

En poursuivant votre navigation sans modifier vos paramètres de cookies, vous acceptez l'utilisation des cookies. Pour gérer et modifier ces paramètres, cliquez iciFermer



Références

Cour de cassation

chambre commerciale

Audience publique du mardi 9 juin 2015

N° de pourvoi: 14-15074 14-15123 14-15592

Publié au bulletin

Rejet

Mme Mouillard (président), président

SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, SCP Piwnica et Molinié, SCP Spinosi et Sureau, avocat(s)

Texte intégral

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

Vu leur connexité, joint les pourvois n° C 14-15. 123 et N 14-15. 592 formés par la société Axa Corporate Solutions Assurance (la société Axa), et n° Z 14-15. 074 formé par la société Electricité réseau distribution France (la société ERDF) ;

Sur la déchéance du pourvoi n° C 14-15. 123, soulevée d'office, après avertissement délivré aux parties, en ce qu'il est dirigé contre l'arrêt rendu le 4 juin 2013 :

Vu l'article 978, alinéa 1er, du code de procédure civile ;

Attendu qu'aucun grief n'étant formulé contre l'arrêt du 4 juin 2013, il y a lieu de constater la déchéance partielle du pourvoi en ce qu'il est dirigé contre cet arrêt ;

Sur le pourvoi n° C 14-15. 123 en ce qu'il est dirigé contre l'arrêt rendu le 11 février 2014 et sur les pourvois n° N 14-15. 592 et Z 14-15. 074 :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Versailles, 11 février 2014, RG : n° 11/ 09047), qu'estimant que la société ERDF avait commis une faute à son égard lors du traitement de sa demande de raccordement de son installation photovoltaïque au réseau public de distribution d'électricité, la société Green Yellow Hyères Sup (la société Green Yellow) l'a assignée pour obtenir la poursuite de la procédure de raccordement sous astreinte et subsidiairement le paiement de dommages-intérêts ; que la société Axa, assureur responsabilité civile professionnelle de la société ERDF, a été appelée en garantie par son assuré ;

Sur les premiers moyens des pourvois n° C 14-15. 123 et N 14-15. 592, rédigés en termes identiques, réunis :

Attendu que la société Axa fait grief à l'arrêt de retenir la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire alors, selon le moyen, que les juridictions administratives sont compétentes pour connaître du litige né du refus d'exécuter les travaux nécessaires pour raccorder un demandeur au réseau de distribution de l'électricité ; que l'opération de raccordement, en ce qui concerne la phase préalable à l'entrée dans une relation contractuelle de droit privé, a trait au fonctionnement d'un ouvrage public ; que les tiers victimes d'un dommage de travaux publics, résultant de l'exploitation d'un ouvrage public, doivent porter leur litige à la connaissance de la juridiction administrative, quand bien même l'ouvrage serait exploité par une personne de droit privé chargée d'une mission de service public industriel et commercial ; que dès lors la période d'instruction de la demande de « proposition technique et financière » (PTF) relève de la sphère administrative quand les phases de conclusion et d'exécution du contrat de raccordement relèvent de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire ; qu'en retenant cependant sa compétence, la cour d'appel a excédé ses pouvoirs et violé le principe de séparation des autorités judiciaires et administratives ;

Mais attendu qu'après avoir exactement rappelé que le contrat de raccordement ne constitue pas un accessoire du contrat d'achat d'électricité et ne relève pas de la gestion par la société ERDF de l'ouvrage public du réseau public de distribution d'électricité dont elle a la charge, l'arrêt retient d'abord que la société ERDF agit en l'espèce pour son propre

compte ; qu'il constate ensuite que le litige n'est pas fondé sur un refus d'accès au réseau public de distribution électrique ; qu'il relève encore que l'action délictuelle ou quasi-délictuelle en cause a été introduite par une société de droit privé contre la société ERDF, société anonyme de caractère commercial, et son assureur, et qu'elle se fonde sur la perte du bénéfice d'un certain tarif d'achat résultant du traitement tardif d'une demande de raccordement au réseau de distribution électrique ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, excluant la qualification de dommage de travaux publics invoquée par le moyen, la cour d'appel a retenu à bon droit la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur les deuxièmes moyens des pourvois n° C 14-15. 123 et N 14-15. 592, pris en leurs deux premières branches, rédigés en termes identiques, réunis :

Attendu que la société Axa fait grief à l'arrêt de dire que la société Green Yellow a été privée, par suite du non-respect par la société ERDF du délai de traitement de sa demande de raccordement au réseau, du bénéfice de l'obligation d'achat de l'électricité photovoltaïque au tarif fixé avant le moratoire du 9 décembre 2010, par l'arrêté du 10 juillet 2006, de fixer le préjudice indemnisable à hauteur de 80 % et de la condamner, en sa qualité d'assureur de la société ERDF, à garantir cette dernière pour l'ensemble des condamnations qui seront mises à sa charge alors, selon le moyen :

1°/ que la Cour de cassation est compétente pour apprécier, pour la première fois, la conformité au droit de l'Union d'un acte administratif réglementaire ; que le mécanisme de compensation des surcoûts imposés à EDF par l'obligation d'achat de l'électricité d'origine photovoltaïque à un prix supérieur à celui du marché constitue une aide d'Etat qui doit faire l'objet d'une notification à la Commission européenne préalablement à son entrée en vigueur dans l'ordre interne, sous peine d'illégalité ab initio ; qu'en jugeant que la société Green Yellow a été privée du bénéfice des tarifs d'achat escomptés sur la base de l'arrêté du 10 juillet 2006 quand le mécanisme institué par cet acte est pourtant illégal, la cour d'appel a violé les articles 1382 du code civil ensemble l'article 108, § 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) ;

2°/ qu'en conséquence, la perte d'un avantage dont l'obtention serait contraire au droit ne peut être considérée comme un préjudice réparable ; que l'arrêté tarifaire sur la base duquel est assise la demande de réparation formulée par la société Green Yellow étant illégal, la cour d'appel ne pouvait juger réparable le prétendu préjudice qu'elle invoquait sans violer l'article 1382 du code civil ;

Mais attendu que par arrêt du 14 décembre 1995 la Cour de justice des Communautés européennes a dit pour droit (C-430/ 93 et C-431/ 93) que le droit communautaire n'impose pas aux juridictions nationales de soulever d'office un moyen tiré de la violation de dispositions communautaires, lorsque l'examen de ce moyen les obligerait à renoncer à la passivité qui leur incombe, en sortant des limites du litige tel qu'il a été circonscrit par les parties et en se fondant sur d'autres faits et circonstances que ceux sur lesquels la partie qui a intérêt à l'application desdites dispositions a fondé sa demande ; qu'il ne résulte ni de l'arrêt ni des conclusions de la société Axa que celle-ci se soit prévalu de la violation de l'article 108, § 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ; que le moyen, nouveau et mélangé de fait et de droit, est irrecevable ;

Sur les deuxièmes moyens des pourvois n° C 14-15. 123 et N 14-15. 592, pris en leur troisième, quatrième, cinquième et sixième branches, rédigés en termes identiques, et le moyen unique du pourvoi n° Z 14-15. 074, pris en ses sixième, septième, huitième, neuvième, dixième, onzième et douzième branches, réunis :

Attendu que la société ERDF et la société Axa font le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen :

1°/ que seul le préjudice certain est réparable à l'exclusion du préjudice hypothétique ; qu'en jugeant tel le prétendu préjudice invoqué par la société Green Yellow quand elle relevait par ailleurs, non seulement, que les incertitudes pesant sur la filière photovoltaïques dans un contexte évolutif du cadre législatif et réglementaire pouvaient avoir des répercussions directes sur le contrat d'achat d'électricité, mais encore, que des aléas de nature technique et financière pouvaient empêcher la réalisation des projets ayant fait l'objet d'une demande complète de raccordement de leur installation, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations en violation de l'article 1382 du code civil ;

2°/ que, ce faisant, s'est prononcée par des motifs contradictoires en violation des articles 455 et 458 du code de procédure civile, la cour d'appel qui a retenu, tout à la fois, que le préjudice subi par la société Green Yellow est « seulement éventuel » et que cette société peut se prévaloir d'une perte de chance, constitutive d'un « préjudice certain » ;

3°/ qu'en se bornant à indiquer que la société Green Yellow peut se prévaloir de la perte d'une chance par la disparition certaine d'une éventualité favorable constitutive d'un préjudice certain, la réparation de la perte de chance devant être mesurée à la chance perdue, pour juger que le prétendu préjudice de ladite société sera indemnisé à hauteur de 80 %, la cour d'appel a privé sa décision base légale au regard de l'article 1382 du code civil ;

