

**Cour de cassation
Chambre commerciale**

2 Novembre 2011

Rejet

N° 10-14.677, 1072

Publié au Bulletin

Société P.

Fournisseur X

Classement :***

Mme Favre (président), Président
SCP Coutard et Munier-Apaire, SCP Peignot et Garreau, SCP Rocheteau et Uzan-Sarano,
Avocat

**REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, a rendu l'arrêt suivant :
Statuant tant sur le pourvoi principal formé par la société P. que sur le pourvoi incident relevé par le distributeur Y;
Attendu, selon l'arrêt attaqué (Colmar, du 19 janvier 2010), que la société P., créée le 31 décembre 2008, a repris les actifs d'une société en liquidation judiciaire initialement dénommée société M. et F., puis société M. ; qu'elle a commencé son activité sur le site industriel anciennement occupé par la société dont elle avait repris les actifs ; que par lettre du 15 janvier 2009, elle a demandé au fournisseur X de pouvoir bénéficier du tarif réglementé de vente d'électricité dans le cadre d'un contrat de fourniture d'électricité à mettre en place ; que celle-ci lui a répondu le 10 février 2009, qu'il ne lui était pas possible de donner une suite favorable à cette demande, dans la mesure où la société M. et F. avait précédemment exercé ses droits à éligibilité, que par lettre du 3 mars 2009, le distributeur Y, gestionnaire du réseau de transport d'électricité français et filiale du fournisseur X, a informé la société P. que la facturation de l'énergie consommée par ce site se ferait au prix du règlement des écarts négatifs, cette facturation s'ajoutant au coût d'accès au réseau de transport ; que la société P. a alors fait assigner le fournisseur X afin d'obtenir le bénéfice du tarif réglementé, et ce, de façon rétroactive à la date de la demande exprimée le 15 janvier 2009 ; qu'elle a également appelé dans l'instance le distributeur Y, demandant que le jugement à intervenir lui soit déclaré commun ; que reconventionnellement cette dernière a demandé que la société P. soit condamnée au paiement des factures demeurées partiellement impayées ;
Sur le premier moyen du pourvoi principal :
Attendu que la société P. fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté sa demande formée contre le fournisseur X tendant à obtenir le bénéfice des tarifs réglementés de l'électricité, de l'avoir condamnée à verser au distributeur Y une somme principale de 1 508 512,19 euros et d'avoir rejeté son recours en garantie formé de ce chef contre le fournisseur X, alors selon le moyen :

1°/ qu'aux termes de l'article 66, I de la loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005, un consommateur final d'électricité est en droit de bénéficier des tarifs dits "réglementés" de vente d'électricité pour la consommation d'un "site" pour lequel il n'use pas de la faculté prévue au I de l'article 22 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000, dès lors qu'il n'a pas été fait précédemment usage de cette faculté, pour ce "site", par ce consommateur ou par une autre personne ; qu'aux termes de ce dernier texte, un consommateur final d'électricité peut, pour chacun de ses "sites de consommation", choisir librement son fournisseur d'électricité ; qu'aux termes de l'article 1er du décret n° 2000-456 du 29 mai 2000, pour l'application de l'article 22, I de la loi du 10 février 2000, le «site de consommation» est constitué par l'établissement identifié par son numéro d'identité au répertoire national des entreprises et des établissements, tel que défini par le décret n° 73-314 du 14 mars 1973 (numéro dit "SIREN ") et, pour les seuls sites dépourvus d'un tel numéro, par le lieu de consommation d'électricité ; qu'en raison du renvoi opéré par l'article 66, I de la loi du 13 juillet 2005 à l'article 22, I de la loi du 10 février 2000, pour déterminer si un consommateur a fait usage de son droit d'éligibilité, la définition du "site de consommation" prévue pour l'application de ce dernier texte par l'article 1er du décret du 29 mai 2000 vaut également pour l'application de l'article 66, I précité ; qu'en l'espèce, en décidant au contraire que la définition du «site de consommation» donnée par l'article 1er du décret du 29 mai 2000 ne valait que pour l'application de l'article 22, I de la loi du 10 février 2000 et que cette même notion devait s'interpréter différemment, au sens de lieu géographique de consommation et non de numéro SIREN du consommateur, pour l'application de l'article 66, I de la loi du 13 juillet 2005, les juges du fond ont violé les articles 66, I de la loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 (dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-66 du 21 janvier 2008), 22, I de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 (dans sa rédaction issue de la loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006) et 1er du décret n° 2000-456 du 29 mai 2000 (dans sa rédaction issue du décret n° 2007-1058 du 29 juin 2007), ensemble les articles 34 et 37 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

