

COMM.

CH.B

COUR DE CASSATION

Audience publique du 4 mars 2020

Cassation partielle

Mme MOUILLARD, président

Arrêt n° 160 F-D

Pourvoi n° F 18-12.658

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, DU 4 MARS 2020

La société Electricité de France, société anonyme, dont le siège est [...], a formé le pourvoi n° F 18-12.658 contre l'arrêt n° RG : 15/13284 rendu le 10 novembre 2017 par la cour d'appel de Paris (pôle 5, chambre 11), dans le litige l'opposant :

1°/ à la société Corsica Sole, société par actions simplifiée,

2°/ à la société Corsica Sole 3, société par actions simplifiée,

ayant toutes deux leur siège [...],

défenderesses à la cassation.

Partie intervenante : la société XL Insurance Company SE, dont le siège est XL House, [...] (Irlande), ayant un établissement en France [...], venant aux droits de la société Axa Corporate Solutions.

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, le moyen unique de cassation annexé au présent arrêt.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de Mme Poillot-Peruzzetto, conseiller, les observations de la SCP Piwnica et Molinié, avocat de la société Electricité de France, de la SCP Gadiou et Chevallier, avocat des sociétés Corsica Sole et Corsica Sole 3, de la SCP Spinosi et Sureau, avocat de la société XL Insurance Company SE, venant aux droits de la société Axa Corporate Solutions, et l'avis de M. Debacq, avocat général, après débats en l'audience publique du 14 janvier 2020 où étaient présents Mme Mouillard, président, Mme Poillot-Peruzzetto, conseiller rapporteur, M. Guérin, conseiller doyen, et Mme Labat, greffier de chambre,

la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation, composée des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt.

Donne acte à la société XL Insurance Company SE de sa reprise d'instance en qualité d'ayant droit de la société Axa Corporate Solutions ;

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu les articles 107 et 108 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que reprochant à la société Electricité de France (la société EDF), gestionnaire en Corse du réseau public d'électricité, de n'avoir pas respecté son obligation de leur transmettre une convention de raccordement dans le délai maximal de trois mois à compter de la demande de raccordement de l'installation photovoltaïque à ce réseau, la société Corsica Sole 3 et sa société mère, la société Corsica Sole, l'ont assignée en réparation du préjudice résultant de leur soumission au régime du moratoire instauré par le décret du 9 décembre 2010, les obligeant à présenter une nouvelle demande sur la base de tarifs inférieurs ;

Attendu que pour condamner la société Electricité de France à payer à la société Corsica Sole 3 la somme indemnitaire de 41 000 euros, l'arrêt retient qu'en se bornant à prétendre que le tarif de 2006 était supérieur à la valeur de marché, la société EDF n'en a pas pour autant rapporté la démonstration ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (arrêts du 11 décembre 1973, Lorenz, 120/73 ; du 21 novembre 1991, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires et Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon, C-354/90 ; du 11 juillet 1996, Syndicat français de l'Express international, C-39/94 et, du 12 février 2008, Centre d'exportation du livre français, C-199/06) que le contrôle des aides d'Etat incombe non seulement à la Commission européenne, mais aussi aux juridictions nationales, celles-ci étant investies de missions complémentaires et distinctes, et que, s'il appartient exclusivement à la Commission, sous le contrôle de la Cour de justice des communautés européennes, de se prononcer sur la compatibilité des mesures d'aides avec le marché commun, il revient aux juridictions nationales de sauvegarder les droits que les particuliers tirent de l'effet direct de l'article 88, paragraphe 3, du Traité, en examinant si les projets tendant à instituer ou à modifier ces aides n'auraient pas dû être notifiés à la Commission européenne, avant d'être mis à exécution, et de tirer toutes les conséquences de la méconnaissance, par les autorités nationales, de cette obligation de notification, qui affecte la légalité de ces mesures d'aides, indépendamment de leur éventuelle compatibilité ou incompatibilité avec le marché commun, la cour d'appel, qui n'a pas vérifié, au besoin par une mesure d'instruction, si les tarifs d'achat de l'électricité d'origine photovoltaïque invoqués au soutien des demandes de dommages-intérêts, étaient supérieurs aux prix de l'électricité sur le marché, a méconnu son office et violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs, la Cour :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce que, confirmant le jugement, il condamne la société Electricité de France à

payer à la société Corsica Sole 3 la somme de 41 000 euros à titre de dommages-intérêts et en ce qu'il statue sur les dépens et l'application de l'article 700 du code de procédure civile, l'arrêt n° RG : 15/13284, rendu le 10 novembre 2017, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ;