4°/ que faute d'avoir recherché, comme elle y était pourtant expressément invitée, si le fait générateur de ce préjudice ne résidait pas en réalité dans les modifications successives des tarifs de rachat d'électricité photovoltaïque et l'instauration d'un moratoire de plusieurs mois, la cour d'appel, a laissé sans réponse un moyen péremptoire développé par la société Axa CS, en méconnaissance des articles 455 et 458 du code de procédure civile ;

5°/ que la contradiction des motifs équivaut à leur absence ; qu'en retenant tout à la fois, d'un côté, que la perte d'une

chance d'avoir conclu un contrat d'achat d'électricité aux conditions tarifaires antérieures au décret du 9 décembre 2010 n'était pas un préjudice réparable et, de l'autre, que l'impossibilité pour le producteur de bénéficier de l'obligation d'achat d'électricité à ce même tarif constituait la perte d'une espérance légitime indemnisable, la cour d'appel s'est contredite en méconnaissance de l'article 455 du code de procédure civile ;

6°/ que les circonstances constitutives d'une faute commise lors de la période des pourparlers précontractuels ne peuvent être considérées comme la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat ; qu'en considérant que le retard de la société ERDF à adresser au producteur la proposition technique et financière de raccordement était la cause du dommage résultant de la perte d'une chance de réaliser les gains qu'aurait permis la conclusion d'un contrat d'achat d'électricité au tarif fixé avant le moratoire du 9 décembre 2010, la cour d'appel a violé l'article 1382 du code civil ;

7°/ que la réparation ne peut porter que sur la suite immédiate et directe de la faute ; qu'en retenant que le retard de douze jours de la société ERDF à adresser la proposition technique et financière de raccordement était la cause du dommage résultant de ce que le producteur n'avait pu bénéficier des conditions tarifaires antérieures au décret du 9 décembre 2010, quand l'intéressé avait malgré tout disposé de treize jours pour la retourner avant que ne cessent de s'appliquer les anciens tarifs, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, en violation de l'article 1151 du code civil ;

8°/ que la contradiction des motifs équivaut à leur absence ; qu'en retenant tout à la fois, d'un côté, que la société EDF n'était pas tenue en toute certitude d'acquiescer la production d'électricité du producteur durant vingt ans et, de l'autre, qu'une durée du contrat d'achat d'électricité de vingt années était prévisible, la cour d'appel s'est contredite en méconnaissance des exigences de l'article 455 du code de procédure civile ;

9°/ que le dommage résultant de la perte d'une chance doit être direct et certain, non éventuel ; qu'ayant retenu que la perte d'une chance du producteur de réaliser les gains résultant de la signature d'un contrat d'achat d'électricité photovoltaïque aux tarifs avantageux en vigueur avant le décret du 9 décembre 2010 était un préjudice seulement éventuel, la cour d'appel, qui a néanmoins admis la réparation partielle de ce préjudice, a violé l'article 1382 du code civil ;

10°/ que la contradiction des motifs équivaut à leur absence ; qu'en retenant tout à la fois, d'un côté, que le préjudice constitué par la perte d'une chance de réaliser un gain invoquée par le producteur était seulement éventuel et, de l'autre, que celui-ci pouvait se prévaloir d'un préjudice certain constitué par la perte d'une chance, la cour d'appel s'est contredite en méconnaissance des prescriptions de l'article 455 du code de procédure civile ;

11°/ que nul n'ayant droit au maintien d'une réglementation, le dommage résultant de son abrogation n'est pas licite ; qu'en déclarant que le producteur devait être indemnisé de la perte de son droit à bénéficier des dispositions tarifaires fixées par l'arrêté du 10 juillet 2006 qui avait cessé d'être applicable le 10 décembre 2010, la cour d'appel a violé l'article 1382 du code civil ;

Mais attendu, en premier lieu, qu'ayant relevé que le projet de la société Green Yellow avait été différé par suite des carences de la société ERDF et qu'une demande complète de contrat d'achat conforme aux dispositions de l'arrêté du 10 juillet 2006 et du décret du 10 mai 2001 avait été déposée avant le 1er novembre 2009, pour une date prévisible de mise en service fixée au 1er décembre 2010, remplissant les critères requis pour conserver le bénéfice des tarifs fixés par cet arrêté, et qu'aucun manque de diligence ne pouvait être reproché à la société Green Yellow au regard du cadre réglementaire et des circonstances dans lesquelles la proposition technique et financière (PTF) avait été retournée signée, la cour d'appel, qui ne s'est pas contredite, a pu retenir que la société Green Yellow justifiait d'un préjudice certain correspondant à la perte de la chance d'accepter la PTF de la société ERDF avant le 2 décembre 2010, ce qui lui aurait permis de bénéficier de l'obligation d'achat de l'électricité photovoltaïque au tarif fixé par l'arrêté de 2006 ;

Et attendu, en second lieu, qu'ayant rappelé que la réparation du préjudice résultant de la perte de la chance de bénéficier des tarifs de 2006 pour une durée de contrat prévisible de vingt ans doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage que cette chance aurait procuré si elle s'était réalisée, et limité l'indemnisation à 80 % en tenant compte des différents aléas en présence, la cour d'appel, qui n'a pas indemnisé le dommage résultant de l'abrogation d'une réglementation et n'était pas tenue de s'expliquer sur le moyen visé à la quatrième branche, que ses appréciations rendaient inopérant, a légalement justifié sa décision ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Et sur les troisièmes moyens des pourvois n° C 14-15. 123 et N 14-15. 592, rédigés en termes identiques, réunis :

Attendu que la société Axa fait grief à l'arrêt de déclarer recevable et bien fondé l'appel en garantie de la société ERDF à son encontre et de la condamner à la garantir pour l'ensemble des condamnations qui seront mises à sa charge alors, selon le moyen, qu'en relevant, pour apprécier l'existence d'un aléa au contrat d'assurance, élément déterminant pour retenir la garantie de la société Axa, d'une part, que la société ERDF siège au Conseil supérieur de l'énergie, autorité obligatoirement consultée avant toute décision et nécessairement informée du projet de décret impliquant un changement de politique tarifaire et que la mise en place d'un décret moratoire était prévisible pour la société ERDF eu égard à l'article 10 de la loi du 10 février 2010 prévoyant la possibilité de suspendre partiellement ou totalement par décret l'obligation de conclure un contrat d'achat pour une durée qui ne peut excéder dix ans et, d'autre part, que la société ERDF ne pouvait anticiper le décret moratoire du 9 décembre 2010, la cour d'appel s'est prononcée, une

nouvelle fois, par des motifs contradictoires et partant, a méconnu les exigences des articles 455 et 458 du code de procédure civile ;

Mais attendu qu'ayant retenu, d'un côté, que la société ERDF n'était pas fondée à invoquer la force majeure pour s'exonérer de sa responsabilité au titre du retard dans le traitement de la PTF relative à une demande enregistrée le 10 août 2010, la mise en place du décret moratoire n'ayant pas été imprévisible eu égard aux dispositions de la loi du 10 février 2010 prévoyant la possibilité de suspendre partiellement ou totalement par décret l'obligation de conclure un contrat d'achat, de l'autre, pour écarter le moyen tiré de l'absence d'aléa, que cette société ne pouvait anticiper à la date de signature du contrat d'assurance, le 1er juillet 2010, le décret moratoire du 9 décembre 2010, pas plus que l'engorgement de ses services résultant d'un communiqué de presse du 23 août 2010 annonçant une baisse des tarifs au 1er septembre suivant, la cour d'appel, qui s'est référée à la notion d'imprévisibilité dans le cadre d'analyses distinctes, ne s'est pas contredite ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur le moyen unique du pourvoi n° Z 14-15. 074, pris en ses cinq premières branches, qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

PAR CES MOTIFS :

CONSTATE la déchéance du pourvoi n° C 14-15. 123 en ce qu'il est dirigé contre l'arrêt rendu le 4 juin 2013 par la cour d'appel de Versailles ;

Et statuant sur le pourvoi n° C 14-15. 123 en ce qu'il est dirigé contre l'arrêt rendu par la même cour d'appel le 11 février 2014, RG : n° 11/ 09047, et sur les pourvois n° N 14-15. 592 et Z 14-15. 074 :

REJETTE les pourvois ;

Condamne les sociétés Axa Corporate Solutions Assurance et Electricité réseau distribution France aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, les condamne à payer à la société Green Yellow Hyères Sup la somme globale de 3 000 euros et rejette leurs demandes ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du neuf juin deux mille quinze. MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyen produit au pourvoi n° Z 14-15. 074 par la SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, avocat aux Conseils pour la société ERDF

