

Cour d'appel de Versailles, 19 juin 2012, n° 11/00158  
SA E. c. SA G.

*Faits et procédure :*

Par acte reçu le 13 octobre 1999 par M<sup>e</sup> Bonduelle, notaire, la société G. a donné à bail commercial à la société E. des locaux situés à XXX, XXXX, constitués d'un ensemble bâti n° XXX comprenant deux bâtiments mitoyens communiquant entre eux et un terrain attenant à usage de parkings le tout d'une surface d'environ 4.315 m<sup>2</sup>.

En vertu de l'article 8 2° / du bail, le preneur doit en sus du loyer, rembourser au bailleur « sa consommation d'électricité sur la base d'un forfait de 205 000 francs (31 252,05 €) HT par an, tant que le bailleur n'aura pas installé à ses frais, un compteur individuel puis, dans cette hypothèse, selon la consommation réelle sur la base du tarif pratiqué par le fournisseur X ».

Par acte en date du 21 mars 2000 contenant avenant au bail de 1999, la société G. a consenti au preneur un bail sur d'autres biens, en l'espèce, un bâtiment portant le numéro 146 et un terrain attenant à usage de *parking* d'une surface de 8.850 m<sup>2</sup>.

Aux termes de l'article 8 2° / de cet acte, le preneur remboursera au bailleur sa consommation d'électricité sur la base d'un forfait de 210 300 francs (32 060,03 €) HT par an tant que le bailleur n'aura pas installé à ses frais, un compteur individuel puis, dans cette hypothèse, selon la consommation réelle sur la base du tarif pratiqué par le fournisseur X.

Par courrier en date du 7 décembre 2005 la société G. a informé la société E. qu'elle transférerait dès à présent les charges réelles d'alimentation électrique dédiées à ses activités sur la base d'un abonnement du fournisseur X n° 211 02515 16284 00 00, en précisant à titre indicatif que le montant annuel de l'année 2004/2005 s'élève à environ 165 000 €.

La société E. a contesté ce procédé dès janvier 2006 en faisant observer qu'il n'y avait pas d'abonnement qui aurait été mis à son nom conformément à la clause du bail et n'a pas honoré les factures émises par la société G. au titre des consommations d'électricité.

Un procès-verbal de constat a été dressé le 16 octobre 2007 par huissier de justice au contradictoire de la société E. représentée par deux personnes.

La société G. a fait délivrer à E. un commandement de payer le 20 mars 2008 pour la somme de 277.866,51 € correspondant aux « factures du fournisseur X impayées au 13.03.2008 » que celle-ci a réglées.

Néanmoins, par acte d'huissier en date du 27 mai 2008 la société E. a attiré devant le tribunal de grande instance de Versailles la société G. et dans le dernier état de ses écritures signifiées le 23 février 2009, elle demandait, avec le bénéfice de l'exécution provisoire, de déclarer nul le commandement de payer délivré le 20 mars 2008 par la société G., dire qu'elle n'était pas redevable de la somme de 277 866,51 € et en conséquence, condamner la société G. à lui rembourser cette somme.

*Par jugement rendu le 16 novembre 2010, le tribunal a :*

dit que la société E. est redevable envers la société G., au titre des sommes réclamées dans le commandement en date du 20 mars 2008 de la somme de 123 933,78 € TTC,

condamné la société E. à payer à la société G. la somme de 102 295,89 € HT au titre de la consommation d'électricité pour l'année 2008 et du premier trimestre 2009,

- rejeté le surplus des demandes,

- ordonné l'exécution provisoire,

- condamné la société E. à payer à la société G. la somme de 1 000 € sur le fondement de l'article 700 du Code de procédure civile.

La société E. a relevé appel de ce jugement.