Remet, sur ces points, l'affaire et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant cet arrêt et les renvoie devant la cour d'appel de Paris autrement composée ;

Condamne les sociétés Corsica Sole et Corsica Sole 3 aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du quatre mars deux mille vingt.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit par la SCP Piwnica et Molinié, avocat aux Conseils, pour la société Electricité de France.

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'avoir confirmé le jugement du 5 mai 2015 en tant qu'il a condamné la société EDF à payer à la société Corsica Sole 3 la somme indemnitaire de 41000 euros ;

AUX MOTIFS PROPRES QU'il a déjà été admis que la filiale ne peut pas se prévaloir d'un contrat d'achat d'électricité au jour de la survenance du décret moratoire, de sorte que la question préjudicielle suggérée par EDF est dénuée d'intérêt en l'espèce ;

Qu'en revanche, il n'est pas contesté que le délai de transmission direct de la convention de raccordement n'a pas été respecté par EDF, de sorte qu'en ayant, de fait, raccourci le délai de réflexion dont aurait dû bénéficier la filiale, la société EDF l'a privée d'une chance de faire aboutir sa réflexion avant le 1er décembre 2010, la privant d'une chance de réaliser son projet dans les conditions tarifaires en cours avant la survenance du décret moratoire ;

Que la société EDF fait valoir que le préjudice allégué n'est pas réparable, dès lors que l'achat de la production électrique, dans les conditions de l'arrêté du 10 juillet 2006, à un prix supérieur à sa valeur de marché aurait, selon elle, «le caractère d'une aide d'Etat», de sorte que la demande de la filiale serait ainsi fondée sur une cause illicite, les arrêtés tarifaires invoqués étant illégaux dès lors qu'ils n'ont pas été préalablement notifiés à la Commission européenne en violation des articles 107 § 1 et 108 § 3 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), la société EDF estimant qu'une victime ne peut pas obtenir la réparation de la perte de ses rémunérations si celles-ci sont illicites ;

[
] Qu'en se bornant à prétendre que le tarif de 2006 était supérieur à la valeur de marché, la société EDF n'en a pas pour autant rapporté la démonstration étant au surplus observé qu'en ne disconvenant pas que, tant le tarif de 2006 que celui de 2010, ont été antérieurement appliqués en faveur d'autres producteurs d'électricité d'origine photovoltaïque, la société EDF, en ayant fait usage desdits arrêtés, n'est pas fondée aujourd'hui à tenter d'échapper à ses responsabilités en invoquant une prétendue illégalité qui les affecterait ;

Que plus subsidiairement, rappelant que l'indemnisation d'une chance perdue ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée, EDF soutient aussi que si la chance «est extrêmement faible ou incertaine,

aucune indemnisation ne peut être allouée» et fait valoir que la filiale : ne démontre pas qu'elle aurait pu réaliser le projet dans le délai de 18 mois (délai prescrit par l'article 4 du décret moratoire du 9 décembre 2010) et mettre en service la centrale correspondante, dès lors qu'après la levée du moratoire, contrairement à 88 % des projets des autres candidats, elle a renoncé à le poursuivre sur la base du nouveau tarif résultant de l'arrêté du 4 mars 2011 ; ne prend pas en compte les nombreux aléas et risques tant au moment de la construction que tout au long d'une période d'exploitation de 20 ans ; mais, en revanche, se fonde sur une assiette du préjudice contestable quant à la méthode de calcul, le taux d'actualisation et le rendement à long terme des panneaux solaires ; et que la société mère Corsica ne justifie pas le préjudice moral allégué en invoquant l'implication personnelle de ses fondateurs dans l'élaboration des projets ;