Le moyen reproche à l'arrêt attaqué d'AVOIR déclaré qu'un producteur d'électricité photovoltaïque (la société GREEN YELLOW HYERES SUP) avait été privé, par suite du non-respect par le gestionnaire du réseau public d'électricité (la société ERDF, l'exposante) du délai de traitement de sa demande de raccordement, du bénéfice de l'obligation d'achat pesant sur la société EDF au tarif fixé avant le moratoire du 9 décembre 2010 par l'arrêté du 10 juillet 2006, d'AVOIR décidé que le préjudice était indemnisable à hauteur de 80 % et d'AVOIR ordonné une expertise ;

AUX MOTIFS QUE les réponses ministérielles à caractère politique étaient dépourvues juridiquement d'autorité et l'assertion selon laquelle le délai de trois mois aurait été purement indicatif était contredite par l'article 8. 2. 1 de la procédure de traitement des demandes de raccordement au réseau public de distribution géré par ERDF qui s'exprimait en termes impératifs par l'utilisation du futur simple de l'indicatif (ce délai n'excédera pas trois mois), par la délibération de la CRE du 11 juin 2009 qui précisait que ce délai ne devait pas excéder trois mois quel que fût le domaine de tension par les décisions du CoRDis (comité de règlement des différends des sanctions de la commission de régulation de l'énergie) des 26 et 30 septembre 2011 qui relevaient que la méconnaissance du délai de trois mois prévu à l'article 8. 2. 1 de la procédure de raccordement constituait une méconnaissance par la société ERDF de ses obligations et de sa documentation technique de référence et, enfin, par l'article 13 du cahier des charges de concession type annexe au décret du 23 décembre 2006 qui énonçait, dans son paragraphe I, qu'à défaut de procédures approuvées le délai de transmission de la proposition technique et financière ne pouvait excéder trois mois à compter de la réception de la demande de l'utilisateur ou du gestionnaire du réseau de distribution ; que, par ailleurs, ces règles procédurales prévoyant des conditions de recevabilité, de complétude et de recevabilité de la demande de raccordement (article 7. 2. 1 à 7. 2. 3) soumises à l'approbation de la GRE, édictées par les gestionnaires de réseau en matière de raccordement, qui constituaient un corpus réglementaire, fussent-elles positionnées au bas de la hiérarchie des normes, n'étaient pas contredites par une norme supérieure, peu important qu'il se fût agi d'une lex imperfecta c'est-à-dire de normes dépourvues de sanction en cas d'inobservation par ERDF elle-même, quand le délai de validité de l'offre de raccordement (PTF) était de trois mois sous peine de caducité pour le producteur dans le cadre de la documentation technique de référence d'ERDF visée à l'article 35 du cahier des charges susvisé et que le gestionnaire de réseau avait l'obligation d'appliquer des procédures objectives, transparentes et non discriminatoires (qui étaient publiées) pour garantir aux utilisateurs l'accès aux réseaux de distribution dans des conditions d'égalité de traitement et de sécurité juridique ainsi que le rappelait la CRE dans sa délibération du 11 juin 2009 ; que la méconnaissance par ERDF de sa documentation technique de référence ne permettait pas d'assurer l'effectivité de l'obligation d'achat comme celle du droit d'accès au réseau de distribution ; que la société ERDF restait soumise au droit commun de la responsabilité civile s'agissant des procédures de traitement des demandes de raccordement ; que le délai de transmission de l'offre de raccordement par ERDF de plus de trois mois était anormal et fautif et la demande de raccordement de la société GREEN YELLOW n'avait pas été traitée dans un délai raisonnable ; que ce retard de transmission par ERDF était fautif et

engageait sa responsabilité sur le fondement de la responsabilité civile ; que le non-respect du délai avait eu une conséquence préjudiciable pour la société GREEN YELLOW, producteur photovoltaïque, qui avait été privée du bénéfice des tarifs d'achat escomptés, l'arrêté du 10 juillet 2006 précisant que la date de demande complète du contrat d'achat par le producteur déterminait les tarifs applicables à une installation, quand, selon l'arrêté tarifaire du 12 janvier 2010, c'était la date de la demande complète de raccordement qui déterminait le tarif d'achat d'électricité applicable à une installation ; que ce manquement par la société ERDF à son référentiel technique était susceptible de fonder une action indemnitaire en application des articles 1382 et 1383 du code civil ; que le dépassement du délai de trois mois ne pouvait nuire unilatéralement au préjudice des intérêts de la société GREEN YELLOW et la société ERDF ne pouvait s'affranchir elle-même des règles procédurales qu'elle avait édictées ; que la société ERDF soutenait que le retard de seize jours dans la délivrance de la PTF ne pouvait être considéré comme fautif au vu des circonstances exceptionnelles de l'espèce qui lui étaient imprévisibles et extérieures, invoquait la force majeure, prétendant que l'afflux des demandes de raccordement l'aurait empêchée de faire face, ne disposant pas du personnel qualifié nécessaire au traitement de ce surcroît inhabituel et massif d'activité, tandis que, selon le graphique des demandes de raccordement déposées en 2010 fourni par ERDF, l'afflux des demandes avait eu lieu du 6 au 12 septembre 2010, soit un mois et demi depuis la réception de la demande, qu'il n'était pas imprévisible dès lors que l'arrêté du 12 janvier 2010 avait rendu la demande de raccordement urgente pour les producteurs, puisque c'était désor-mais sa date qui déterminait le tarif d'achat d'électricité applicable ; qu'ERDF siégeait au conseil supérieur de l'énergie, obligatoirement consultée avant toute décision et nécessairement informée du projet de décret impliquant un changement de politique tarifaire ; que par ailleurs, la mise en place d'un décret moratoire n'était pas imprévisible eu égard aux dispositions du 14ème alinéa de l'article 10 de la loi du 10 février 2010 prévoyant, sous réserve du maintien des contrats en cours, la possibilité de suspendre partiellement ou totalement par décret l'obligation de conclure ; qu'un contrat d'achat pour une durée qui ne pouvait excéder dix ans, si cette obligation ne répondait plus aux objectifs de la programmation pluriannuelle des investissements ; que, comme le faisait valoir la société GREEN YELLOW, cet afflux de demandes ne pouvait constituer un fait justificatif du dommage en l'absence de force majeure, le fait d'un tiers n'étant exonératoire que s'il est fautif, ce qui n'était pas le cas en l'espèce s'agissant du dépôt simultané de nombreuses demandes par des tiers ; qu'outre le dépassement du délai de douze jours imputable à la société ERDF dans le traitement de la PTF (à compter de la mise en file d'attente), la société GREEN YELLOW soutenait à juste titre qu'ERDF avait commis des erreurs de chiffrage, à l'origine d'un retard, qui avaient eu une incidence sur le traitement de la demande de raccordement, dès lors qu'elle ne pouvait signer la PTF et régler l'acompte en présence d'un montant surévalué, quand le prix du raccordement mentionné dans la PTF était un élément essentiel pour la formation de l'accord des parties lors de la signature de la convention de raccordement ; qu'en effet, selon l'article 8. 3. 4 de la procédure de raccordement, l'accord de l'offre de raccordement doit être signé sans modification ni réserve ; que la société ERDF avait commis une faute causant un préjudice à la société GREEN YELLOW, dont elle devait réparation ; qu'il ne pouvait être reproché à la société GREEN YELLOW un manque de diligence et de ne pas avoir adressé son acceptation avant le 2 décembre 2010, en versant l'acompte le 3 décembre et en renvoyant la PTF signée le 7 décembre, soit dix-neuf jours après l'envoi de la PTF le 18 novembre 2010, alors que le délai réglementaire lui octroyait un délai de trois mois (article 8. 2. 2 de la procédure de traitement des demandes de raccordement) et que ce n'était qu'à partir de la publication le 10 décembre 2010 du décret moratoire, d'application immédiate, que les producteurs avaient eu connaissance qu'ils perdaient le bénéfice du tarif antérieur faute d'avoir accepté et renvoyé la PTF avant le 2 décembre 2010 ; que, par ailleurs, si, selon la procédure de traitement des demandes de raccordement d'ERDF, le demandeur disposait d'un délai maximal de 3 mois pour donner son accord après la réception de la PTF, ce délai ne pouvait être inférieur à six semaines en HTB (haute tension) ou en HTA (moyenne tension, comme en l'espèce) ; que le projet d'installation photovoltaïque de la société GREEN YELLOW déjà abouti au stade de la signature de la PTF le 7 décembre 2010 mais non de la réception par le gestionnaire (le 9 décembre 2010), par la carence fautive d'ERDF du fait de son retard et de ses erreurs de chiffrage, s'était trouvé placé dans le champ d'application du décret moratoire le 10 décembre suivant prévoyant des dispositions transitoires et le producteur intéressée avait ainsi perdu le bénéfice du tarif de 2006, quand elle pouvait se prévaloir d'un droit acquis au maintien de cette réglementation tarifaire en vigueur avant le décret moratoire, des lors que, s'agissant d'une installation non mise en service avant le 15 janvier 2010, elle remplissait les critères pour conserver les tarifs résultant de l'arrêté du 10 juillet 2006 ; qu'en effet, la société GREEN YELLOW avait, en application de l'arrêté du 16 mars 2010 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par certaines installations utilisant l'énergie radiative du soleil telles que visées au 3° de l'article 2 du décret du 6 décembre 2000, déposé une demande de contrat d'achat conforme aux dispositions de l'arrêté du 10 juillet 2006 et du décret du 10 mai 2001, avant le 1er novembre 2009, et ce, en conformité avec les conditions générales d'achat d'EDF en vigueur à l'époque selon lesquelles la date de la demande complète du contrat était la date du cachet de la poste figurant sur le courrier de demande de contrat envoyé par le producteur à l'acheteur en recommandé avec accusé réception, soit en l'espèce le 26 octobre 2009 ; que, selon le courrier adressé par EDF le 17 octobre 2011, la société GREEN YELLOW avait adressé une demande complète de contrat d'achat à EDF le 28 octobre 2009 référencée sous le n° BTA 0089014 et reçue le 2 novembre 2009, ce qui n'était pas contredit par le courrier recommandé du 18 novembre 2009, par lequel EDF avait accusé réception le 2 novembre 2009 de sa demande de contrat d'achat en lui précisant que sa demande était complète conformément à l'article 3 de l'arrête du 10 juillet 2006 ; que la société Green Yellow était bénéficiaire d'un CODOA délivré le 1er octobre 2009 par la DRIRE Provence Alpes Côte d'Azur et la date prévisible de mise en service du raccordement au réseau public était fixée au 1er décembre 2010 selon les termes de sa demande de contrat d'achat, soit à une date proche de l'entrée en vigueur du décret moratoire ; que le manque de diligence d'ERDF avait donc eu une incidence directe sur le tarif d'achat d'électricité applicable à la société GREEN YELLOW ; que le seul préjudice dont celle-ci pouvait se prévaloir était la perte de chance d'avoir pu bénéficier d'un délai supplémentaire de douze jours pour retourner la PTF avant la date butoir du 2 décembre 2010 fixée par le décret moratoire du 9 décembre 2010, et non celui d'avoir perdu la chance de conclure éventuellement et ultérieurement un contrat d'achat à des conditions plus avantageuses et plus rentables pour elle ; qu'en effet, la carence d'ERDF ne pouvait avoir pour effet de priver la société GREEN YELLOW de tout accès au réseau public de distribution, si bien que la réalisation du projet de la société GREEN YELLOW était différée mais n'était pas devenue impossible ; que la société GREEN YELLOW devait seulement formuler une nouvelle demande à l'expiration du

