2 Consommation annuelle d'au moins 100 MWh

6.2.1 Points litigieux

- 54 L'un des points litigieux soulevé par les parties à la procédure porte sur la notion de consommation annuelle. Les griefs soulevés par les requérantes nn. 3 – 4 portent tant sur la question de savoir si la consommation se rapporte au site de consommation ou au compteur, qu'à la notion d'unité économique et géographique. La faculté pour un consommateur final existant ne disposant pas de compteur permettant d'établir sa propre consommation annuelle effective d'accéder au marché sur la base d'estimations est également contestée (argumentaire des requérantes nn. 3 – 4 : act. 1 et 4, ch. marg. 6 et act. 29, ch. marg. 21 s. ; argumentaire de la requise : act. 10, ch. marg. 10, act. 17, ch. marg. 12 et act. 28, ch. marg. 17 s. notamment).

6.2.2 Base réglementaire

- 55 La consommation annuelle des douze mois précédant le dernier relevé effectué est déterminante pour fixer le droit d'accès au réseau des consommateurs finaux. La consommation annuelle est la somme de l'énergie électrique qu'un consommateur final soutire ou produit lui-même par site de consommation et par année. 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 (article 11, alinéa 1, OApEI).



6.2.3 Site de consommation

6.2.3.1 Généralités

- 56 L'article 6, alinéa 2, LApEI définit *a contrario* les consommateurs finaux éligibles comme ceux qui consomment annuellement au moins 100 MWh par site de consommation. Cette disposition légale a en outre été précisée par l'article 11, alinéa 1, OApEI. Alors que la disposition légale mentionne déjà la notion de « site » et non pas de « compteur », la disposition réglementaire est encore plus explicite en prévoyant que le site doit présenter « sa propre consommation annuelle effective, indépendamment du nombre de ses points d'injection et de soutirage » (article 11, alinéa 1, 3^e phrase, *i.f.*, OApEI). Cette disposition suppose donc qu'un site (unité économique et géographique) peut, suivant la configuration du réseau, être raccordé au réseau par plusieurs points de soutirage, respectivement d'injection. Tel sera notamment le cas en présence de sites de grande taille, les plus fréquemment concernés par des requêtes d'accès au réseau. Or, le chiffre 1.3, alinéa 4, *i.i.*, du Metering Code Suisse, édition 2011 (MC – CH) dispose qu'il est indispensable d'effectuer des mesures de facturation aux points de fourniture et de soutirage du réseau (NB : la version allemande du MC ne contient pas la précision « de facturation »). En définissant le point de soutirage, respectivement d'injection comme le point du réseau où un appareil de mesure saisit et mesure ou enregistre le flux d'énergie injecté ou soutiré (point de mesure), l'article 2, alinéa 1, lettre c, OApEI reconnaît également implicitement cette nécessité de procéder à un comptage au niveau des points de soutirage. Ainsi, par principe, chaque point de soutirage du réseau d'un site de consommation doit être équipé d'un compteur. Nous reviendrons au considérant 7.2 ci-après sur le type de compteurs à installer.
- 57 En conséquence, si un site peut être raccordé au réseau par plusieurs point de soutirage et que chacun d'entre eux doit être équipé d'un compteur, force est donc de constater que la consommation pertinente qui doit être retenue pour l'accès au réseau ne doit pas être calculée par compteur, mais bien par site de consommation. Cette notion sera développée aux considérants suivants (EICom, décision partielle du 19 septembre 2013, 233-00011 [anc. 922-12-021], consid. 5.2.3.1, pp. 17 s.).

6.2.3.2 Lieu d'activité qui présente sa propre consommation effective

- 58 A teneur de l'article 11, alinéa 1, OApEI, le site de consommation est le lieu d'activité d'un consommateur final qui présente sa propre consommation annuelle effective. Est un consommateur final au sens de l'article 4, alinéa 1, lettre 2, 1^{ère} phrase, LApEI, le client achetant de l'électricité pour ses propres besoins.
- 59 Dans le cas d'espèce, il est établi que la requérante n. 3 ne déploie une activité propre que sur l'un des ensembles industriels pour lesquels elle fait valoir son éligibilité, à savoir au Chemin blanc 36 à Le Locle. Elle dispose toutefois des pouvoirs de représentation qui l'autorisent à introduire des requêtes d'accès au réseau pour les sociétés déployant leur activité sur les ensembles industriels concernés (consid. 5.3). Il y a dès lors lieu d'analyser si les autres conditions de l'unité économique et géographique sont remplies pour se prononcer sur la question de l'éligibilité des sites.



6.2.3.3 Unité économique

6.2.3.3.1 Contexte

60 La question de l'unité économique de la requérante n. 3 est contestée par la requise. En effet, cette dernière lui a refusé l'accès au réseau pour ses trois ensembles industriels (act. 10, act. 17 et act. 28 notamment). Elle a justifié son refus par le fait que les différentes sociétés appartenant à un groupe de sociétés ne répondent pas au critère de l'unité économique, spécialement lorsque la société qui se prévaut de son droit d'accès au réseau n'est pas le preneur de raccordement et qu'elle ne produit pas de procuration. La requise a également soulevé le fait qu'une société externe au groupe M auquel appartient la requérante n. 3, à savoir A GmbH, est également présente sur l'un des ensembles industriels de la requérante n. 3. Celle-ci partage intégralement les infrastructures électriques de la requérante n. 3 dans une configuration qui ne permet actuellement pas de séparation des consommations (act. 4, ch. marg. 43). Il y a dès lors lieu d'analyser la question de l'unité économique.