[
] Que c'est par une juste appréciation des faits de la cause que le tribunal a estimé le préjudice de la filiale résultant de la perte de chance et a rejeté le préjudice moral allégué par la société mère Corsica Sole, de sorte que le jugement doit être confirmé de ce chef ;

Que succombant dans leur recours respectif, la société EDF et la société Corsica Sole ne peuvent pas prospérer dans leur demande d'indemnisation des frais irrépétibles, mais qu'il serait en revanche inéquitable de laisser à la filiale la totalité de la charge de ceux qu'elle a dû exposer en cause d'appel ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE Corsica Sole 3 produit les moyens probants que, en s'appuyant en particulier sur les moyens de sa société mère Corsica Sole, elle disposait des compétences techniques, des capacités de gestionnaire et des moyens financiers ainsi que du permis de construire nécessaire pour mener à bien le projet en cause ;

Qu'EDF, par deux fois, avait indiqué à Corsica Sole 3 que les dossiers nécessaires à l'avancement du projet, en l'état exigé avant le décret moratoire, étaient complets : le 23/12/2009 dans le cadre de la demande de contrat d'achat de la procédure de l'époque ; le 11/07/2010 dans le cadre de la demande de convention de raccordement ;

Que la procédure de traitement des demandes de raccordement stipule en son article «8.3.4 Acceptation de l'offre de raccordement : L'accord sur l'offre de raccordement est matérialisé par la réception d'un exemplaire original, daté et signé, de l'offre de raccordement, [
], accompagné du règlement de l'acompte [
]» ;

Que nonobstant la circonstance que le décret moratoire ne mentionne pas expressément la procédure dérogatoire de la proposition directe d'une convention de raccordement, celle-ci doit nécessairement, au regard du principe de sécurité juridique, être assimilée à la procédure comportant une proposition technique et financière préalable, pour l'application des dispositions transitoires ;

Que pour les courriers pour lesquels les parties ne produisent pas la preuve de la date de postage et/ou de distribution des lettres recommandées avec avis de réception échangées entre EDF à 35000 Rennes et Corsica Sole et pour lesquelles une des deux dates est connue, le tribunal postule que le délai de transmission est d'au minimum 2 jours ouvrables ; qu'il s'en infère que :

- pour être mise à disposition d'EDF à 35000 Rennes le mercredi 01/12/2010, l'acceptation de l'offre de raccordement accompagnée du règlement de l'acompte devait être postée au plus tard le lundi 29/11 ;

- si l'offre de raccordement avait été mise à disposition de Corsica Sole 3 le lundi 11/10, celle-ci aurait disposé d'un délai de 39 jours ouvrables pour faire connaître sa décision ;

- l'offre de raccordement ayant été mise à sa disposition au plus tôt le vendredi 05/11, Corsica Sole 3 ne disposait que d'un délai maximum de 19 jours ouvrables pour faire connaître sa décision et probablement beaucoup moins, une lettre également datée du 03/11/2010 ayant été distribuée que le 15/11 dans un autre projet ;

- en postant sa lettre recommandée avec avis de réception d'acceptation de l'offre de raccordement le vendredi 03/12 reçue le 07/12 par EDF, Corsica Sole 3 a signifié son accord et effectué un virement bancaire au terme d'un délai de 7 jours ouvrables ;

Que dès lors, même dans le contexte d'urgence de l'époque évoqué supra, il ne saurait être reproché à Corsica Sole 3 un manque de diligence, alors que le délai réglementaire lui octroyait un délai de 3 mois et qu'est qualifié de surprise par EDF l'annonce par communiqué le 02/12/2010 du décret moratoire du 09/12/2010, publié le 10/12, avec effet rétroactif au 01/12/2010 à minuit ;