délai de trois mois (9 mars 2011) pour bénéficier de l'obligation d'achat ; que la société GREEN YELLOW avait donc perdu la chance d'accepter la PTF avant le 2 décembre 2010, c'est-à-dire qu'elle avait perdu la chance de notifier à ERDF son acceptation de la proposition technique et financière de raccordement au réseau avant cette date, préalable à la convention de raccordement, puis à la convention d'exploitation, et de voir son projet non suspendu, tandis que la date prévisible de mise en service du raccordement au réseau public était prévue le 1er décembre 2010, que sa demande de raccordement était qualifiée et entrée en file d'attente, formée des projets dont la probabilité d'aboutissement était forte et qui constituait une réservation de capacité d'accueil sur le réseau selon la procédure de traitement des demandes de raccordement d'ERDF ; qu'elle avait été privée, par l'effet du non-respect du délai de traitement litigieux, de la possibilité d'accepter la proposition qui lui était faite et d'achever les travaux conduisant à la mise en service et à la conclusion du contrat d'achat selon l'économie de sa demande de contrat d'achat et de sa demande de raccordement au réseau ; qu'elle avait perdu le bénéfice de l'obligation d'achat de l'électricité photovoltaïque au tarif fixé, avant le moratoire du 9 décembre 2010, par l'arrêté du 10 juillet 2006, quand elle bénéficiait d'un droit acquis au maintien de ces tarifs d'achat en application du principe de la non-rétroactivité des actes administratifs ; que, par la faute de la société ERDF, son projet était entré dans le champ d'application du moratoire, s'étant ainsi trouvé soumis au nouveau dispositif selon lequel le droit au maintien des tarifs d'achat plus attractifs était déterminé par la date d'envoi de la PTF acceptée tandis que, sous l'empire de l'arrête tarifaire du 10 juillet 2006, c'était la date de demande complète de contrat d'achat par le producteur qui déterminait les tarifs d'achat d'électricité applicables à une installation (selon l'arrête tarifaire du 12 janvier 2010, c'était la date de la demande de raccordement), si bien qu'elle perdait le droit aux anciens tarifs bonifiés, ce qui constituait la perte d'une espérance légitime ; que, toutefois, elle ne pouvait soutenir qu'EDF était tenue en toute certitude d'acquérir toute sa production vingt ans durant dès lors que, selon l'article 12 des conditions générales du contrat d'achat de l'énergie électrique produite par les installations utilisant l'énergie radiative du soleil et bénéficiant de l'obligation d'achat d'électricité, ce contrat pouvait être suspendu ou résilié par l'autorité administrative, sous réserve de l'application du principe dit de l'équation financière du contrat ; que le préjudice subi par la société GREEN YELLOW sur une durée de contrat prévisible de vingt ans, devait être limité à la différence entre les anciens et les nouveaux tarifs résultant de l'arrête du 4 mars 2011, puisque l'intéressée avait décidé elle-même de renoncer à son projet, bien qu'elle eût pu participer à l'appel d'offres lancé par la CRE en 2011 par substitution au système de l'obligation d'achat ou poursuivre son projet aux nouvelles conditions tarifaires fixées par l'arrête du 4 mars 2011, rendant financièrement moins attractif son projet ; que si le préjudice dont elle se prévalait était indemnisable, il était seulement éventuel eu égard aux incertitudes pesant sur la filière photovoltaïque dans un contexte évolutif du cadre législatif et réglementaire pouvant avoir des répercussions directes sur le contrat d'achat eu égard aux dispositions de l'article 12 des conditions générales du contrat d'achat de l'énergie électrique précité ; que des aléas (modifications techniques et financières) pouvaient empêcher la réalisation des projets ayant fait l'objet d'une demande complète de raccordement de leur installation ; que la société GREEN YELLOW pouvait se prévaloir de la perte d'une chance par la disparition certaine d'une éventualité favorable, constitutive d'un préjudice certain ; que la réparation de la perte de chance devait être mesurée à la chance perdue et ne pouvait être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée ; que, dès lors, le préjudice serait indemnisé à hauteur de 80 % (v. arrêt attaqué, pp. 16 à 22) ; que, par décision du 11 juin 2009, la commission de régulation de l'énergie avait précisé que le délai maximum dans lequel la proposition technique et financière devait être transmise au demandeur, à partir de la réception de lademande de raccordement complétée, ne devait pas excéder trois mois quel que fût le domaine de tension ; que la société ERDF avait élaboré une " procédure de traitement des demandes de raccordement " qui précisait, dans son article 8. 2. 1, que le délai de transmission au demandeur de l'offre de raccordement (PTF) « n'excédera (it) pas trois mois » ; que la société ERDF, qui avait reçu la demande de la société GREEN YELLOW par courrier RAR le 26 juillet 2010, lui avait adressé sa PTF pour acceptation le 23 novembre 2010, soit trois mois et vingt-sept jours plus tard ; que le cas de force majeure invoqué par la société ERDF ne pouvait être retenu puisqu'elle ne produisait aucune preuve d'un afflux brutal de demandes de raccordement et reconnaissait elle-même qu'une situation identique s'était présentée quelques mois auparavant, que la situation du mois d'août 2010 n'était donc ni imprévisible, ni irrésistible ; que la société ERDF n'avait donc pas respecté le délai de trois mois fixé par décision administrative et par sa propre procédure, et que ce manquement constituait une faute ; que, par ailleurs, la PTF qu'elle avait transmise à la société GREEN YELLOW comportait des erreurs qu'elle avait reconnues puisqu'elle avait écrit le 30 novembre 2010 qu'elle pourrait « tout régulariser lors de la convention de raccordement » ; que la société GREEN YELLOW avait donné son acceptation par courriel du 30 novembre 2010, versé l'acompte le 4 décembre et renvoyé la PTF signée le 7 décembre (pièce ERDF n° 9), soit au total deux semaines après la réception de la PTF ; que la société ERDF ne pouvait donc accuser la société GREEN YELLOW HYERES d'avoir manqué de diligence dans l'envoi de son acceptation puisque, selon la procédure mise en place par elle-même, le demandeur dispo-sait de trois mois pour l'envoyer ; que le retard dans l'envoi de la PTF et les erreurs qu'elle contenait constituaient des fautes que la société GREEN YELLOW HYERES pouvait valablement reprocher à la société ERDF ; que la société GREEN YELLOW était fondée à faire valoir que, ayant adressé son acceptation de la PTF deux semaines après réception, elle aurait respecté la date du 2 décembre 2010 si la société ERDF avait respecté son propre délai de trois mois et n'avait pas commis d'erreur, et que son dossier aurait alors été retenu ; que la société ERDF avait commis une faute à l'encontre de la société GREEN YELLOW HYERES, lui causant un préjudice éventuel (v. jugement entrepris, pp. 7 et 8) ;