6.2.3.3.2 Généralités

- 61 A teneur de l'article 11, alinéa 1, 3^e phrase, OApEl, le site de consommation doit notamment constituer une unité économique.
- 62 Le législateur n'a pas donné de définition de la notion d'« unité économique », que l'on rencontre dans l'OApEl. Il s'agit d'une notion juridique indéterminée que la jurisprudence doit concrétiser (sur le sort des notions juridiques indéterminées, cf. ATF 133 III 493, consid. 1.1, pp. 494 s.). Elle appelle donc une interprétation.
- 63 L'unité économique existe pour une entreprise dotée de ses propres structures juridiques (personnalité juridique). L'association arbitraire de différentes entreprises en vue d'acheter de l'électricité ne suffit pas (Ordonnance sur l'approvisionnement en électricité, Rapport explicatif sur le projet du 27 juin 2007 soumis à la consultation, ci-après : Rapport explicatif OApEl, Commentaire ad article 4, alinéa 1, p. 8 ; voir également WEBER ROLF H. / KRATZ BRIGITTA, *Stromversorgungsrecht : Ergänzungsband Elektrizitätswirtschaftsrecht*, Berne 2009, ci-après : WEBER / KRATZ, § 4, ch. 46, pp. 48 s.).
- 64 En substance, la volonté du législateur était d'éviter que différents consommateurs finaux n'atteignant pas individuellement le palier de consommation d'au moins 100 MWh/an se regroupent pour acquérir ensemble de l'énergie au marché (interdiction du groupage de clients ou *pooling*) en contournant la limite de consommation. Cette condition a été introduite, d'une part, pour éviter que la réalisation du marché de l'électricité en deux étapes ne soit compromise par un accès trop large au marché et, d'autre part, pour éviter que des consommateurs finaux créent des situations compliquées d'accès au réseau difficiles à mettre en œuvre, et donc coûteuses pour les gestionnaires de réseau – et, au final, pour l'ensemble des consommateurs finaux (voir notamment BO 2006 N 1754 s., BO 2007 N 166).
- 65 En l'espèce se pose la question de savoir si différentes sociétés appartenant à un même groupe constituent une unité économique. Ni l'article 6, LApEl, ni l'article 11, OApEl, ni même les travaux législatifs sur la LApEl ne contiennent d'explications à ce sujet. Selon les passages précités du Rapport explicatif OApEl, l'unité économique existe toujours pour une entreprise dotée de sa propre personnalité juridique. Il n'est cependant pas exclu que différentes entreprises appartenant à un même groupe de sociétés constituent également une unité économique. Dans la mesure où les conditions-cadres mentionnées dans les travaux législatifs sont respectées – en particulier l'absence d'association arbitraire de différentes entreprises en vue d'acheter de l'électricité, c'est-à-dire l'interdiction du groupage de clients (*pooling*) – il n'y a pas de raison apparente – en l'espèce – d'interpréter de façon restrictive la notion d'unité économique. En effet, une telle interprétation res-



treindrait par trop le but visé par le législateur qui consiste en l'accès au réseau en vue de créer un marché de l'électricité axé sur la concurrence (article 1, alinéa 1, LApEl). Un groupe de sociétés constitue une unité économique quand bien même le groupe en tant que tel ne dispose pas de la personnalité juridique (VON BÜREN ROLAND, *Der Konzern, Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens*, 2. Auflage, Basel 2005, p. 88). Plusieurs sociétés appartenant à un même groupe de sociétés remplissent donc la condition de l'unité économique.

- 66 Le terme « groupe de sociétés » est utilisé à plusieurs endroits dans le CO. Il est notamment mentionné dans l'intitulé alémanique du chapitre V (« *Konzernrechnung* », « *comptes consolidés* ») du titre XXXII de la quatrième partie du CO auquel appartient l'article 963 CO.
- 67 A teneur de l'article 963, alinéa 2, CO, une personne morale est réputée contrôler une autre entreprise si elle satisfait à l'une des conditions suivantes : (1) elle dispose directement ou indirectement de la majorité des voix au sein de l'organe suprême ; (2) elle dispose directement ou indirectement du droit de désigner ou de révoquer la majorité des membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration ; (3) elle peut exercer une influence dominante en vertu des statuts, de l'acte de fondation, d'un contrat ou d'instruments analogues. Il s'agit-là de la définition du groupe de sociétés.
- 68 Il y a lieu de juger si le contrôle au sens de l'article 963, alinéa 2, CO est donné, au regard de l'existence ou non d'une simple possibilité d'exercice du contrôle (principe du contrôle). La possibilité de maîtrise suffit. Au contraire, l'ancien droit prévoyait que le contrôle devait effectivement être exercé (principe de direction) (GLANZMANN LUKAS, *Das neue Rechnungslegungsrecht*, in : SJZ 2012, p. 213 ; KUNZ PETER V., *Rundflug über's schweizerische Gesellschaftsrecht*, 2. Auflage, Berne 2012, pp. 199 s.).
- 69 Si les différentes sociétés du groupe M présentes sur un même ensemble industriel remplissent bien la définition légale du groupe de sociétés, elles constituent entre elles une unité économique au sens de l'article de l'article 11, alinéa 1, 3^e phrase, OApEl. Il faudra ensuite se prononcer sur la question de savoir si les sociétés du groupe M, d'une part, et A GmbH, d'autre part, remplissent également ce critère de l'unité économique. Dans le cas d'espèce, il y a dès lors lieu de distinguer entre les différentes sociétés du groupe M présentes sur un même ensemble industriel (cf. consid. 6.2.3.3.3), d'une part, de ces sociétés et A GmbH (cf. consid. 6.2.3.3.4), d'autre part.

6.2.3.3.3 Entre les sociétés du groupe M

- 70 Qui détient la majorité des participations dispose en général de la **majorité des voies au sein de l'organe suprême**. Pour ce qui est de la détention majoritaire des participations, la requérante n. 3 expose que, indirectement, l'ensemble des parts des différentes sociétés du groupe M présentes sur les trois ensembles industriels concernés, à savoir Mg Sàrl, Mh Sàrl et Mi Sàrl, pour l'ensemble industriel de la Rue du Puit-Godet 24, à Neuchâtel ; Ma Sàrl, Medos International Sàrl, Mb Sàrl, Mc Sàrl et Md Sàrl, pour l'ensemble industriel du Chemin blanc 36, à Le Locle ; et Mb Sàrl et Mf SA, pour l'ensemble industriel de la Rue Girardet 39, à Le Locle, sont finalement détenues par la société de droit du New Brunswick Mm, soit par l'intermédiaire de la société de droit suisse C Holding AG, soit par celui de la société de droit allemand M Holding GmbH (cf. l'organigramme simplifié act. 20, annexe 72 ainsi que les registres des actions des différentes sociétés, act. 11, annexes 61 à 71). Ainsi, et en l'absence d'actionnaires tiers, la société de droit du New Brunswick Mm dispose indirectement de la majorité des voix au sein de l'organe suprême de chacune des sociétés prédecrites, si bien que la première condition permettant de qualifier un groupe de sociétés est remplie. Comme les conditions sont alternatives, cette démonstration suffit à elle seule pour reconnaître que toutes ces sociétés appartiennent au même groupe. Nous analyserons toutefois également les autres conditions.