Qu'ainsi, que par une incidence directe de la méconnaissance fautive par EDF de sa procédure de traitement des demandes de raccordement, le projet déjà abouti au stade de l'acceptation de celle-ci le vendredi 03/12/2010 reçue par EDF le mardi 07/12/2010 s'est trouvé placé dans le champ d'application du décret moratoire emportant pour Corsica Sole la perte préjudiciable du bénéfice acquis du tarif d'achat dont elle pouvait se prévaloir ;

Que cette faute préjudiciable fonde l'action indemnitaire à l'encontre d'EDF soumise au droit commun de la responsabilité civile s'agissant des procédures de raccordement ;

Que, au visa de l'article 1147 du code civil, Corsica Sole 3 demande l'indemnisation intégrale de son préjudice estimé à la somme de 399 482 EUR, résultant des pertes financières dues à l'absence de vente de la production électrique pendant une durée de 20 ans du fait de l'abandon de son projet en raison de sa soumission, du fait de l'application à son égard du nouveau tarif de 0.12 EUR kWh de l'arrêté du 03/2011, insuffisant pour assurer sa viabilité économique ;

Que si Corsica Sole 3 ne peut pas revendiquer le bénéfice du tarif d'achat de 2006, il ne saurait être contesté qu'en raison de la date de sa demande complète de contrat de raccordement, le 11/07/2010, elle avait un droit de vente au tarif de 0.42 EUR kWh de l'arrêté du 12/01/2010 ;

Que Corsica Sole 3 produit un compte d'exploitation général prévisionnel très sommaire mais crédible du projet sur une durée de 20 ans, indiquant une valeur actuelle nette des résultats nets sur 20 ans de 399000 EUR, qui n'est critiqué par EDF que par des considérations générales mais justifiées en raison des innombrables aléas pouvant bénéficier au projet, par exemple une diminution du coût de l'investissement nécessaire le moment venu, et/ou affecter son exploitation tant pour des raisons propres que du fait de son environnement général et/ou particulier ;

Que ce compte d'exploitation, adapté proportionnellement par le tribunal selon les mêmes hypothèses et principes que Corsica Sole 3 à un tarif d'achat de :

- 0.42 EUR kWh, indique une valeur actuelle nette des résultats nets sur 20 ans de 223000 EUR ;
- 0.2883 EUR kWh, indique une valeur actuelle nette des résultats sur 20 ans de 100000 EUR ;

[...] 74 kWc
0.60 EUR kWh
0.42 EUR kWh
0.2883 EUR kWh

Chiffre d'affaires
1 352
946
350

Charges d'exploitation
Dont CS 5% du C.A.

Bonus (max 5%)

(271)

68

65

(232)

47

47

(204)

33

33

EBITDA

1 081

714

456

Amortissements

(351)

(351)

(351)

RB

730

363

105

IS 33%

(241)

(120)

(35)

RN

489

243

70

Crédit d'impôts

70

70

70

Préjudice éco en RN

559

313

140

VAN
399
223 (313 *0.714)
100 (140 *0.714)

rev/éco *100
71.4%

Que le préjudice potentiel de Corsica Sole 3 résulte :

- de la perte de 223000 EUR au titre des revenus escomptés de la possibilité quasi-certaine de réaliser un investissement dont la production aurait été vendue par la conclusion quasi-certaine d'un contrat d'achat avec EDF y étant obligée, au prix acquis de 0.42 EUR kWh, sur une durée de 20 ans éventuellement diminuée de l'éventuel retard de mise en exploitation de la centrale dans le délai de 24 mois à compter du 08/07/2010 ;
- diminuée des revenus de 100000 EUR auxquels Corsica Sole 3 a renoncé de son propre chef en décidant unilatéralement d'abandonner le projet ;

Que toutefois, si le préjudice dont se prévaut Corsica Sole 3 est indemnisable, la liquidation de celui-ci est soumise aux innombrables inconnues, incertitudes et aléas pesant sur la réalisation du projet à compter du 02/12/2010 puis, celui-ci étant concrétisé, sur son exploitation, son contexte législatif, son environnement général et/ou particulier et partant sur ses revenus pendant une durée de 20 ans ;

Que dès lors Corsica Sole 3 ne peut se prévaloir que d'un préjudice certain de la perte d'une espérance légitime constitutive d'une perte de chance par la disparition certaine d'une éventualité favorable dont la réparation doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée ;