1°) ALORS QUE le cahier des charges type approuvé par le décret n° 2006-1731 du 23 décembre 2006 n'a de caractère réglementaire qu'à l'égard du concessionnaire du réseau public de transport d'électricité ; qu'en décidant qu'il créait des obligations à la charge du gestionnaire du réseau public de distribution d'électricité, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

2°) ALORS QUE ni la délibération de la commission de régulation de l'énergie du 11 juin 2009 posant des principes d'élaboration des procédures de traitement des demandes de raccordement, ni la procédure de traitement des demandes de raccordement établie par le gestionnaire du réseau public ne créent d'obligation à la charge de ce dernier ; qu'en décidant néanmoins que ces deux instruments faisaient obligation à l'exposante de respecter un délai de trois

mois pour transmettre au producteur une proposition technique et financière, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil ;

3°) ALORS QUE, dans le cadre d'une obligation de résultat, la responsabilité est caractérisée à chaque fois que le résultat attendu n'a pas été atteint, sauf preuve d'un fait justificatif ; qu'ayant déclaré que l'exposante n'était pas soumise à une obligation de résultat lors du traitement des procédures de raccordement, tout en retenant que la seule méconnaissance par elle du délai de trois mois imparti pour transmettre au producteur une proposition technique et financière de raccordement suffisait à engager sa responsabilité à défaut de fait justificatif exonératoire, la cour d'appel a tiré des conséquences erronées de ses propres constatations, en violation de l'article 1382 du code civil ;

4°) ALORS QUE l'obligation du gestionnaire de réseau public d'adresser au producteur d'électricité photovoltaïque une proposition technique et financière de raccordement en vue de la signature d'une convention de raccordement dans un délai de trois mois après réception de son dossier complet est une obligation de moyens imposant uniquement au gestionnaire d'employer les moyens appropriés pour tenter de respecter ce délai ; qu'en retenant que le seul fait pour l'exposante d'avoir adressé la proposition technique et financière treize jours après l'expiration du délai suffisait à caractériser une faute engageant sa responsabilité à défaut de fait justificatif exonératoire, la cour d'appel a violé l'article 1382 du code civil ;

5°) ALORS QUE, ayant relevé que les erreurs de chiffrage de l'exposante n'avaient pas empêché le producteur de signer la proposition technique et financière de raccordement dans la mesure où il lui avait été répondu le jour même de leur signalement qu'elles seraient corrigées dans la convention de raccordement et que la PTF pouvait être signée en l'état, ce que l'intéressé avait fait le 7 décembre 2010, la cour d'appel, qui a néanmoins retenu leur caractère fautif, a tiré des conséquences erronées de ses propres constatations en violation de l'article 1382 du code civil ;

6°) ALORS QUE la contradiction des motifs équivaut à leur absence ; qu'en retenant tout à la fois, d'un côté, que la perte d'une chance d'avoir conclu un contrat d'achat d'électricité aux conditions tarifaires antérieures au décret du 9 décembre 2010 n'était pas un préjudice réparable et, de l'autre, que l'impossibilité pour le producteur de bénéficier de l'obligation d'achat d'électricité à ce même tarif constituait la perte d'une espérance légitime indemnisable, la cour d'appel s'est contredite en méconnaissance de l'article 455 du code de procédure civile ; 7°) ALORS QUE, en tout état de cause, les circonstances constitutives d'une faute commise lors de la période des pourparlers précontractuels ne peuvent être considérées comme la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat ; qu'en considérant que le retard de l'exposante à adresser au producteur la proposition technique et financière de raccordement était la cause du dommage résultant de la perte d'une chance de réaliser les gains qu'aurait permis la conclusion d'un contrat d'achat d'électricité au tarif fixé avant le moratoire du 9 décembre 2010, la cour d'appel a violé l'article 1382 du code civil ;

8°) ALORS QUE la réparation ne peut porter que sur la suite immédiate et directe de la faute ; qu'en retenant que le retard de douze jours de l'exposante à adresser la proposition technique et financière de raccordement était la cause du dommage résultant de ce que le producteur n'avait pu bénéficier des conditions tarifaires antérieures au décret du 9 décembre 2010, quand l'intéressé avait malgré tout disposé de treize jours pour la retourner avant que ne cessent de s'appliquer les anciens tarifs, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, en violation de l'article 1151 du code civil ;

9°) ALORS QUE la contradiction des motifs équivaut à leur absence ; qu'en retenant tout à la fois, d'un côté, que la société EDF n'était pas tenue en toute certitude d'acquérir la production d'électricité du producteur durant vingt ans et, de l'autre, qu'une durée du contrat d'achat d'électricité de vingt années était prévisible, la cour d'appel s'est contredite en méconnaissance des exigences de l'article 455 du code de procédure civile ;

10°) ALORS QUE le dommage résultant de la perte d'une chance doit être direct et certain, non éventuel ; qu'ayant retenu que la perte d'une chance du producteur de réaliser les gains résultant de la signature d'un contrat d'achat d'électricité photovoltaïque aux tarifs avantageux en vigueur avant le décret du 9 décembre 2010 était un préjudice seulement éventuel, la cour d'appel, qui a néanmoins admis la réparation partielle de ce préjudice, a violé l'article 1382 du code civil ;

11°) ALORS QUE la contradiction des motifs équivaut à leur absence ; qu'en retenant tout à la fois, d'un côté, que le préjudice constitué par la perte d'une chance de réaliser un gain invoquée par le producteur était seulement éventuel et, de l'autre, que celui-ci pouvait se prévaloir d'un préjudice certain constitué par la perte d'une chance, la cour d'appel s'est contredite en méconnaissance des prescriptions de l'article 455 du code de procédure civile ;

12°) ALORS QUE nul n'ayant droit au maintien d'une réglementation, le dommage résultant de son abrogation n'est pas licite ; qu'en déclarant que le producteur devait être indemnisé de la perte de son droit à bénéficier des dispositions tarifaires fixées par l'arrêté du 10 juillet 2006 qui avait cessé d'être applicable le 10 décembre 2010, la cour d'appel a violé l'article 1382 du code civil.