Par dernières conclusions signifiées le 19 août 2011, elle demande à la cour de réformer le jugement et statuant à nouveau, dire que les clauses contractuelles relatives à la refacturation de l'électricité sont nulles et de nul effet et en conséquence condamner la société G. à lui rembourser 1 102 780,54 € avec intérêts au taux légal à compter de l'arrêt à intervenir et capitalisation des intérêts, la dispenser de payer les sommes réclamées directement ou indirectement et notamment la somme de 462 163,96 € arrêtée au 30 janvier 2011, subsidiairement, dire qu'elle ne saurait payer au-delà du forfait, très subsidiairement, dire qu'elle ne saurait être tenue au remboursement de consommations réelles qu'à compter du 16 octobre 2007, à l'exclusion de toute refacturation des frais de location d'un ou plusieurs postes d'alimentation électrique, en tout état de cause, de condamner la société G. à l'indemniser de ses préjudices et à lui payer :

- 29 900 € TTC à raison de la perte d'une chance de renégocier le tarif fournisseur X,

- 157 440 € TTC au titre de l'obligation d'installation d'amplificateur de puissance,

- 50 000 € pour procédure abusive,

- 10 000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Par dernières conclusions signifiées le 23 mai 2011, la société G. demande à la cour de confirmer le jugement sauf à préciser que la somme de 123 933,78 € est une somme HT et que la société E. est donc redevable d'une somme de 142.224,80 € TTC au titre des causes du commandement de payer du 20 mars 2008, subsidiairement l'autoriser à résilier le contrat d'alimentation desservant le poste E. et à cesser toute alimentation dans les 15 jours de l'arrêt à intervenir, condamner E. à lui payer une indemnité de 15.000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Par arrêt en date du 15 novembre 2011, la cour a ordonné une médiation et renvoyé l'affaire après médiation à l'audience du 12 avril 2012.

La médiation n'ayant pas abouti, les parties ont été entendues en leurs plaidoiries à cette audience.

Pour un plus ample exposé des moyens et prétentions des parties, la cour renvoie aux dernières conclusions signifiées conformément à l'article 455 du Code de procédure civile.

*Sur ce, la cour :*

*Sur les demandes en paiement de G. :*

En substance, E. soutient à l'appui de son appel pour contester être redevable des sommes réclamées par G. au titre de la facturation de sa consommation électrique, que contrairement à ce

qu'a écrit G. dans son courrier du 7 décembre 2005, elle n'a pas transféré à son nom le contrat du fournisseur X, qu'elle s'est contentée de lui transférer les charges réelles d'alimentation électrique et qu'il s'agit donc d'une rétrocession d'énergie.

Elle fait valoir que G. ne lui a jamais permis de vérifier l'existence du compteur individuel, que les relevés de compteur se font dans la clandestinité, sans qu'elle soit en mesure d'en contrôler contradictoirement la cohérence, que G. succombe dans la démonstration de la preuve de l'existence d'un compteur individuel et d'un contrat entre fournisseur X et E..

À titre principal, elle conclut à la nullité des dispositions contractuelles relatives à la rétrocession d'électricité par G. à E. contraires aux dispositions d'ordre public de la loi n°2000/108 du 10 février 2000 qui réaffirment le monopole du fournisseur X sur la distribution d'électricité et l'interdiction de rétrocession d'énergie électrique. Elle fait valoir qu'en l'espèce, G. ne peut se prévaloir d'aucune autorisation du fournisseur X. E. considère donc que toutes les sommes qu'elle a payées au titre de la rétrocession en violation d'un texte d'ordre public économique doivent être remboursées.

À titre subsidiaire, E. soutient que le contrat ne prévoit aucune prise en charge des frais de location du poste d'alimentation, qu'en ce qui concerne la refacturation réelle, G. est dans l'impossibilité avant le 16 octobre 2007, date du constat, de démontrer que le poste de transformation était exclusivement affecté à l'activité d'E. et après cette date, de démontrer qu'il existe un compteur électrique individuel permettant à E. de contrôler sa consommation. Elle considère que G. est dans l'impossibilité d'apporter la preuve de l'existence et du quantum de sa créance.