2°/ que de la même manière, aux termes de l'article 66-2 de la loi du 13 juillet 2005, un consommateur final d'électricité peut également bénéficier des «tarifs réglementés», dans les conditions prévues à l'article 66 de la même loi, lorsqu'un «nouveau site de consommation» est raccordé au réseau de distribution ou de transport d'électricité avant le 1er juillet 2010 ; qu'en raison du renvoi opéré par l'article 66-2 à l'article 66 de la loi, qui renvoie lui-même à l'article 22, I de la loi du 10 février 2000, pour l'application duquel une définition du «site de consommation» est donnée par l'article 1er du décret du 29 mai 2000, cette définition doit également valoir dans le cadre de l'application de l'article 66-2 de la loi, de sorte que le bénéfice des «tarifs réglementés» doit, sur sa demande, être accordé à une nouvelle personne morale enregistrée sous un numéro SIREN au titre duquel il n'a jamais été fait usage de la faculté de choisir son opérateur d'électricité ; qu'en l'espèce, en décidant au contraire que la notion de "nouveau site de consommation", dans le cadre de l'article 66-2 de la loi du 13 juillet 2005, devait s'entendre en un sens différent de celui du "site de consommation " donné par l'article 1er du décret du 29 mai 2000, soit comme un site nouvellement raccordé au réseau", et non comme une nouvelle personne identifiée par son numéro SIREN, les juges du fond ont violé les articles 66 et 66-2 de la loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 (dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-66 du 21 janvier 2008), 22, I de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 (dans sa rédaction issue de la loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006) et 1er du décret n° 2000-456 du 29 mai 2000 (dans sa rédaction issue du décret n° 2007-1058 du 29 juin 2007), ensemble les articles 34 et 37 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

3°/ que la sollicitation régulière du bénéficiaire d'un avantage prévu par la loi ne peut être constitutive d'un abus de droit ou d'une fraude ; que pour refuser à la société exposante le bénéficiaire des tarifs réglementés de l'électricité résultant de l'application de la loi, la cour d'appel a énoncé le motif général et abstrait que

la solution revendiquée par l'appelante «conduirait à tous les abus», en ce qu'il suffirait à une personne de changer de numéro SIREN pour pouvoir bénéficier à nouveau des tarifs réglementés sur un site géographique pour lequel le précédent occupant avait déjà usé de la faculté de choisir son fournisseur d'électricité ; qu'en se déterminant ainsi, sans caractériser aucun abus ni aucune fraude particulière de la part de l'exposante, mais en relevant seulement l'existence d'un éventuel effet indésirable susceptible de résulter de l'application régulière de la loi elle-même, constituer un abus ou une fraude justifiant de ne pas appliquer la loi, la cour d'appel a violé les articles 66 et 66-2 de la loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 (dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-66 du 21 janvier 2008), 22, I de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 (dans sa rédaction issue de la loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006) et 1er du décret n° 2000-456 du 29 mai 2000 (dans sa rédaction issue du décret n° 2007-1058 du 29 juin 2007), et a entaché sa décision d'excès de pouvoir ;

Mais attendu, en premier lieu, que si l'article 1er du décret n° 2000-456 du 29 mai 2000 relatif à l'éligibilité des consommateurs d'électricité et portant application de l'article 22 de la loi du 10 février 2000 précise que le site de consommation d'électricité est constitué par l'établissement identifié par son numéro d'identité au répertoire national des entreprises et des établissements, tel que défini par le décret du 14 mars 1973 et, pour les sites dépourvus d'un tel numéro, par le lieu de consommation d'électricité, cette identification du site par le numéro d'identification de l'entreprise qui l'exploite n'exclut nullement que ce dernier soit aussi physiquement situé ou localisé ; que l'arrêt relève qu'il résulte de l'article 66 de la loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005, modifié par la loi n° 2008-66 du 21 janvier 2008, qu'en principe, un consommateur final d'électricité domestique ou non domestique bénéficie des tarifs réglementés pour la consommation d'un site dès lors qu'il n'exerce pas son droit d'éligibilité par la souscription d'une offre de marché, et à condition que lui-même ou une autre personne n'ait pas auparavant fait usage de cette faculté pour ce site ; qu'il résulte de la combinaison de ces dispositions que c'est exactement que la cour d'appel, après avoir relevé qu'il était constant que le site de la société P. ayant été déjà raccordé dans le passé au réseau par un opérateur ayant exercé son droit d'éligibilité, a retenu qu'un tel choix était irréversible pour le consommateur final non domestique sans qu'importe son numéro d'identification, mais le lieu de consommation repris d'un consommateur précédent autrement identifié, sauf si la puissance souscrite était égale ou inférieure à 36 Kilovoltampères ; que le grief n'est pas fondé ;