- 71 Qui détient la totalité des voies au sein de l'organe suprême dispose du droit de **désigner ou de révoquer la majorité des membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration d'une société** (cf. notamment articles 698, alinéa 2, chiffre 2, pour la SA et 804, alinéa 2, chiffre 2 CO, pour la Sàrl). Ainsi, et en l'absence d'actionnaires tiers, la société de droit du New Brunswick Mm dispose indirectement du droit de désigner ou de révoquer la majorité des membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration de chacune des sociétés prédictées, si bien que la deuxième condition permettant de qualifier un groupe de sociétés est également remplie.
- 72 Une société qui désigne une direction commune à plusieurs de ses filiales exerce *de facto* une **influence dominante** sur ses filiales puisqu'elle dispose du pouvoir de donner des instructions aux organes de ces sociétés et de les révoquer le cas échéant (cf. ch. marg. 71). Pour ce qui est de la direction commune, force est de constater que chacune des sociétés du groupe M présente sur l'un des ensembles industriels faisant l'objet de la requête d'éligibilité est représentée en grande partie par les mêmes organes, de sorte que toutes peuvent être engagées par les mêmes personnes physiques (cf. l'organigramme simplifié act. 20, annexe 72 ainsi que les extraits du registre du commerce des différentes sociétés, act. 1, annexe 7 ; act. 11, annexe 68 et act. 28, annexes 10 – 16 et act. 43). MM. V et W, qui ont signé les formulaires d'accès au réseau du 22 octobre 2012 (act. 1, annexe 13), disposent précisément du droit de signature collective à deux dans chacune des sociétés. Ainsi, et en disposant du pouvoir de désigner une direction commune aux sociétés prédictées, la société de droit du New Brunswick Mm peut exercer une influence dominante, si bien que la troisième condition permettant de qualifier un groupe de sociétés est également remplie.
- 73 En outre, en utilisant, au moins depuis 2008, un papier à en-tête commun à l'ensemble de ses filiales disposant d'un site de production dans le canton de Neuchâtel, (voir notamment act. 11, annexes 53 – 58 et act. 32, annexe 78), le groupe M a donné l'image de l'unité, en opposition à la pluralité des sociétés du groupe. En effet, le logo M, complété par l'adjonction en petit caractère « dans le canton de Neuchâtel » figure latéralement en grand sur le côté gauche de la feuille dont elle constitue l'élément principal. Parallèlement, la raison sociale de chaque société du groupe est indiquée en tout petit caractère en bas de page avec les coordonnées. Il s'agit là d'un élément de plus indiquant que la requérante n. 3 fait partie d'un groupe de sociétés agissant comme une unité économique.
- 74 En outre, force est de constater que la structure juridique mise en place par le groupe M ne contrevient pas à l'interdiction du groupage de clients (*pooling*). En effet, premièrement, ce groupe de société n'a pas été constitué dans le but d'acquérir de l'électricité au marché, il est préexistant et sert les buts économiques qu'il s'est fixé. Toutes les sociétés affiliées poursuivent le même but général, à savoir la recherche, le développement, la fabrication, la vente, la distribution, la commercialisation, etc. de produits médicaux ou paramédicaux (act. 43 et 28, annexes 10 – 16). Enfin, leur traitement en commun par ensemble industriel ne crée pas des situations compliquées d'accès au réseau difficiles à mettre en œuvre générant des coûts supplémentaires. En effet, aujourd'hui déjà, chacun de ces ensembles industriels est alimenté comme une unité (voir notamment la destinataire des factures, act. 1, annexes 42, 44 et 49 ; pour l'appartenance au même groupe, voir notamment act. 11, annexes 61 – 71 pour les participations et la structure du groupe, et act. 20, en particulier annexe 72, pour la structure locale du groupe). Ne pas reconnaître l'unité économique aurait pour conséquence d'augmenter le nombre de partenaires, et donc d'accroître la complexité de relations contractuelles, ce qui généreraient des coûts supplémentaires.
- 75 Les différentes sociétés du groupe M présentes sur les trois ensembles industriels concernés, à savoir Mg Sàrl, Mh Sàrl et Mi Sàrl, pour l'ensemble industriel de la Rue du Puit-Godet 24, à Neuchâtel ; Ma Sàrl, Medos International Sàrl, Mb Sàrl, Mc Sàrl et Md Sàrl, pour l'ensemble industriel du Chemin blanc 36, à Le Locle ; et Mb Sàrl et Mf SA, pour l'ensemble industriel de la Rue Girardet 39, à Le Locle



étant toutes sous la direction commune d'un groupe de sociétés qui peut se prévaloir en outre de la détention majoritaire des participations, force est de constater qu'elles constituent entre elles une unité économique au sens de l'article 11, alinéa 1, 3^e phrase, OApEI.

6.2.3.3.4 Entre les sociétés du groupe M, d'une part et A GmbH, d'autre part

- 76 En ce qui concerne les sociétés du groupe M, d'une part, et A GmbH, d'autre part, force est de constater qu'il s'agit de sociétés indépendantes les unes des autres.
- 77 Premièrement, il ne ressort pas du dossier que l'actionnariat de la seconde serait, ne serait-ce qu'en partie, détenu par des sociétés du groupe M. Ce n'est d'ailleurs allégué par personne. Il n'y a dès lors pas lieu de croire qu'une société du groupe M **dispose directement ou indirectement de la majorité des voix au sein de l'organe suprême**. Comme il n'est pas établi qu'une de ces sociétés disposerait d'une détention majoritaire des participations de A GmbH, elle ne **dispose très certainement pas, directement ou indirectement, du droit de désigner ou de révoquer la majorité des membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration**. Au contraire, force est de constater que chaque société dispose d'une direction bien distincte avec des organes différents (cf. l'organigramme simplifié du groupe M act. 20, annexe 72 ainsi que les extraits du registre du commerce des différentes sociétés, act. 1, annexe 7 ; act. 11, annexe 68 et act. 28, annexes 10 – 16 et act. 43 en parallèle avec l'extrait du registre du commerce de A GmbH, act. 44). Enfin, aucun élément ne laisse à penser qu'une société du groupe M serait en mesure d'**exercer une influence dominante en vertu des statuts, de l'acte de fondation, d'un contrat ou d'instruments analogues**. Au contraire, le texte du préambule du contrat de séparation de l'ensemble industriel sis Rue Girardet 29, laisse à penser que A GmbH a peut-être été vendue par qu'une société du groupe M (act. 3, annexe 51). En outre, il est également notoire que les relations entre le groupe M et A GmbH sont à situer dans un contexte mouvant de transferts d'activités, respectivement de fermeture de sites de production par la seconde. Ainsi, aucune des trois conditions permettant de qualifier un groupe de sociétés n'étant remplie, force est de constater que A GmbH n'appartient pas au groupe M.
- 78 Par ailleurs, A GmbH n'est pas mentionnée dans le papier à en-tête commun à l'ensemble des filiales du groupe M comme cela relève de la pratique de cette dernière (voir notamment act. 11, annexes 53 – 58 et act. 32, annexe 78 ; cf. ég. ch. marg. 73). Elle dispose de son propre timbre humide qui est bien différent de celui de celles des sociétés du groupe M (act. 52). Enfin, les requérantes nn. 3 – 4 reconnaissent qu'il s'agit d'un tiers (act. 11, ch. 21).
- 79 Or, comme l'association arbitraire de différentes entreprises en vue d'acheter de l'électricité ne suffit pas à créer une unité économique (cf. ch. marg. 63), force est de constater que les sociétés du groupe M situées dans l'ensemble industriel sis Rue Girardet 29 – c'est-à-dire Mb Sàrl et Mf SA – d'une part et A GmbH, d'autre part, ne se situent pas dans une relation d'unité économique au sens de l'article 11, alinéa 1, 3^e phrase, OApEI.