Moyens identiques produits aux pourvois n° C 14-15. 123 et N 14-15. 592, par la SCP Spinosi et Sureau, avocat aux Conseils pour la société Axa Corporate Solutions Assurance

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir confirmé le jugement entrepris en ce qu'il avait retenu que les juridictions de l'ordre judiciaire étaient compétentes pour se prononcer sur le présent litige ;

Aux motifs que : « Sur l'exception d'incompétence au profit des juridictions administratives

Considérant que la société Axa, qui demande de la déclarer recevable en son intervention volontaire au visa de l'article 330 du code de procédure civile relatif à l'intervention accessoire, soulève l'incompétence des juridictions judiciaires au visa de l'article L. 314-7 du code de l'énergie, de la loi du 28 pluviôse an VIII et de l'article R. 312-19 du code de justice administrative, soutient que le présent litige diffère de celui tranché en faveur de la juridiction de l'ordre judiciaire par le tribunal des conflits le 8 juillet 2013 opposant la société d'exploitation des énergies photovoltaïques (SEEP) à la société ERDF, dans la mesure où il s'agit en l'espèce d'une action délictuelle et non contractuelle, que le présent litige intéresse les conséquences de l'édition d'actes réglementaires (décret du 9 décembre 2010 et arrêté tarifaire du 4 mars 2011) et la conclusion du contrat d'achat d'électricité d'origine photovoltaïque qui est un contrat administratif par détermination de la loi et subsidiairement, la possibilité pour Green Yellow de pouvoir utiliser des ouvrages publics ;

Considérant que la société ERDF a renoncé dans ses dernières écritures à soulever l'incompétence des juridictions judiciaires ;

Que la société Green Yellow demande de déclarer Axa irrecevable en son exception d'incompétence en sa qualité d'intervenante accessoire au motif que le débat sur la compétence a été définitivement éteint par la renonciation d'ERDF ;

Mais considérant comme le souligne à juste titre la société Axa, que la société ERDF a, postérieurement à son intervention volontaire par conclusions du 19 février 2013, formulé une demande (dès les conclusions n° 4 signifiées le 22 mars 2013) tendant à ce que sa compagnie d'assurance soit condamnée à la garantir pour l'ensemble des condamnations mises à sa charge, ce qui donne à Axa, désormais intervenante forcée, qualité à contester la demande principale et à soulever tous les moyens et exceptions à cette fin, conformément à l'article 31 du code de procédure civile ; Que le moyen de la société Green Yellow tendant à déclarer Axa irrecevable en son exception d'incompétence sera donc écarté et celle-ci sera déclarée recevable en son intervention volontaire, dès lors qu'à la date de cette intervention accessoire, elle avait intérêt pour la conservation de ses droits à soutenir les prétentions de la société ERDF soulevant l'incompétence de la juridiction judiciaire ;

Considérant que la société Green Yellow fait valoir à bon droit que le litige est délictuel, que le contrat n'est pas administratif, que les contrats conclus entre personnes privées sont de droit privé et qu'ERDF, concessionnaire de service public, agissait pour son propre compte et non pour celui du concédant ;

Considérant en effet, que le présent litige opposant la société Green Yellow à la société ERDF et son assureur, concerne une action délictuelle ou quasi-délictuelle, fondée sur le retard dans les délais impartis, pris par ERDF dans le traitement de la demande de la société Green Yellow, producteur d'électricité d'origine photovoltaïque, de raccordement au réseau public de distribution électrique, lui faisant perdre le bénéfice de l'obligation d'achat de l'électricité photovoltaïque au tarif fixé avant le moratoire du 9 décembre 2010, par l'arrêté du 10 juillet 2006 ;

Que le litige ne porte pas sur la conclusion ou l'exécution du contrat de raccordement, lequel ne constitue pas un accessoire du contrat d'achat d'électricité et qui au demeurant est un contrat de droit privé qui ressortit à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire et ne relève pas de la gestion par ERDF de l'ouvrage public du réseau public de distribution d'électricité dont elle a la charge ;

Que le litige ne porte pas non plus sur l'absence de conclusion de PTF ou sur un refus d'accès au réseau, ni sur le contrat d'achat d'électricité qui est un contrat administratif par détermination de la loi, mais s'inscrit dans la phase préalable à la conclusion de la convention de raccordement ;

Que la délivrance d'une proposition technique et financière par ERDF n'a pas la qualification de contrat administratif et l'absence de délivrance ne constitue pas une décision administrative ;

Que la procédure de traitement des demandes de raccordement ne peut recevoir une qualification administrative ;

Que le présent litige porte sur la procédure prétendue fautive de traitement des demandes de raccordement au réseau public de distribution gérée par ERDF, résultant de l'absence de délivrance d'une PTF dans le délai de 3 mois prévu dans sa documentation technique de référence ; Qu'il s'ensuit que le juge judiciaire est seul compétent pour apprécier la faute invoquée contre la société ERDF en dehors de toute relation contractuelle pré-établie avec la société Green Yellow, s'agissant des relations du concessionnaire d'un service public industriel et commercial, constitué sous forme de société anonyme de caractère commercial avec une société privée, producteur photovoltaïque et usager du service public ;

Que le jugement sera confirmé en ce qu'il a rejeté l'exception d'incompétence et s'est déclaré compétent ; ç » (arrêt attaqué, pp. 8-11) ;

Et aux motifs éventuellement adoptés que : « Attendu que le Tribunal des conflits considère, dans une décision du 26 juin 1989, qu'il existe une règle de valeur législative selon laquelle ç'les contrats passés entre deux personnes privées relèvent des seuls tribunaux judiciaires, sauf dérogation législative ou dans le cas où l'une des parties au contrat agit pour le compte d'une personne publique ç',

Attendu qu'ERDF et GREEN YELLOW HYERES sont toutes deux des sociétés de droit privé,

Attendu que, dans le cas présent, ERDF, en passant un contrat de raccordement à son réseau avec un producteur d'électricité, agit pour son propre compte dans le cadre de la concession de distribution d'électricité dont elle est titulaire, et n'engage en rien les collectivités locales qui lui ont confié cette concession,

Attendu que ni l'exercice d'une mission de service public, la distribution d'électricité, dont elle n'a d'ailleurs pas le monopole, ni le contrôle qu'exerce sur elle la CRE, instance publique, ne confèrent à l'ensemble de ses actes un caractère public,

Attendu, par ailleurs, que le Tribunal des conflits, dans sa décision n° 3800 du 13 décembre 2010, considère que « les demandes d'achat d'électricité présentées par les sociétés productrices d'électricité à la société anonyme EDF tenue de conclure les contrats d'achat correspondants, ne peuvent conduire qu'à instaurer entre ces personnes de droit privé des relations contractuelles de droit privé »,

Attendu que le contrat litigieux porte sur le raccordement au réseau du producteur d'électricité nécessaire à l'application du contrat de vente signé avec EDF, qui est un contrat de droit privé comme précisé ci-dessus par le Tribunal des conflits, et que, dès lors c'est l'ensemble des relations contractuelles entre EDF, le distributeur et le producteur qui relève du droit privé, Qu'en conséquence, le tribunal dira ERDF mal fondée en son exception d'incompétence et retiendra la cause à » (Production n° 1- Jugement du Tribunal de commerce de Nanterre du 7 décembre 2011, p. 5) ;

Alors que les juridictions administratives sont compétentes pour connaître du litige né du refus d'exécuter les travaux nécessaires pour raccorder un demandeur au réseau de distribution de l'électricité ; que l'opération de raccordement, en ce qui concerne la phase préalable à l'entrée dans une relation contractuelle de droit privé, a trait au fonctionnement d'un ouvrage public ; que les tiers victimes d'un dommage de travaux publics, résultant de l'exploitation d'un ouvrage public, doivent porter leur litige à la connaissance de la juridiction administrative, quand bien même l'ouvrage serait exploité par une personne de droit privé chargée d'une mission de service public industriel et commercial ; que dès lors la période d'instruction de la demande de « proposition technique et financière » (PTF) relève de la sphère administrative quand les phases de conclusion et d'exécution du contrat de raccordement relèvent de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire ; qu'en retenant cependant sa compétence, la Cour d'appel a excédé ses pouvoirs et violé le principe de séparation des autorités judiciaires et administratives ;

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir dit que la société GREEN YELLOW a été privée, par suite du non-respect par la société ERDF du délai de traitement de sa demande de raccordement au réseau, du bénéfice de l'obligation d'achat de l'électricité photovoltaïque au tarif fixé avant le moratoire du 9 décembre 2010, par l'arrêté du 10 juillet 2006, fixé son préjudice de GREEN YELLOW indemnisable à hauteur de 80 % et condamné la société AXA Coporate Solutions, en sa qualité d'assureur de la société ERDF, à la garantir pour l'ensemble des condamnations qui seront mises à sa charge.