E. répond par ailleurs que le principe de concentration des moyens prive G. du développement d'un moyen nouveau en cause d'appel relatif à l'enrichissement sans cause et que G. renverse la charge de la preuve. Elle demande en tout état de cause la réparation des préjudices subis du fait du comportement de G.

En réponse, G. soutient qu'il résulte clairement du courrier, non contesté, du 21 septembre 2007 qu'elle a fait constater de manière contradictoire que le compteur individuel mis en place ne dessert que la société E. à l'exclusion de tout autre utilisateur, que s'agissant de la pose d'un compteur individuel à son usage exclusif ou de la soi-disant interdiction faite par le fournisseur X de rétrocéder l'énergie à un tiers, la société E. ne dispose d'aucune qualité pour faire valoir cet argument, une telle interdiction à la supposer établie ne pouvant avoir d'effet qu'entre G. et un tiers, la société X, qu'au surplus, en stipulant dans les deux avenants à la convention EM que G. serait destinataire de la facture alors que le lieu de consommation est bien précisé comme étant la société E., la société X a nécessairement autorisé et contractualisé la rétrocession d'énergie par G. à E..

G. fait également valoir que s'agissant du choix du fournisseur ou du tarif heures pleines/heures creuses, E. ne peut remettre en cause les clauses claires et précises de ses engagements pris dans le cadre des baux notariés, qu'elle ne peut donc s'arroger plus de droit que ne lui en confère le contrat de bail en cherchant à remettre en cause l'identité du fournisseur pourtant clairement mentionné dans le bail ainsi que sur le choix des tarifs qui ressortent du choix unilatéral du bailleur.

G. précise que si elle l'estime utile, rien n'interdit à la société E. de faire aménager sa propre déserte en électricité auprès d'un autre fournisseur que le fournisseur X à ses propres frais.

G. considère donc que l'argument soulevé par E. quant à l'absence d'autorisation par le fournisseur X de la rétrocession est totalement erroné en fait aussi bien que celui concernant l'absence d'accord sur les tarifs choisis par G. dans son approvisionnement auprès du fournisseur X.

Elle soutient encore qu'elle apporte la preuve des consommations électriques de la société E. ; elle admet que le bail ne met pas à la charge du preneur la location du poste d'alimentation comme l'ont retenu les premiers juges.

En dernier lieu répondant aux moyens de la société E., elle prétend que celle-ci est de parfaite mauvaise foi et rappelle que c'est face au refus de la société E. qui comptait faire perdurer pendant des années une situation de forfait qui générerait un enrichissement sans cause qu'est intervenu le compteur individualisé et qu'il est évidemment loisible à la société E. de se rapprocher du fournisseur X pour avoir une alimentation directe totalement indépendante de son bailleur.

À titre principal, E. conclut à la nullité des clauses des baux en date des 13 octobre 1999 et 21 mars 2000.

La loi du 18 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz a institué au profit du fournisseur X un monopole de la distribution d'énergie électrique en France et ce monopole du fournisseur X sur la distribution d'énergie électrique en sa qualité de gestionnaire du réseau de distribution a été confirmé par la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité.

L'interdiction de rétrocession d'énergie électrique qui se définit comme toute fourniture d'énergie par un client à un tiers que ce soit à titre gratuit ou onéreux et qui constitue donc une opération de distribution privée, est contraire au monopole de la distribution existant au profit du fournisseur X.

Il est établi que cette interdiction figure à l'article 24 du modèle du cahier des charges de concession pour le service public du développement et de l'exploitation du réseau de distribution d'électricité et de la fourniture d'énergie électrique aux tarifs réglementés et qu'elle est reprise dans les conditions générales du contrat EM du fournisseur X, pour la fourniture d'énergie électrique au tarif vert, à l'article premier : « L'énergie fournie par le fournisseur X est utilisée par le client exclusivement pour les besoins de ses installations. Elle ne peut être rétrocédée à des tiers sans autorisation écrite du fournisseur X. »

Il n'est pas discuté par G., même si elle ne verse pas aux débats le contrat n°16284 la liant au fournisseur X, que celui-ci est soumis à ces conditions générales puisque les deux avenants n° 001 du 7 juillet 2005 et n° 002 du 18 mai 2006 à ce contrat, contenant conditions particulières, sont expressément des avenants au contrat EM pour la fourniture d'énergie électrique au tarif vert A5.