6.2.3.4 Unité géographique

- 80 A teneur de l'article 11, alinéa 1, 3^e phrase, LApEI, le site de consommation doit également constituer une unité géographique. Cette question se pose notamment pour les différents ensembles industriels de la requérante n. 3.
- 81 Le critère de l'unité géographique exige le voisinage des bâtiments et installations sur le site de consommation. Il est réalisé même pour des ensembles industriels occupant une aire importante, mais pas par exemple pour les filiales d'un grand distributeur, même si elles se trouvent dans la même zone de réseau (Rapport explicatif OApEI, Commentaire ad article 4, alinéa 1, p. 8 ; voir également



WEBER / KRATZ, § 4, ch. 46, pp. 48 s. ; (EICom, décision partielle du 19 septembre 2013, 233-00011 [anc. 922-12-021], consid. 5.2.3.4, p. 18).

- 82 En ce qui concerne la requérante n. 3, il y a lieu de distinguer entre les différents ensembles industriels qu'elle détient dans la zone de desserte de la requise et pour lesquels elle a déposé des requêtes d'éligibilité. Ainsi, il y a lieu de reconnaître l'unité géographique à tous les bâtiments et installations contigus qu'elle détient au Chemin Blanc 36, à Le Locle, premièrement, à la Rue Girardet 29, à Le Locle également, deuxièmement, et, troisièmement, à la Rue du Puits-Godet 24, à Neuchâtel (act. 11 et 20, ch. 23 ss).
- 83 Les sociétés affiliées au groupe M sont sises sur le même ensemble industriel, lorsque l'on adopte un point de vue par unité géographique (p. ex. Mg Sàrl, Mh Sàrl et Mi Sàrl, pour l'ensemble industriel de la Rue du Puit-Godet 24 constituent une unité alors que Ma Sàrl, Medos International Sàrl, Mb Sàrl, Mc Sàrl et Md Sàrl, pour l'ensemble industriel du Chemin blanc 36, à Le Locle, en constituent une autre, etc.), ce qui les distingue de différentes succursales d'une grande surface qui ne déploient pas leur activité au même lieu.
- 84 Enfin, A GmbH ne déployant son activité que sur l'ensemble industriel de à la Rue Girardet 29, à Le Locle, elle présente une unité géographique dans la mesure où son site de consommation s'étend sur des bâtiments et installations voisins sis à la même adresse.

6.2.4 Consommation annuelle pertinente

6.2.4.1 Points litigieux

- 85 Le volume d'énergie pertinent pour déterminer si les différents sites de consommation ont la faculté d'accéder au réseau, ainsi que la manière appropriée de le déterminer, sont litigieuses en l'espèce. En effet, alors que la requise exige un comptage annuel effectif établi au moyen d'un dispositif individuel de mesure de la courbe de charge avec transmission automatique des données, les requérantes considèrent qu'une estimation suffit (cf. notamment ch. marg. 54 et références citées). Il y a donc lieu d'analyser ce point.

6.2.4.2 Marche à suivre pour se prononcer sur l'accès au réseau en l'absence de données de comptage

- 86 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. Ce mode de faire supplétif, fondé sur une estimation, a été conçu pour les cas où un comptage effectif est impossible, faute de données à disposition. Cette disposition révèle la volonté du détenteur du pouvoir réglementaire de ne pas retarder l'entrée au marché des consommateurs finaux qui ne disposent pas encore de données de comptage effectives en raison de leur récent raccordement au réseau. Ainsi, et afin de préserver ce but ainsi que celui de créer un marché de l'électricité axé sur la concurrence (article 1, alinéa 1, LApEI), 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 au moment du dépôt de sa communication d'accès au réseau. En effet, la solution contraire entraînerait, en violation du principe d'égalité de traitement (article 8 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 [Cst. ; RS 101]), une restriction d'accès au réseau dépourvu de motif justificatif, en particulier dans les cas où le site dépasse largement le seuil d'accès au réseau comme c'est le cas en l'espèce pour la requérante n. 3 et



A GmbH (cf. consid. 6.2.5). Dès lors, la requise ne saurait être suivie lorsqu'elle refuse l'accès au réseau en raison de l'absence de compteurs appropriés qui lui permettent notamment de déterminer la consommation réelle de chaque personne morale indépendamment les unes des autres (act. 10 et 17). A teneur de l'article 8, alinéa 1, OApEI, les gestionnaires de réseau répondent du système de mesure et des processus d'information. Ainsi, il relève de la responsabilité de Viteos SA, en sa qualité de GRD et avec la participation du consommateur final, d'établir la consommation annuelle des consommateurs finaux se prévalant de leur droit d'accès au réseau (ElCom, décision partielle du 19 septembre 2013, 233-00011 [anc. 922-12-021], consid. 5.2.4.2, p. 53).

6.2.5 En l'espèce

- 87 Un site de consommation est éligible s'il présente une consommation annuelle d'au moins 100 MWh (article 6, alinéa 2, LApEI et 11, alinéas 1 et 2, OApEI). L'éligibilité d'un consommateur final s'exerçant par site de consommation, il reste donc à déterminer la consommation de chaque site de consommation concerné pour savoir si chacun dispose d'une consommation annuelle d'au moins 100 MWh lui permettant d'accéder individuellement au réseau.
- 88 En présence de quatre sites de consommation répartis sur trois ensembles industriels, il y a lieu de distinguer. L'ElCom a établi la propre consommation annuelle effective de chaque ensemble industriel ainsi que, pour l'ensemble industriel de la Rue Girardet 29, la part de celle-ci imputable au site de consommation de Medos International Sàrl, d'une part, et celle imputable au site de consommation de A GmbH, d'autre part. La consommation de chaque ensemble industriel pris individuellement est connue par le comptage officiel, alors que la répartition des consommations de l'ensemble industriel de la Rue Girardet 29 imputables au site de consommation de Medos International Sàrl et au site de consommation de A GmbH repose sur une répartition contractuelle des charges convenue entre A GmbH et Mb Sàrl (act. 3, annexe 51 = act.6, annexe 51n, caviardée). Ces consommations annuelles s'élèvent à :

Le Locle, Chemin Blanc 36 (place de mesure CH1088201234500000000000000058287) :
4'592.927 MWh de novembre 2011 à octobre 2012 (act. 1 et 4 ; ch. 40 et act. 1, annexes 42 s.).

Le Locle, Rue Girardet 29 (place de mesure CH1088201234500000000000000010276) :
5'315.281 MWh de novembre 2011 à octobre 2012. Selon la clé de répartition contractuelle :

- 43.6 % sont imputables au site de consommation de Medos International Sàrl, soit **2'317.463 MWh**,
- et 56.4 %, soit **2'997.818 MWh**, sont imputables au site de consommation de A GmbH (act. 1 et 4 ; ch. 44 s. et act. 1, annexes 44 et 45 ; act. 20, ch. 31 ss ; act. 3, annexe 51 = act.6, annexe 51n, caviardée).