Attendu, en second lieu, qu'après avoir rappelé que l'article 66-2 de la loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005, dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-66 du 21 janvier 2008, applicable au litige, qui prévoyait que l'article 66 était applicable aux nouveaux sites de consommation raccordés aux réseaux de distribution ou de transport avant le 1er juillet 2010, définit expressément les nouveaux sites de consommation par référence aux sites de consommation raccordés aux réseaux de distribution ou de transport avant le 1er juillet 2010 et vise ainsi seulement les sites nouvellement raccordés au réseau et qui ne l'étaient pas auparavant, l'arrêt relève qu'il est constant que le site de la société P. était déjà raccordé dans le passé au réseau ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a exactement retenu, abstraction faite du motif surabondant critiqué par la troisième branche, que la société P. ne pouvait se prévaloir de l'article 66-2 de la loi ;

D'où il suit que le moyen, qui ne peut être accueilli en sa troisième branche, n'est pas fondé pour le surplus ;

Sur le quatrième moyen :

Attendu que la société P. fait grief à l'arrêt de l'avoir condamnée à verser au distributeur Y une somme de 1 508 512,19 euros augmentée des intérêts au taux BCE plus 7 points à compter du 25 mai 2009, alors, selon le moyen, que les pénalités mises à la charge de l'acheteur en cas de retard de paiement par l'article L. 441-6 du code de commerce s'apparentent à une somme due au titre d'une clause pénale, dès lors que ces pénalités, d'une part, fixent par avance le montant de l'indemnisation du

préjudice résultant de l'exécution tardive de l'obligation, d'autre part, présentent un caractère comminatoire pour le débiteur en raison du taux d'intérêt prévu qui est très supérieur au taux légal ; qu'elles sont en conséquence réductibles par le juge lorsqu'elles présentent un caractère manifestement excessif dans le litige qui lui est soumis ; qu'au cas d'espèce, en retenant au contraire que les pénalités réclamées par le distributeur Y au titre de l'article L. 441-6 du code de commerce n'étaient pas susceptibles de modulation par le juge, la cour d'appel a violé ce dernier texte (dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-776 du 4 août 2008), ensemble les articles 1152, 1226 et 1229 du code civil, et entaché sa décision d'un excès de pouvoir négatif ;

Mais attendu qu'après avoir relevé que les dispositions de l'alinéa 6 de l'article L. 441-6 du code de commerce sont des dispositions légales supplétives, c'est exactement que la cour d'appel a jugé que les pénalités dues par application de ce texte ne constituent pas une clause pénale et ne peuvent donc être réduites en raison de leur caractère abusif ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et attendu que les deuxième et troisième moyens du pourvoi principal, ainsi que le moyen unique du pourvoi incident ne seraient pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE les pourvois principal et incident ;

Condamne la société P. aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les 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 deux novembre deux mille onze.

Moyen produit par la SCP Hémerly et Thomas-Raquin, avocat aux Conseils pour la société R-R