Que le tribunal estime que si le préjudice est certain, aucune expertise ne saurait légitimement prétendre suppléer aux incertitudes de sa liquidation, en raison tout à la fois des innombrables inconnues et incertitudes le constituant, dont le taux d'actualisation et l'évolution du pouvoir monétaire de l'euro sur la durée de 20 ans ;

Que dès que lors le tribunal, faisant usage de son pouvoir discrétionnaire d'appréciation, liquidera à la somme actuelle de 82000 EUR l'indemnisation du préjudice certain supporté par Corsica Sole 3 ; le tribunal condamnera la SA Electricité de France à payer à la SAS Corsica Sole 3 la somme indemnitaire de 41000 EUR, déboutant pour le surplus ;

1°) ALORS QU'en application des articles 107 et 108 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), le contrôle des aides d'Etat incombe à la Commission européenne et aux juridictions nationales, qui sont investies de missions complémentaires et distinctes ; que s'il appartient exclusivement à la Commission, sous le contrôle de la Cour de justice de l'Union européenne, de se prononcer sur la compatibilité des mesures d'aides avec le marché commun, il revient aux juridictions nationales de sauvegarder les droits que les justiciables tirent de l'effet direct de l'article 108, paragraphe 3, du Traité, en examinant si les projets tendant à instituer ou à modifier ces aides n'auraient pas dû être notifiés à la Commission européenne, avant d'être mis à exécution et, de tirer toutes conséquences de la méconnaissance par les autorités nationales de cette obligation de notification, qui affecte la légalité de ces mesures d'aides, indépendamment de leur éventuelle compatibilité ou incompatibilité avec le marché commun ; qu'en refusant d'examiner la nature des tarifs d'achat prévus par les arrêtés du 10 juillet 2006 et du 12 janvier 2010 au regard des articles 107 et 108 du Traité, et leur légalité au regard de l'obligation de notifier préalablement toute aide nouvelle auprès de la Commission européenne, au motif erroné que la société EDF n'aurait pas rapporté la démonstration que le tarif de 2006 était supérieur à la valeur de marché, la cour d'appel a méconnu son office et violé le principe précité, ensemble les articles 107 et 108 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

2°) ALORS QU'il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qu'en matière d'aides d'Etat, les

juridictions nationales doivent prendre pleinement en considération l'intérêt communautaire et ne doivent pas adopter une mesure qui aurait pour effet d'étendre le cercle des bénéficiaires ; qu'en refusant de contrôler la conformité des arrêtés tarifaires de 2006 et 2010 avec les stipulations du TFUE relatives aux aides d'Etat, au motif qu'ils ont été antérieurement appliqués en faveur d'autres producteurs d'électricité d'origine photovoltaïque, la cour d'appel a méconnu son office et violé les articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

3°) ALORS QUE le principe selon lequel la perte d'un avantage dont l'obtention est illégale ne constitue pas un préjudice réparable ne saurait être remis en cause par la circonstance que des personnes aient déjà bénéficié de cet avantage ; qu'en se fondant sur le fait que les arrêtés tarifaires de 2006 et 2010 ont été antérieurement appliqués pour refuser d'apprécier leur légalité et donc la licéité du préjudice allégué par la société Corsica Sole, la cour d'appel a méconnu le principe susvisé, ensemble l'article 1240 (ancien 1382) du code civil ;

4°) ALORS QUE, subsidiairement, dans ses conclusions d'appel (cf. § 91 et suivants notamment), la société EDF, s'appuyant sur les données d'une étude réalisée par le cabinet Microeconomix faisait valoir que, dans l'hypothèse où l'existence d'un préjudice indemnisable serait reconnue, son assiette ne saurait être celle proposée par les sociétés Corsica Sole ; qu'en condamnant la société EDF au versement de la somme indemnitaire de 41000 euros, sans répondre à ce moyen établissant qu'une telle somme surévalue la perte de chance dont aurait été victime la société Corsica Sole 3, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.