Neuchâtel, Rue du Puits-Godet 24 (place de mesure CH108820123450000000000000071042) :
2'666.887 MWh de novembre 2011 à octobre 2012 (act. 1 et 4 ; ch. 51 et act. 1, annexes 49 s. ; act. 20, ch. 38).

- 89 Ainsi, par la documentation fournie, la requérante n. 3 démontre à suffisance de preuve et avec des marges plus que convenables, que l'énergie soutirée annuellement individuellement par chacun de ses trois sites de consommation et par celui de A GmbH (cf. consid. 0) est d'au moins 100 MWh. En effet, ces estimations reposent sur des données de comptage réelles enregistrées par des compteurs officiels du GRD ainsi que sur un contrat.



- 90 L'ensemble industriel du Chemin Blanc 36, à Le Locle, et celui de Rue du Puits-Godet 24, à Neuchâtel, peuvent être qualifiés de site de consommation (cf. ch. marg. 109). La propre consommation annuelle effective s'élève à 4'592.927 MWh, pour le premier (place de mesure CH108820123450000000000000058287) et à 2'666.887 MWh pour le second (place de mesure CH1088201234500000000000000071042). Ces consommations, mesurées aux places de mesure officielles du GRD, dépassent de près de 46 fois, respectivement de près de 27 fois, la limite permettant aux sites de consommation d'accéder au réseau. Ces deux sites de consommation sont donc éligibles.
- 91 Sur l'ensemble industriel de la Rue Girardet 29, le site de consommation de la requérante n. 3 et celui de A GmbH soutirent chacune une consommation individuelle estimée d'au moins 100 MWh. Sur ce dernier ensemble industriel en effet, pour la période courant de novembre 2011 à octobre 2012, la consommation mesurée à la place de mesure CH1088201234500000000000000010276, commune aux sites de consommation de Medos International et de A GmbH, s'élevait à 5'315.281 MWh (act. 1, annexes 44 et 45). Or, Medos International et A GmbH sont liées par un contrat qui prévoit une répartition des coûts auxiliaires (intitulés « *Ancillary Costs* » par les parties) – auxquels appartiennent l'électricité – de 43.6% à la charge de Medos International, et de 56.4% à la charge de A GmbH. Ecartier un tel contrat, qui porte sur l'ensemble des charges communes aux deux sites de consommation et pas seulement de l'électricité, reviendrait à ne pas tenir compte de la réalité économique. De plus, la consommation finale annuelle du site de consommation de Medos International Sàrl reste supérieure de près de 24 fois à la limite permettant d'accéder au réseau alors que la consommation du site de consommation de A GmbH, est même près de 30 fois supérieure à cette limite. Dès lors, tant le site de consommation de la requérante n. 3 que celui de A GmbH disposent individuellement de la consommation suffisante pour accéder au réseau. Cette estimation de consommation de chacun de sites soutirant de l'énergie au moyen d'un unique compteur officiel et en vertu d'un contrat est dès lors suffisante (sur les estimations permettant de requérir l'accès au réseau, cf. ch. marg. 86). Ils sont donc éligibles.

6.3 Absence de soutirage d'électricité sur la base d'un contrat écrit de fourniture individuel

- 92 Aucune des parties à la procédure ne prétend qu'il existerait déjà des contrats de fourniture individuel ou que la requérante n. 3 se trouverait déjà au marché. Il ne ressort pas non plus des pièces versées au dossier que tel serait le cas.

6.4 Communication d'accès au réseau antérieure au 31 octobre

- 93 La requérante n. 3 a bien déposé les communications d'accès au réseau relatives aux sites concernés dans le respect du délai du 31 octobre imposé par l'article 11, alinéa 2, OApEl. Dans le cas d'espèce, il a été démontré que les deux sites de consommation présents sur l'ensemble industriel sis Rue Girardet 29, à Le Locle sont éligibles individuellement (consid. 6.2.5). En outre, la requérante n. 3 dispose des pouvoirs de représentation pour requérir un accès au réseau au nom et pour le compte de A GmbH et des différentes sociétés impliquées du groupe M (consid. 5.3). La requête d'accès au réseau du 22 octobre 2012 déposée par la requérante n. 3 est donc valable. Ainsi, et contrairement à ce qu'affirme la requise (act. 28, ch. 1 ss), les communications ont bel et bien été signées par des personnes compétentes pour engager les sociétés impliquées (act. 1, annexes 11 – 13). Enfin, les courriers d'accompagnement de la requérante n. 4 n'avaient pas besoin d'être signés par des personnes disposant de la compétence d'engager leur société. En effet, les consommateurs finaux ont personnellement communiqué leur volonté d'accéder au réseau au moyen du formulaire joint à ce courrier et dûment signé.



94 La condition du dépôt de l'annonce d'accès au réseau est donc réalisée en l'espèce.

6.5 Conclusion intermédiaire

95 Ainsi, Medos International Sàrl a le droit d'accéder au réseau à compter du 1^{er} janvier 2013 pour le site de consommation qui s'étend à tous les bâtiments et installations contigus sis au **Chemin Blanc 36 à Le Locle** et pour le volume d'énergie qui couvre la propre consommation effective de Ma Sàrl, Medos International Sàrl, Mb Sàrl, Mc Sàrl et Md Sàrl, ainsi que pour le site de consommation qui s'étend à tous les bâtiments et installations contigus sis à la **Rue du Puits-Godet 24 à Neuchâtel** et pour le volume d'énergie qui couvre la propre consommation effective de Mg Sàrl, Mh Sàrl, Mi Sàrl. Dans les deux cas, l'accès au réseau interviendra à l'exclusion de celle de tiers et notamment d'éventuels locataires ou sous-locataires, et ce, indépendamment du nombre de points de soutirage qui alimentent le site.

96 Medos International Sàrl et A GmbH ont toutes deux le droit d'accéder au réseau à compter du 1^{er} janvier 2013 pour leur sites de consommations respectifs qui s'étendent à tous les bâtiments et installations contigus sis à la **Rue Girardet 29 à Le Locle** et pour le volume d'énergie qui couvre la propre consommation effective du site de consommation de Medos International Sàrl – qui comprend Mb Sàrl et Mf SA –, d'une part, et du site de consommation de A GmbH, d'autre part, à l'exclusion de celle de tiers et notamment d'éventuels locataires ou sous-locataires, et ce indépendamment du nombre de points de soutirage qui alimentent les sites. Medos International Sàrl et A GmbH règlent contractuellement les modalités d'accès au réseau, en particulier en ce qui concerne le choix du fournisseur commun ainsi que la répartition des coûts.