Aux motifs que « Sur l'évaluation du préjudice subi par la société Green Yellow Hyères Sup

Considérant que la société Green Yellow invoque en application de l'article 1149 du Code civil, les pertes subies (études) et les gains manqués correspondant au bénéfice perdu sur 20 ans, qui est selon elle un préjudice certain et non une perte de chance du fait qu'elle disposait d'un acquéreur obligé (EDF) tenu par application de l'article 2° de l'article 10 de la loi du 10 février 2000, d'acquérir toute sa production vingt ans durant à un prix préfixé, qu'elle était certaine de bénéficier du tarif fixé par l'arrêté du 10 juillet 2006 acquis aux producteurs ayant déposé une demande complète de contrat d'achat avant le 1er novembre 2009, qu'il est certain que le contrat d'achat aurait été conclu au tarif de 2006 et qu'en cas de modification unilatérale du contrat de vente, elle estime qu'elle avait vocation à être indemnisée du préjudice financier subi de ce chef par le cocontractant par application du principe dit de l'équation financière du contrat en cas de mutabilité du contrat administratif, qu'elle demande qu'il soit fait application du principe de la réparation intégrale du préjudice qu'elle fixe à la somme de 2. 549. 000 euros, alors que le tribunal a fixé le préjudice subi à hauteur de 370. 068, 82 euros sur la base d'une perte de chance de réaliser un bénéfice incluant les frais d'études pour 70. 068, 82 euros ;

Considérant que ERDF estime que le retard de 16 jours et l'erreur de chiffrage ne sont nullement la cause du préjudice allégué est purement éventuel et donc non indemnisable et totalement injustifié en son quantum, que le tribunal ne pouvait pas accorder réparation du préjudice purement éventuel tiré de la perte d'exploitation sur 20 ans d'une centrale virtuelle, que la demande de la société Green Yellow doit être rejetée, que le seul préjudice tiré de la perte de chance d'avoir reçu une PTF 16 jours plus tôt n'est pas indemnisable, que celle-ci s'est privée elle-même du bénéfice du contrat d'achat en abandonnant son projet malgré la sortie du moratoire, que la méthode d'évaluation du manque à gagner de la société Green Yellow ne peut être retenue, que celle-ci ne pouvait estimer comme acquis le bénéfice du tarif d'achat d'électricité de 60, 176 cts euros/ kWc à la date de la signature du contrat d'achat d'électricité et sur une période de 20 ans, que l'évaluation de la société Green Yellow est surévaluée et injustifiée ;

Que la société Axa réplique que le préjudice n'est pas justifié dans son quantum ;

Que la société Green Yellow pour justifier du montant du préjudice qu'elle réclame, produit le rapport de MM. X...et Y...du 30 janvier 2013, la note du cabinet Artelia de décembre 2012 en réponse à la note n° 1 de la société Engimo, alors que la société ERDF produit les notes d'observation de la société Engimo, expert d'assurances, des 16 août 2012 et 22 mars 2013 qui estiment que le préjudice subi résultant de l'abandon du projet est de 25. 497, 20 euros HT au titre

des décaissés (études) et que la société Axa communique le rapport du cabinet GM Consultant sur le modèle économique pour un producteur photovoltaïque, cabinet d'experts spécialisés dans l'analyse des investissements financiers dans le secteur des énergies renouvelables ;

Considérant que la cour estime que le seul préjudice dont peut se prévaloir la société Green Yellow, est la perte de chance d'avoir pu bénéficier d'un délai supplémentaire de 12 jours pour retourner la PTF avant la date butoir du 2 décembre 2010 fixé par le décret moratoire du 9 décembre 2010 et non celui d'avoir perdu la chance de conclure éventuellement et ultérieurement un contrat d'achat à des conditions plus avantageuses et plus retabes pour elle ; Qu'en effet, la carence d'ERDF ne pouvait avoir pour effet de priver la société Green Yellow de tout accès au réseau public distribution, si bien que la réalisation du projet de la société Green Yellow était différée, mais n'était pas devenue impossible ;

Que la société Green Yellow devait seulement formuler une nouvelle demande à l'expiration du délai de trois mois (9 mars 2011) pour bénéficier de l'obligation d'achat ;

Que la société Green Yellow a donc perdu la chance d'accepter la PTF avant le 2 décembre 2010, c'est à dire qu'elle a perdu la chance de notifier à ERDF son acceptation de la proposition technique et financière de raccordement au réseau avant cette date, préalable à la convention de raccordement, puis à la convention d'exploitation et de voir son projet non suspendu, alors que la date prévisible de mise en service du raccordement au réseau public était prévue le 1er décembre 2010, que sa demande de raccordement était qualifiée et entrée en file d'attente, formée des projets dont la probabilité d'aboutissement était forte et qui constituait une réservation de capacité d'accueil sur le réseau selon la procédure de traitement des demandes de raccordement d'ERDF ;

Qu'elle a été privée, par l'effet du non-respect du délai de traitement litigieux, de la possibilité d'accepter la proposition qui lui était faite et d'achever les travaux conduisant à la mise en service et à la conclusion du contrat d'achat selon l'économie de sa demande de contrat d'achat et de sa demande de raccordement au réseau ;

Qu'elle a perdu le bénéfice de l'obligation d'achat de l'électricité photovoltaïque au tarif fixé avant le moratoire du 9 décembre 2010, par l'arrêté du 10 juillet 2006 alors qu'elle bénéficiait d'un droit acquis au maintien de ces tarifs d'achat, en application du principe de la non-rétroactivité des actes administratifs ;

Que par la faute de la société ERDF, son projet est entré dans le champ d'application du moratoire, se trouvant ainsi trouvé soumis au nouveau dispositif selon lequel le droit au maintien des tarifs d'achat plus attractifs est déterminé par la date d'envoi de la PTF acceptée, alors que sous l'empire de l'arrêté tarifaire du 10 juillet 2006, c'était la date de demande complète de contrat d'achat par le producteur, qui déterminait les tarifs d'achat d'électricité applicables à une installation (selon l'arrêté tarifaire du 12 janvier 2010, c'était la date de demande de raccordement), si bien qu'elle perd le droit aux anciens tarifs bonifiés, ce qui constitue la perte d'une espérance légitime ;

Que toutefois, elle ne peut soutenir qu'EDF était tenue en toute certitude d'acquérir toute sa production vingt ans durant dès lors que selon l'article 12 des conditions générales du contrat d'achat de l'énergie électrique produite par les installations utilisant l'énergie radiative du soleil et bénéficiant de l'obligation d'achat d'électricité, ce contrat pourra être suspendu ou résilié par l'autorité administrative, sous réserve de l'application du principe dit de l'équation financière du contrat ;

Que le préjudice subi par la société Green Yellow sur une durée de contrat prévisible de 20 ans, doit être limité à la différence entre les anciens et les nouveaux tarifs résultant de l'arrêté du 4 mars 2011, puisque l'appelante a décidé elle-même de renoncer à son projet, alors qu'elle aurait pu participer à l'appel d'offres lancé par la CRE en 2011 par substitution au système de l'obligation d'achat ou poursuivre son projet aux nouvelles conditions tarifaires fixées par l'arrêté du 4 mars 2011, rendant financièrement moins attractif son projet ;

Que selon le rapport de MM. X...et Y...du 30 janvier 2013 (annexe 3), le prix de vente de l'électricité calculé au tarif initial est de 0,60 euros/kwh (très exactement 0,60176) et la valeur du projet dont la société Green Yellow a été privée pendant 20 ans est estimée à 2.036 K euros net et les dépenses engagées au titre du projet avant le 10 décembre 2010 (frais d'études), sont fixées à 59 K euros avant impôt ou 38 K euros après impôts selon ce rapport, soit un préjudice global estimé à 2.549.000 euros ;

Mais considérant que si le préjudice dont se prévaut la société Green Yellow est indemnisable, toutefois celui-ci est seulement éventuel eu égard aux incertitudes pesant sur la filière photovoltaïque dans un contexte évolutif du cadre législatif et réglementaire, pouvant avoir des répercussions directes sur le contrat d'achat eu égard aux dispositions de l'article 12 des conditions générales du contrat d'achat de l'énergie électrique précité ;

Que les aléas (modifications techniques et financières) peuvent empêcher la réalisation des projets ayant fait l'objet d'une demande complète de raccordement de leur installation ;

Que la société Green Yellow peut se prévaloir de la perte d'une chance par la disparition certaine d'une éventualité favorable, constitutive d'un préjudice certain ;

Que la réparation de la perte de chance 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 dès lors, le préjudice sera indemnisé à hauteur de 80 % » (arrêt attaqué, pp. 18-22) 1/ Alors que, la Cour de cassation est compétente pour apprécier, pour la première fois, la conformité au droit de l'Union d'un acte administratif réglementaire ; que le mécanisme de compensation des surcoûts imposés à EDF par l'obligation d'achat de l'électricité d'origine photovoltaïque à un prix supérieur à celui du marché constitue une aide d'Etat qui doit faire l'objet d'une notification à la Commission européenne préalablement à son entrée en vigueur dans l'ordre interne, sous peine d'illégalité ab initio ; qu'en jugeant que la société GREEN YELLOW a été privée du bénéfice des tarifs d'achat escomptés sur la base de l'arrêté du 10 juillet 2006 quand le mécanisme institué par cet acte est pourtant illégal, la Cour d'appel a violé les articles 1382 du Code civil ensemble l'article 108 § 3 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) ;