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits, au pourvoi principal, par la SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, avocat aux Conseils pour la société P.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté la demande formée par la société P. contre le fournisseur X tendant à obtenir le bénéfice des tarifs réglementés de l'électricité, d'AVOIR condamné la société P. à verser au distributeur Y une somme principale de 1 508 512,19 euros et d'AVOIR rejeté le recours en garantie formé par la société P. contre le fournisseur X de ce chef ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE « comme le fournisseur X l'expose dans ses conclusions d'intimée, une directive européenne du 19 décembre 1996 a amené les Etats membres à modifier profondément les législations nationales afin de permettre la concurrence sur le marché de l'électricité ; qu'en France, une loi 2000-108 du 10 février 2000, relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, modifiée par une loi 2006-1537 du 7 décembre 2006, est venue transposer les directives européennes ; que le paragraphe I de l'article 22 de ce texte stipule que "tout consommateur final d'électricité peut, pour chacun de ses sites de consommation, librement choisir son fournisseur d'électricité" ; qu'en effectuant ce choix, le consommateur final exerce un droit d'éligibilité ; que, en raison de l'ancien monopole de la fourniture d'électricité, les tarifs de vente de l'électricité étaient des tarifs réglementés, appelés aussi "tarifs historiques" ; qu'avec l'ouverture du marché à la concurrence, les tarifs réglementés ont vocation à disparaître progressivement au bénéfice des offres du marché ; qu'afin de faciliter la transition entre les tarifs réglementés et les offres du marché, le législateur a choisi de maintenir provisoirement, sous certaines conditions, les tarifs réglementés ; que le texte de base, sur l'application duquel les parties sont en litige, est l'article

66 de la loi 2005-781 du 13 juillet 2005, modifiée par la loi 2008-66 du 21 janvier 2008, ainsi libellé : « I. Sous réserve des dispositions prévues aux IV, V et VI du présent article; un consommateur final d'électricité bénéficie des tarifs réglementés de Vente d'électricité mentionnés au premier alinéa du I de l'article 4 de la loi n° 2000108 du 10 février 2000 précitée, pour la consommation d'un site pour lequel il n'use pas de la faculté prévue au I de l'article 22 de la même loi, à la condition qu'il n'ait pas été fait précédemment usage de cette faculté, pour ce site, par ce consommateur ou par une autre personne (?) IV. Un consommateur final domestique d'électricité qui en fait la demande avant le 1er juillet 2010 bénéficie des tarifs réglementés de vente d'électricité pour la consommation d'un site, à condition qu'il n'ait pas lui-même fait usage pour ce site, de la faculté prévue au I de l'article 22 précité. V. Lorsqu'un consommateur final domestique d'électricité a fait usage pour la consommation d'un site de cette faculté depuis plus de six mois, il peut, sous réserve d'en faire la demande avant le 1er juillet 2010, à nouveau bénéficier des tarifs réglementés de vente d'électricité pour ce site. VI: Un consommateur final non domestique souscrivant une puissance électrique égale ou inférieure à 36 kilovoltampères qui en fait la demande avant le 1er juillet 2010 bénéficie des tarifs réglementés de vente d'électricité pour la consommation d'un site, à condition qu'il n'ait pas lui-même fait usage, pour ce site, de la faculté prévue au I de l'article 22 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 précité" ; que l'article 66-2 ajoute que "l'article 66 est également applicable aux nouveaux sites de consommation raccordés aux réseaux de distribution ou de transport avant le 1er juillet 2010 » ; qu'il en résulte qu'en principe, un consommateur final d'électricité domestique ou non domestique, bénéficie des tarifs réglementés pour la consommation d'un site dès lors qu'il n'exerce pas son droit d'éligibilité par la souscription d'une offre de marché, et à condition que lui-même ou une autre personne n'ait pas auparavant fait usage de cette faculté "pour ce site" ; que toutefois, pour favoriser le passage au marché libre, le législateur a mis en place des dispositions qui restreignent tout retour au marché réglementé, une fois que le consommateur final d'électricité a exercé son droit d'éligibilité en changeant de fournisseur, ou en optant pour une offre de marché avec le fournisseur historique ; qu'ainsi, aux termes des dispositions susvisées, il apparaît que l'irréversibilité du droit d'éligibilité est totale pour le consommateur final non domestique, sauf si la puissance électrique souscrite est égale ou inférieure à 36 kilovoltampères ; qu'il n'est fait exception à ce régime très restrictif qu'au bénéfice d'une part du consommateur final domestique qui a fait usage de son droit d'éligibilité depuis plus de six mois et qui dispose encore provisoirement d'une possibilité de revenir au tarif réglementé, d'autre part au profit des nouveaux sites de consommation raccordés au réseau avant la date butoir du 1er juillet 2010; que, en se fondant sur ces textes, la SOCIÉTÉ P. estime qu'elle est en droit de bénéficier du tarif réglementé, motif pris qu'elle constituerait un nouveau site de consommation d'électricité, sans lien de droit avec le précédent occupant des lieux, et dans la mesure où elle demande son raccordement au réseau de distribution ou de transport avant le 1er juillet 2010 ; que, pour démontrer qu'elle serait un "nouveau site de consommation" au sens de l'article 66-2, l'appelante se réfère aux dispositions de l'article 1er du décret 2000-456 du 29 mai 2000 relatif à l'éligibilité des consommateurs d'électricité et portant application de l'article 22 de la loi 2000-108 du 10 février 2000, tel que modifié en dernier lieu par un décret 2007-1058 du 29 juin 2007, libellé en ces termes : « Pour l'application du premier alinéa du I de l'article 22 de la loi du 10 février 2000, tout consommateur final d'électricité est éligible pour chacun de ses sites de consommation d'électricité. Le site de consommation d'électricité est constitué par l'établissement, identifié par son numéro d'identité au répertoire. national des entreprises et des établissements, tel que défini par le décret du 14 mars 1973 susvisé, ou, à défaut, pour les sites qui sont dépourvus d'un tel numéro, par le lieu de consommation d'électricité" ; que cependant, ce texte étant d'application stricte, l'identification du site de consommation par référence au numéro SIRET de l'établissement