7 Comptage des consommateurs finaux au marché

7.1 Points litigieux

97 La mise en conformité des infrastructures afin de permettre un comptage conforme à la législation sur l'approvisionnement en électricité est litigieuse entre les parties, en particulier en ce qui concerne la répartition des coûts (voir notamment act. 10 et act. 28, conclusion III / 9 ; act. 32, conclusion 10 act. 36, conclusion III / 12).

7.2 Obligation d'installer des dispositifs de mesure de la courbe de charge avec transmission automatique des données

7.2.1 Principe

98 Les gestionnaires de réseau coordonnent leurs activités. Ils doivent en particulier pourvoir à un réseau sûr, performant et efficace (article 8, alinéa 1, lettre a, LApEl). 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 (article 8, alinéa 5, OApEl).

99 Comme nous l'avons vu au consid. 0, l'accessibilité au réseau se fait par site et non par compteur. Or, un site de consommation peut être alimenté au moyen de plusieurs points de soutirage. Comme nous l'avons démontré sous ch. marg. 56 s., le chiffre 1.3, alinéa 4, *i.i.*, MC – CH dispose qu'il est indispensable d'effectuer des mesures de facturation aux points de fourniture et de soutirage du réseau (NB : la version allemande du MC ne contient pas la précision « de facturation »).



- 100 Ainsi, chaque site de consommation au marché doit être équipé d'un dispositif de mesure de la courbe de charge avec transmission automatique des données qui permet d'établir la consommation soutirée par celui-ci au-travers de l'ensemble de ses points de soutirage. Ainsi, dans le cadre d'acquisition concrète d'électricité au marché, une estimation de la consommation, même étayée par des indices concrets, n'est pas suffisante. Au contraire, nous avons déjà exposé qu'une estimation de consommation au sens de l'article 11, alinéa 3, OApEI, suffisait pour trancher la question de l'éligibilité d'un site (cf. consid. 6.2.4.2).
- 101 Dès lors, si la configuration du réseau le nécessite, il y a lieu de poser les éléments du dispositif de mesure de la courbe de charge nécessaires, par exemple, à déduire la consommation d'un sous-locataire ne disposant pas de son propre point de soutirage au réseau. Les parties analyseront en outre si un comptage décentralisé ou un autre type de comptage que celui initialement envisagé est possible et est de nature à réduire les coûts de comptage ; p. ex. pose de plusieurs dispositifs de mesure de la courbe de charge en plusieurs lieux d'un même ensemble industriel, en lieu et place de la réalisation d'un nouveau câblage destiné à procéder au comptage au moyen d'un dispositif de mesure de la courbe de charge unique et centralisé. En effet, toute solution propre à réduire les coûts doit être traitée (référence pour tout le considérant 7.2.1 : EICom, décision partielle du 19 septembre 2013, 233-00011 [anc. 922-12-021], consid. 6.2, p. 22).

7.2.2 Cas particulier de l'accès en commun au réseau

- 102 Le consommateur final qui consomme annuellement au moins 100 MWh par site de consommation (estimations documentées fondée sur l'application analogique de l'article 11, alinéa 3, OApEI ; cf. ch. marg. 86) mais dont le site de consommation est diffus, soit qu'il partage des espaces avec d'autres consommateurs finaux, soit que les surfaces qui lui sont attribuées varient selon ses besoins (voir notamment requérante n. 3, act. 32, ch. 66), demeure toutefois un consommateur final au sens de l'article 4, alinéa 1, lettre b, OApEI. Ainsi, théoriquement, il ne peut pas accéder au marché s'il ne peut pas procéder au comptage individuel (établissement de la courbe de charge avec transmission automatique des données) de sa propre consommation effective. Toutefois, lorsque plusieurs sites de consommation éligibles distincts soutirent leur énergie au moyen de points de soutirages communs, il est possible d'équiper le ou les points de soutirage concernés d'un dispositif commun de mesure de la courbe de charge avec transmission automatique des données. Toutefois, à teneur de l'article 23, alinéa 1, 2^e phrase, OApEI, tout point de soutirage doit être attribué à un seul groupe-bilan. Or, l'article 2, alinéa 1, lettre c, OApEI définit le point de soutirage comme le point du réseau où un appareil de mesure saisit et mesure ou enregistre le flux d'énergie soutiré (point de mesure). Ainsi, un point de comptage commun ne peut être attribué qu'à un seul et unique fournisseur commun. Dans ce cas particulier, les sociétés impliquées régleront contractuellement le choix du fournisseur commun ainsi que la répartition des coûts. Enfin, si l'un des sites de consommation soutirant de l'énergie au point(s) de soutirage commun(s) n'est pas éligible ou ne souhaite pas bénéficier de l'accès en commun au réseau, il y a lieu de procéder aux adaptations techniques nécessaires permettant un comptage individuel de ce site de consommation d'une part, de celui des sociétés impliquées participant à la démarche d'accès en commun au réseau, d'autre part.



7.3 Répartition des coûts de comptage

7.3.1 Mise en conformité des installations intérieures

- 103 La législation fédérale sur l'approvisionnement en électricité a consacré le principe du soutirage à l'article 14, alinéa 2, LApEl qui dispose que la rémunération pour l'utilisation du réseau doit être versée par les consommateurs finaux par point de prélèvement.
- 104 Selon le Distribution Code Suisse (DC, Edition 2011 F, ch. 6.2 et 6.3, pp. 36 s.), la limite entre le réseau de distribution et un preneur de raccordement se situe au niveau du point de raccordement. Une personne raccordée au réseau (preneur de raccordement) peut comprendre plusieurs bâtiments, plusieurs consommateurs finaux ou plusieurs installations de production d'énergie indépendants les uns des autres qui peuvent être mesurés séparément (ElCom, décision du 15 novembre 2012, 922-10-002, consid. 6.4, ch. marg. 61, p. 15).
- 105 Ainsi, la personne raccordée au réseau – aussi appelée « preneur de raccordement » dans certains documents de la branche (terminologie unifiée en allemand sous la notion de *Netzanschlussnehmer*) – doit financer les infrastructures électriques en aval du point de raccordement tel que défini par les documents de la branche (cf. ch. marg. 104). Ils comprennent également les travaux nécessaires à la mise en conformité des installations intérieures permettant la pose du dispositif de la courbe de charge (cf. consid. 7.3.2 ; ElCom, décision partielle du 19 septembre 2013, 233-00011 [anc. 922-12-021], consid. 6.3.1, p. 23).