Or, chacun des baux conclus entre G. et E. contient en son article 8 2° / , la stipulation suivante relative à la consommation d'électricité d'E. : sa consommation d'électricité sur la base d'un forfait de 205 000 francs HT par an, tant que le bailleur n'aura pas installé à ses frais, un compteur individuel puis, dans cette hypothèse, selon la consommation réelle sur la base du tarif pratiqué par le fournisseur X .

Cette clause qui prévoit, après l'installation par le bailleur à ses frais d'un compteur individuel, le remboursement par le preneur au bailleur de sa consommation réelle d'électricité sur la base du tarif pratiqué par le fournisseur X constitue une rétrocession d'électricité prohibée.

Contrairement à ce que soutient G. , E. est fondée à invoquer à l'appui de sa demande de nullité des clauses des baux précitées, l'interdiction de la rétrocession de l'énergie électrique fournie par le fournisseur X dont le fondement juridique réside dans les dispositions d'ordre public instituant le monopole du fournisseur X, interdiction qui figure expressément dans les conditions générales du contrat EM passé entre le fournisseur X et G..

Cette interdiction de rétrocession de l'énergie n'est pas au demeurant édictée au seul bénéfice du fournisseur X pour protéger son monopole mais également au profit des tiers aux contrats passés entre le fournisseur X et ses clients, qui peuvent se voir priver, par le biais d'une rétrocession d'électricité prohibée figurant dans une convention les liant avec un des clients, de la faculté d'avoir un accès direct à la fourniture d'énergie à un tarif librement négocié avec le fournisseur X.

En l'espèce, il résulte d'ailleurs des pièces produites qu'E. a sollicité par plusieurs courriers adressés à G. la possibilité de voir établir un abonnement du fournisseur X à son nom et a sollicité des réunions contradictoires en présence du fournisseur X, ce que G. a refusé notamment par ses courriers des 6 février 2006 et 7 juin 2007, ayant laissé sans réponse les demandes postérieures d'E.. G. ne démontre pas qu'E. aurait refusé l'installation d'un abonnement électrique à son nom ou même seulement d'un compteur électrique individualisé.

Les clauses en cause sont donc illicites en ce qu'elle viole un texte d'ordre public économique instaurant le monopole de distribution du fournisseur X en organisant la rétrocession par G. à E. de l'énergie électrique que lui fournit le fournisseur X.

G. prétend qu'elle aurait obtenu l'accord du fournisseur X pour cette rétrocession telle que l'y autorisent les conditions générales du contrat EM. Cependant, contrairement à ce qu'elle soutient, les deux avenants qu'elle verse aux débats n'apportent pas la preuve d'un accord donné par le fournisseur X.

En effet, alors que ces deux avenants sont établis au nom de G. figurant comme client et destinataire de la facture, ayant comme adresse 13 route de la Minière à Versailles, il ne peut être déduit de la seule indication des nom et adresse du lieu de consommation mentionnés comme suit « G. E. XXXX, XXXX », qui ne désignent que le lieu de livraison de la fourniture d'électricité, que G. aurait sollicité l'autorisation auprès du fournisseur X de rétrocéder de l'électricité à un tiers au contrat de fourniture d'électricité, nommément désigné comme tel, à savoir E., et encore moins que le fournisseur X aurait donné son accord à la rétrocession.

Il sera donc fait droit à la demande d'E. de voir prononcer la nullité des clauses contractuelles figurant aux articles 8 2° / des baux conclus par actes des 13 octobre 1999 et 21 mars 2000.