ne concerne que la définition du "site de consommation" tel que visé à l'article 22 de la loi du 10 février 2000 modifiée par une loi du 7 décembre 2006, ainsi que l'intitulé dudit décret le spécifie expressément (décret "portant application de l'article 22 de la loi du 10 février 2000") ; qu'il ne donne par contre aucune définition du "nouveau site de consommation" dont il est question aux articles 66 et 66-2 de la loi 2005-781 du 13 juillet 2005 modifiée par la loi 2008-66 du 21 janvier 2008, relatifs aux conditions exceptionnelles de réversibilité du droit d'éligibilité ; qu'au contraire l'article 66-2 définit expressément le "nouveau" site de consommation par référence aux "sites de consommation raccordés aux réseaux de distribution ou de transport avant le 1er juillet 2010", accordant donc à titre exceptionnel le bénéfice de l'article 66 aux sites nouvellement raccordés au réseau et qui ne l'étaient pas auparavant ; qu'il est constant que le site de la société P. était déjà raccordé dans le passé au réseau ; que dès lors cette société ne peut se prévaloir de l'article 66-2, et corrélativement des dispositions de l'article 66, pour réclamer le bénéfice du tarif réglementé ; que subsidiairement la société appelante n'est pas fondée à soutenir qu'aucun droit à éligibilité n'aurait encore été exercé sur le site dans les termes de l'article 66 ; qu'à cet égard, contrairement à ce qu'elle soutient, les dispositions de ce texte sont suffisamment claires pour recevoir application par elles-mêmes, sans qu'il soit nécessaire de se référer à un texte réglementaire pour en rechercher le sens ; qu'en effet le paragraphe I de l'article 66, applicable tant aux consommateurs domestiques que non domestiques, en indiquant que le bénéfice des tarifs réglementés pourra être obtenu pour tout consommateur final qui ne fait pas usage de son droit d'éligibilité, et "à la condition qu'il n'ait pas été fait précédemment usage de cette faculté pour ce site; par ce consommateur ou par une autre personne", se réfère clairement à la notion de site géographique occupé soit par le consommateur actuel soit par toute autre personne qui l'aurait occupé précédemment ; qu'il exclut donc le bénéfice des tarifs réglementés dès lors qu'une autre personne ayant auparavant occupé le site, même en l'absence de tout lien de droit entre les occupants successifs, a d'ores et déjà exercé son droit d'éligibilité ; qu'en l'occurrence il est constant que la société qui occupait les locaux avant la SOCIÉTÉ P. avait déjà exercé son droit d'éligibilité ; qu'ainsi, même s'il n'existe aucun lien de droit entre cette ancienne société et la SOCIÉTÉ P. qui s'est contentée de reprendre une partie de ses actifs consécutivement à une liquidation judiciaire, il apparaît que l'appelante ne peut plus aujourd'hui revenir sur un droit d'éligibilité qui a déjà été exercé, pour ce site, par une autre personne ; que, plus subsidiairement encore, et alors qu'elle ne le conteste pas vraiment, la société appelante ne peut se prévaloir du régime d'exception prévu au VI de l'article 66 de la loi du 13 juillet 2005, dans la mesure où il est constant que la puissance électrique souscrite par elle est bien supérieure à 36 kilovoltampères ; qu'en tout état de cause, la SOCIÉTÉ P. ne saurait invoquer, au soutien de son argumentation, le nouveau texte issu d'un décret 2009-975 du 12 août 2009, lequel, pour désigner les bénéficiaires des tarifs réglementés, ne fait que se référer aux conditions fixées par les articles 66 et 66-2 de la loi du 13 juillet 2005, et qui ne vient donc en rien modifier le régime antérieurement applicable ; qu'enfin, suivre l'argumentation de l'appelante conduirait à tous les abus, puisqu'il suffirait à un établissement de modifier sa situation juridique, sans changer de site, pour obtenir un nouveau numéro SIRET et obtenir le bénéfice des tarifs réglementés, et ce même si précédemment un autre occupant du site avait déjà exercé son droit d'éligibilité ; que dans ces conditions c'est à bon droit que les premiers juges ont débouté la SOCIÉTÉ P. de sa demande tendant à obtenir le bénéfice des tarifs réglementés » (arrêt p. 6-8) ;