2/ Alors qu'en conséquence, la perte d'un avantage dont l'obtention serait contraire au droit ne peut être considérée comme un préjudice réparable ; que l'arrêté tarifaire sur la base duquel est assise la demande de réparation formulée par la société GREEN YELLOW étant illégal, la Cour d'appel ne pouvait juger réparable le prétendu préjudice qu'elle invoquait sans violer l'article 1382 du Code civil ;

3/ Alors qu'en tout état de cause, seul le préjudice certain est réparable à l'exclusion du préjudice hypothétique ; qu'en jugeant tel le prétendu préjudice invoqué par la société GREEN YELLOW quand elle relevait par ailleurs, non seulement, que les incertitudes pesant sur la filière photovoltaïques dans un contexte évolutif du cadre législatif et réglementaire pouvaient avoir des répercussions directes sur le contrat d'achat d'électricité, mais encore, que des aléas de nature technique et financière pouvaient empêcher la réalisation des projets ayant fait l'objet d'une demande complète de raccordement de leur installation, la Cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations en violation de l'article 1382 du Code civil ;

4/ Alors que, ce faisant, s'est prononcée par des motifs contradictoires en violation des articles 455 et 458 du Code de procédure civile, la cour d'appel qui a retenu, tout à la fois, que le préjudice subi par la société GREEN YELLOW est « seulement éventuel » (arrêt attaqué, p. 21 § 3) et que cette société peut se prévaloir d'une perte de chance, constitutive d'un « préjudice certain » (arrêt attaqué, p. 21 § 5) ;

5/ Alors qu'au surplus, en se bornant à indiquer que la société GREEN YELLOW peut se prévaloir de la perte d'une chance par la disparition certaine d'une éventualité favorable constitutive d'un préjudice certain, la réparation de la perte de chance devant être mesurée à la chance perdue, pour juger que le prétendu préjudice de ladite société sera indemnisé à hauteur de 80 %, la Cour d'appel a privé sa décision base légale au regard de l'article 1382 du Code civil ;

6/ Alors qu'enfin, faute d'avoir recherché, comme elle y était pourtant expressément invitée (conclusions d'appel d'AXA CS, p. 23, points 42-43), si le fait générateur de ce préjudice ne résidait pas en réalité dans les modifications successives des tarifs de rachat d'électricité photovoltaïque et l'instauration d'un moratoire de plusieurs mois, la cour d'appel, a laissé sans réponse un moyen péremptoire développé par la société AXA CS, en méconnaissance des articles 455 et 458 du Code de procédure civile ;

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir déclaré recevable et bien-fondé l'appel en garantie de la société ERDF à l'encontre de la société AXA CS en sa qualité d'assureur responsabilité civile professionnelle de la société ERDF et d'avoir condamné la société AXA CS à la garantir pour l'ensemble des condamnations qui seront mises à sa charge, à l'issue du dépôt du rapport d'expertise, en principal, frais, intérêts et accessoires et pour celles résultant de l'arrêt attaqué ;

Aux motifs que «- Sur le bien-fondé de l'appel en garantie

Considérant que la société ERDF demande à être garantie par la société Axa au titre de sa garantie responsabilité civile générale souscrite le 1er juillet 2010 couvrant la responsabilité civile, professionnelle de l'assuré découlant de toute faute, erreur de fait ou de droit, omission, négligence, erreur de conception ou manque de diligence ou de prudence, toute infraction aux dispositions légale, réglementaires ou statutaires, et plus généralement de tout acte commis par l'assuré ou ses préposé s dans l'exécution de ses prestations intellectuelles non suivies d'exécution et/ ou de toute réalisation matérielle pour l'assuré ;

Que la société Axa soutient que l'appel en garantie est infondé faute pour ERDF de pouvoir justifier d'un événement de caractère aléatoire au sens de l'article 1964 du code civil, dans l'hypothèse où la cour aura rejeté le moyen invoqué par l'assuré tiré du caractère imprévisible de son retard dans le traitement des demandes de raccordement, que ce seul constat suffit à caractériser l'absence d'aléa, que les retards pris par ERDF dans l'instruction des demandes de raccordement constituaient un problème structurel interne à ce gestionnaire et existait depuis de nombreuses années (délibération de la CRE du 11 juin 2009 rappelant la nécessité de porter à la connaissance des utilisateurs des réseaux l'ensemble des règles appliquées par les gestionnaires des réseaux publics de distribution, préconisant une évolution des procédures de traitement des demandes, par la publication des procédures de demande de raccordement, l'indication de l'engagement des gestionnaires sur les délais de traitement de la demande), que dès cette date, ERDF était parfaitement informée de la nécessité de mettre en oeuvre les procédures internes propres à respecter ces engagements et notamment d'instruire les demandes de raccordement dans un délai raisonnable, que l'afflux des demandes n'interdisaient par à ERDF de renforcer ses services pendant la période d'instruction des dossiers et était prévisible lors de la diffusion du rapport A.../ B... du 29 juillet 2010 et après le communiqué de presse du 23 août 2010 annonçant une baisse des tarifs du 1er septembre suivant, qu'elle pouvait demander l'organisation d'un moratoire dès le 31 août 2010 lui permettant de faire face à cet afflux comme le prévoit le titre 4 du contrat de service public conclu avec l'Etat, qu'elle n'a pas mis en oeuvre les moyens nécessaires pour faire face à cette augmentation prévue, que les retards

étaient inévitables, qu'ERDF a délibérément limité les effectifs mis en place, que ce constat suffit à justifier la non-application des garanties aux sinistres déclarés par ERDF, en ajoutant que le défaut structurel est un cas d'exclusion de la police d'assurance au titre de l'article 2. 1. 8 prévoyant que les conséquences des décisions prises par la direction des personnes morales assurées ou les personnes qu'elle s'est substituée dès lors que le dommage devrait nécessairement s'ensuivre et fait perdre au contrat son caractère aléatoire et qu'en tout état de cause, la police comporte un seuil d'intervention de 1. 500. 000 euros par sinistre ;

Qu'ERDF réplique que le dommage résulte d'un aléa qu'elle ne pouvait pas prévoir au moment de la souscription de la police d'assurance (communiqué de presse du 23 août 2010 et décret moratoire du 9 décembre 2010, la police responsabilité civile couvre un risque composite formé de trois éléments : un fait générateur, un dommage et la réclamation d'un tiers, le défaut d'aléa doit être caractérisé pour chacun de ces trois éléments), qu'elle n'a eu aucune volonté de créer un dommage dont elle demande aujourd'hui la garantie (elle ne pouvait anticiper le moratoire, elle a mis en oeuvre l'ensemble des moyens en sa possession pour prévenir le dommage) ;

Mais considérant que si la société ERDF a commis une négligence fautive ou un manque de diligence au sens de la police, celle-ci n'est pas soumise à une obligation de résultat lors du traitement des procédures de raccordement en l'absence de sanction spécifique prévue et ne pouvait anticiper le décret moratoire du 9 décembre 2010 ;

Que comme le soutient la société ERDF, la clause d'exclusion est nulle en application de l'article L. 113-1 du code des assurances pour n'être pas formelle et limitée, car ne précisant pas les modalités d'exécution des décisions exclues de la garantie et les conditions d'application de la clause d'exclusion ne sont pas réunies en l'espèce, n'étant pas à l'origine des mesures législatives ou réglementaires relatives à l'obligation d'achat solaire ; ç » (arrêt attaqué, pp. 22-24) ; Alors qu'en relevant, pour apprécier l'existence d'un aléa au contrat d'assurance, élément déterminant pour retenir la garantie d'AXA CS, d'une part, qu'ERDF siège au Conseil supérieur de l'énergie, autorité obligatoirement consultée avant toute décision et nécessairement informée du projet de décret impliquant un changement de politique tarifaire et que la mise en place d'un décret moratoire était prévisible pour ERDF eu égard à l'article 10 de la loi du 10 février 2010 prévoyant la possibilité de suspendre partiellement ou totalement par décret l'obligation de conclure un contrat d'achat pour une durée qui ne peut excéder dix ans et, d'autre part, qu'ERDF ne pouvait anticiper le décret moratoire du 9 décembre 2010, la Cour d'appel s'est prononcée, une nouvelle fois, par des motifs contradictoires et partant, a méconnu les exigences des articles 455 et 458 du Code de procédure civile.

ECLI:FR:CCASS:2015:CO00576

Analyse

Publication :

Décision attaquée : Cour d'appel de Versailles , du 11 février 2014