Dans ces conditions, le jugement sera infirmé et G. doit être déboutée de ses demandes en paiement relatives au montant des factures du fournisseur X dont elle soutient qu'il s'agit des consommations réelles d'électricité d'E. et pour lesquelles elle produit à l'appui de ses prétentions, les propres factures qu'elle a émises envers E., reprenant la consommation relevée par le fournisseur X et le tarif appliqué par le fournisseur X.

Il sera fait droit en revanche à la demande subsidiaire de G. d'être autorisée à cesser toute alimentation du locataire en électricité, G. ne pouvant être contrainte de maintenir la situation prohibée, et ce dans le délai de quinze jours de la signification de l'arrêt.

*Sur les demandes de la société E. :*

E. sollicite en premier lieu d'être remboursée des sommes payées en application des clauses nulles s'élevant à la somme de 1 102 780,54 € TTC et d'être dispensée du paiement des sommes réclamées directement ou indirectement à ce titre, soit la somme de 462 163,96 €.

G. n'oppose aucun moyen en réponse à ces demandes et si E. conclut à l'irrecevabilité d'une prétention de G. portant sur l'enrichissement sans cause, les conclusions de G. ne contiennent aucune demande à son profit au titre de l'enrichissement sans cause.

La nullité des clauses contractuelles de rétrocession d'électricité emporte l'obligation pour G. de rembourser les sommes payées par E. depuis l'origine ; la nullité prononcée suffit en outre à priver G. du droit de poursuivre le paiement de sommes de ce chef sans qu'il y ait lieu de prononcer au profit d'E. une dispense d'avoir à payer des sommes qu'elle n'a pas réglées.

La somme de 1 102 780,54 € TTC portera intérêts au taux légal à compter du présent arrêt et il sera fait application de l'article 1154 du Code civil.

E. demande à être indemnisée du préjudice subi du fait de la perte de chance de négocier le contrat avec le fournisseur X et de réaliser des économies mais obtenant le remboursement de toutes les sommes qu'elle a payées, elle ne justifie d'aucun préjudice du fait d'une perte de chance, pas plus qu'au titre de pertes financières qu'elle mentionne pour mémoire.

E. n'établit pas le lien de causalité entre le comportement reproché à G. et l'installation des amplificateurs de puissance. Elle sera déboutée de cette demande.

E. sera également déboutée de sa demande au titre des dommages et intérêts pour procédure abusive alors que le premier juge avait fait droit aux réclamations de G. en première instance et qu'elle ne justifie pas d'un préjudice particulier résultant de la mauvaise foi de la bailleresse, n'établissant pas que le comportement de celle-ci aurait été guidé comme elle le prétend par la volonté de l'évincer du site pour réaliser une plus-value immobilière.

*Sur les dépens et l'article 700 du code de procédure civile :*

Les dépens seront à la charge de G. qui succombe.

L'équité commande de la condamner à payer à E. une indemnité de 7.000 € au titre de l'article 700 du Code de procédure civile.

Par ces motifs :

Statuant publiquement et par arrêt contradictoire,

Infirmes le jugement entrepris en toutes ses dispositions.

Statuant à nouveau,

Déclare nulles et de nul effet les clauses contractuelles figurant aux articles 8 2° / des actes des 13 octobre 1999 et 21 mars 2000 relatives à la rétrocession de l'électricité par la société G. à la société E..

Condamne en conséquence la société G. à rembourser à la E. la somme de 1 102 780,54 € TTC avec intérêts au taux légal à compter du présent arrêt et capitalisation des intérêts échus dans les conditions de l'article 1154 du Code civil dès lors qu'ils seront dus au moins pour une année entière.

Autorise la société G. à cesser toute alimentation de la société E. en électricité, et ce dans le délai de quinze jours de la signification de l'arrêt.

Déboute la société G. de ses demandes en paiement.

Déboute la société E. du surplus de ses demandes.

Y ajoutant,

Condamne la société G. aux dépens qui pourront être recouvrés conformément aux dispositions de l'article 699 du Code de procédure civile.

La condamne à payer à la société E. une indemnité de 7 000 € au titre de l'article 700 du Code de procédure civile.

La déboute de sa demande au même titre.