7.3.2 Pose du dispositif de la courbe de charge et tarif de comptage

- 106 L'article 8, alinéa 5, *i.f.*, OApEl, prévoit que les consommateurs finaux au marché supportent les frais d'acquisition de l'équipement ainsi que les frais récurrents du dispositif de mesure de la courbe de charge avec transmission automatique des données.
- 107 Ainsi, du point de vue des installations à réaliser chez le consommateur final ayant fait usage de son droit d'accès au réseau, le gestionnaire de réseau pose le dispositif de mesure de la courbe de charge. Il le facture individuellement au consommateur final concerné ou en reporte les coûts dans le tarif de comptage du groupe de clients du site du consommateur final ayant fait valoir son éligibilité (cf. Communication du Secrétariat technique de l'ElCom du 12 mai 2011 concernant les coûts de mesure et accès aux mesures pour les consommateurs finaux équipés d'un dispositif de mesure de la courbe de charge avec transmission automatique des données, téléchargeable sous www.elcom.admin.ch → Documentation → Communication → Communications 2011 et Séance d'information de l'ElCom 2013, diapositives 91 – 110, téléchargeable sous www.elcom.admin.ch → Documentation → Manifestations → Workshop de l'ElCom → Workshop de l'ElCom 2013, toutes deux consultées le 16 octobre 2013 ; cf. ElCom, décision partielle du 19 septembre 2013, 233-00011 [anc. 922-12-021], consid. 6.3.2, p. 23).

7.4 Situation de la requérante n. 3

- 108 Par la documentation fournie, la requérante n. 3 tend à démontrer que chaque ensemble industriel concerné est équipé d'un dispositif de mesure de la courbe de charge avec transmission automatique des données. Elle l'affirme par ailleurs (act. 32, ch. 59, 62 et 65). A l'appui de ses allégations, elle produit notamment les factures communes à chaque ensemble industriel (act. 1, annexes 42, 44 et 49), ainsi que le courrier du 6 décembre 2012 par lequel la requise lui refuse l'accès au réseau pour ses différents ensembles industriels en listant explicitement chaque point de mesure, sans toutefois



préciser le type de comptage établi ou le modèle de compteur installé (act. 2, annexe 16c). Aucune de ces pièces, même avec les recouplements qu'elles présentent, ne démontre toutefois de façon irréfutable que chaque ensemble industriel est équipé d'un dispositif de mesure de la courbe de charge avec transmission automatique des données. Certes la requise admet que « la requérante 3 disposait, avant le 31 octobre 2012, d'un compteur à courbe de charge sur chacun des sites au 29, rue Girardet et 36, chemin Blanc au Locle et au 24, rue du Puits-Godel à Neuchâtel » (act. 28, ch. 16). Toutefois, elle précise indirectement et de façon peu claire que l'état de conformité des installations de comptage ne répond pas à ce jour aux exigences du marché ouvert (act. 28, ch. 18 et act. 36, ch. 22 s.). S'il est possible que cette dernière précision puisse se référer uniquement à l'absence de dispositif de mesure de la courbe de charge avec transmission automatique des données par sociétés comme l'exigeait la requise, il n'est toutefois pas exclu qu'elle fasse allusion au fait qu'un tel dispositif existe mais ne serait pas installé par site de consommation. Il n'est dès lors pas suffisamment établi qu'un tel dispositif est bel et bien installé par site de consommation.

- 109 Ainsi, et conformément aux dispositions règlementaires et aux principes prédictés (consid. 7.2), la requise, qui répond du système de mesure et des processus d'information en sa qualité de gestionnaire de réseau conformément à l'article 8, alinéa 1, OApEI, doit veiller à ce que chaque site de consommation de la requérante n. 3 soit équipé d'un dispositif de mesure de la courbe de charge avec transmission automatique des données. Le comptage doit intervenir par site de consommation. Il doit permettre de distinguer la propre consommation effective de la requérante n. 3 de celle de ses éventuels locataires ou sous-locataires. Dans le cas d'espèce, les ensembles industriels sis au Chemin Blanc 36, à Le Locle, et à la Rue du Puits-Godet 24, à Neuchâtel, doivent chacun être considérés comme des sites de consommation. Toutefois, en ce qui concerne l'ensemble industriel sis Rue Girardet 29, à Le Locle, il abrite deux sites de consommation éligibles remplissant les conditions de l'accès en commun au réseau (cf. ch. marg. 88 et 91). Ceux-ci peuvent dès lors soutirer de l'énergie au marché au moyen d'un point de soutirage commun. Ainsi, et en l'absence de consommateur final tiers, l'ensemble industriel sis Rue Girardet 29, à Le Locle, peut être équipé d'un dispositif commun de mesure de la courbe de charge avec transmission automatique des données (cf. consid. 7.2.2).
- 110 Enfin, la requise supporte les coûts des dispositifs de mesure de la courbe de charge avec transmission automatique des données qu'elle répercutera dans le tarif de comptage du groupe de clients de la requérante n. 3 à condition qu'ils n'aient pas déjà été supportés par cette dernière et que les prestations de mesure ne soient pas fournies par un tiers. Les travaux nécessaires à la mise en conformité des installations intérieures permettant la pose des dispositifs de la courbe de charge sont à la charge de la personne raccordée au réseau.

8 Dépens

- 111 Tant les requérantes (act. 1, 4, 20) que la requise (act. 28) concluent à l'octroi de dépens. Toutefois, ni la législation sur l'approvisionnement en électricité, ni la PA ne prévoient l'allocation de dépens dans le cadre d'une procédure de première instance. En outre, il n'y a pas de place pour une application par analogie de l'article 64, PA, lequel concerne la procédure de recours, à la procédure de première instance. En effet, il ne s'agit pas d'une lacune proprement dite. Au contraire, le législateur connaît cette particularité et il l'a voulu (ATF 132 II 47, consid. 5.2 et références citées). En conséquence, il n'y a pas lieu d'allouer de dépens en l'espèce (voir notamment : EICom, décision partielle du 19 septembre 2013, 233-00011 [anc. 922-12-021], consid. 7, p. 25 et EICom, décision du 13 décembre 2013, 952-11-062, consid. 10, p. 15).



9 Emoluments

- 112 Pour ses décisions dans les domaines de l'approvisionnement en électricité et de production d'énergie, l'EICOM préleve des émoluments (article 21, alinéa 5, LApEI, article 13a, de l'ordonnance sur les émoluments et les taxes de surveillance dans le domaine de l'énergie du 22 novembre 2006 [Oémol-En ; RS 730.05]). Ces émoluments sont calculés en fonction du temps consacré au dossier et varient suivant la classe de fonction du personnel exécutant de CHF 75 à 250 l'heure (article 3 Oémol-En).
- 113 Pour la présente procédure, qui, en plus de la présente décision, comprend les parties des décisions superprovisionnelle du 21 décembre 2012 (act. 5), et provisionnelle du 14 février 2013 (act. 19) portant sur le même objet, l'émolument perçu s'élève à CHF [...], représentant [...] heures de travail facturée au tarif de CHF 250/heure, [...] heures de travail facturées au tarif de CHF 200/heure et [...] heures au tarif de CHF 170/heure.
- 114 Celui qui provoque une décision est tenu de payer l'émolument (article 1, alinéa 3, Oémol-En en lien avec l'article 2, alinéa 1, de l'ordonnance générale sur les émoluments du 8 septembre 2004 [OGE-mol ; RS 172.041.1]). Lorsque plusieurs parties sont à l'origine d'une seule décision, les émoluments générés par la procédure sont partagés suivant l'issue de la cause. Il s'agit là d'un principe général de procédure commun en de nombreuses procédures étatiques soumises à émolument (RHINOW RENÉ / KOLLER HEINRICH / KISS CHRISTINA / THURNHERR DANIELA / BRÜHL-MOSER DENISE, *Öffentliches Prozessrecht*, Basel 2010, ch. 971; ATF 132 II 47, consid. 3.3 et EICOM, décision 922-10-006 du 15 novembre 2012, ch. marg. 102, p. 22). Or, en l'espèce, force est de constater que les requérantes n. 3 – 4 ne doivent supporter aucun émolument. La requise, qui a dénié à tort l'accès au réseau pour les sites de consommation de la requérante nn. 3 faisant l'objet de la présente décision, a généré la présente décision ainsi que la part des coûts générés par le traitement de ces mêmes questions dans le cadre des procédures superprovisionnelle et provisionnelle. Dès lors, Viteos SA en supporte seule les coûts.



III Dispositif

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

1. L'EICOM n'entre pas en matière sur les conclusions de Viteos SA tendant à ce que les aspects juridiques, processuels et opérationnels d'accès au réseau soient précisés, en particulier celle concernant le dommage.
2. L'EICOM n'entre pas en matière sur la conclusion de Medos International Sàrl et de Groupe E SA tendant à ce qu'il soit constaté que Viteos SA ne leur a, à tort, pas octroyé l'accès au réseau pour les sites dont il est question aux chiffres 3, 4 et 6 du dispositif.
3. L'EICOM constate que Medos International Sàrl a le droit d'accéder au réseau à compter du 1^{er} janvier 2013 pour le site de consommation qui s'étend à tous les bâtiments et installations contigus sis au Chemin Blanc 36 à Le Locle et pour le volume d'énergie qui couvre la propre consommation effective de Ma Sàrl, de Medos International Sàrl, de Mb Sàrl, de Mc Sàrl et de Md Sàrl, à l'exclusion de celle de tiers et notamment d'éventuels locataires ou sous-locataires, et ce indépendamment du nombre de points de soutirage qui alimentent le site.
4. L'EICOM constate que Medos International Sàrl a le droit d'accéder au réseau à compter du 1^{er} janvier 2013 pour le site de consommation qui s'étend à tous les bâtiments et installations contigus sis à la Rue du Puits-Godet 24 à Neuchâtel et pour le volume d'énergie qui couvre la propre consommation effective de Mg Sàrl, de Mh Sàrl et de Mi Sàrl, à l'exclusion de celle de tiers et notamment d'éventuels locataires ou sous-locataires, et ce indépendamment du nombre de points de soutirage qui alimentent le site.
5.
 - a) Viteos SA est tenue de veiller à ce que soit installé, dans le sens des considérants, un dispositif de mesure de la courbe de charge permettant de mesurer la propre consommation effective de chaque site de consommation dont il est question aux chiffres 3 et 4 du dispositif. Viteos SA en supporte les coûts qu'elle répercutera dans le tarif de comptage du groupe de clients correspondant, à condition qu'ils n'aient pas déjà été facturés individuellement et que les prestations de mesure ne soient pas fournies par un tiers.
 - b) La personne raccordée au réseau (preneur de raccordement) supporte les coûts de mise en conformité des installations intérieures permettant la pose du dispositif de mesure de la courbe de charge avec transmission automatique des données selon chiffre 5. a) du dispositif.



6. L'EICOM constate que Medos International Sàrl et A GmbH ont toutes deux individuellement le droit d'accéder au réseau à compter du 1^{er} janvier 2013 pour leur site de consommation respectif qui s'étendent à tous les bâtiments et installations contigus sis à la Rue Girardet 29 à Le Locle et pour le volume d'énergie qui couvre la propre consommation effective du site de consommation de Medos International Sàrl – qui comprend Mb Sàrl et Mf SA –, d'une part, et du site de consommation de A GmbH, d'autre part, à l'exclusion de celle de tiers et notamment d'éventuels locataires ou sous-locataires, et ce indépendamment du nombre de points de soutrage qui alimentent les sites.
7. Medos International Sàrl et A GmbH règlent contractuellement les modalités d'accès au réseau, en particulier en ce qui concerne le choix du fournisseur ainsi que la répartition des coûts.
8. a) Viteos SA est tenue de veiller à ce que soit installé, dans le sens des considérants, un dispositif de mesure de la courbe de charge permettant de mesurer la consommation effective commune des sites de consommation dont il est question au chiffre 6 du dispositif. Viteos SA en supporte les coûts qu'elle répercutera dans le tarif de comptage du groupe de clients correspondant, à condition qu'ils n'aient pas déjà été facturés individuellement et que les prestations de mesure ne soient pas fournies par un tiers.
b) La personne raccordée au réseau (preneur de raccordement) supporte les coûts de mise en conformité des installations intérieures permettant la pose du dispositif de mesure de la courbe de charge avec transmission automatique des données selon chiffre 8. a) du dispositif.
9. L'EICOM n'alloue pas de dépens aux parties.
10. L'EICOM déboute les parties de toutes autres conclusions.
11. L'émolument pour la présentée procédure s'élève à CHF [...]. Il est mis à la charge de Viteos SA. La facture sera envoyée après l'entrée en force de la présente décision.
12. La présente décision est notifiée aux parties par lettre recommandée.

Berne, le 17 octobre 2013



Commission fédérale de l'électricité ElCom

Carlo Schmid-Sutter
Président

Renato Tami
Directeur ElCom

Envoi:



à notifier par lettre recommandée à :

- Medos International Sàrl, Chemin Blanc 38, 2400 Le Locle ;
- Groupe E SA, Rte de Morat 135, 1763 Granges-Paccot ;

toutes deux représentées par M^e Allen Fuchs, docteur 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 ;

représentée par M^e Daniel C. Burkhardt, avocat au barreau de Genève, 10, Rue de la Croix d'Or, 1204 Genève.



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 St-Gall. Le délai ne court pas :

- a) du 7^e jour avant Pâques au 7^e jour après Pâques inclusivement ;
- b) du 15 juillet au 15 août inclusivement ;
- c) du 18 décembre au 2 janvier inclusivement (articles 23 LApEl, 22a et 50, PA).

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 (article 52, alinéa 1, PA).



Annexe : Sociétés présentes sur les ensembles industriels de la requérante n. 3

Act. 20, ch. marg. 24 et annexe 72 (schéma établi par les requérantes nn. 3 – 4)