Et AUX MOTIFS, à les supposer ADOPTES, QUE « la loi du 10 février 2000, relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, modifiée par la loi du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie, a transposé les directives européennes relatives au Marché Intérieur de l'électricité (96/92CE ; 2003/54 CE) ; que pour compléter le dispositif ouvrant le secteur de l'électricité à là

concurrence, la France a adopté divers décrets d'application ; que le principe invoqué par le fournisseur X, relatif à la négociation d'une offre de marché avec le fournisseur X ou un autre fournisseur, a pour conséquence l'abandon définitif par ce client du régime des tarifs réglementés, dès lors que le consommateur a choisi un fournisseur sur un site, il ne lui sera plus possible de bénéficier à nouveau d'un tarif réglementé ; qu'en l'espèce, le fournisseur X oppose l'absence de réversibilité ; qu'il est justifié que sur le site géographique, occupé actuellement par la société demanderesse, un ancien exploitant, la société M. ET F. (qui bénéficiait en 1996 d'un contrat tarif vert), a signé en 2000 (pièce n°2, Me GUILLAUME), pour les années 1999 et 2000, un contrat de fourniture avec le fournisseur X, en tant que fournisseur du marché ; que la demanderesse ne remet pas en cause la réalité juridique de cette démarche, mais entend faire valoir que le choix exercé sur le site exploité à l'époque par la société M., avec laquelle elle n'a effectivement aucun lien de droit (rachat d'actifs en décembre 2008), ne lui est pas opposable, considérant qu'elle gère un nouveau site d'exploitation et qu'elle est fondée à réclamer le bénéfice du tarif historique (en l'occurrence tarif vert, pour des entreprises consommatrices (supérieure à 36kVA) ; que cependant si les décrets du 29 mai 2000 (article 1) et celui du 23 juin 2004 (article 1), mentionnent le "site de consommation" identifié par un numéro SIRET, ces textes utilisent cette référence avec pour seule finalité de déterminer "le consommateur final reconnu éligible" ; que dès lors qu'il a été pris une décision d'éligibilité, la situation est définitivement figée, et tous les avantages résultant des tarifs réglementés ne pas recevables, ainsi que l'exprime la loi du 13 juillet 2005 (article 66) ; qu'en effet, seul le point de livraison, qui est un site géographique, est identifié pour l'occupant du site (identifié par le n° SIRET), et celui-ci fait le choix de passer à une offre de marché ; que les occupants du site géographique successifs, ne pourront plus bénéficier des tarifs réglementés dans l'avenir ; que cette notion d'irréversibilité, qui a d'ailleurs subi des nuances, pour d'autres consommateurs, que des gros consommateurs (>36 kVA non résidentiels), est essentielle, car, à défaut, chaque nouvel occupant pourrait opter à nouveau et la libéralisation du marché ne pourrait jamais être définitive, suivant une mise en oeuvre contraire aux exigences européennes ; que suivant la même cohérence d'interprétation, l'article 66-2 de la loi du 17 juillet 2005, impose de dire qu'il n'est pas recevable de qualifier la demanderesse en tant que "nouveau site de consommation", celle-ci utilisant toujours les mêmes points de livraison géographique que l'entreprise M. ; que cette interprétation est d'autant plus nécessaire, qu'avant la loi du 7 décembre 2006, le Sénat avait envisagé d'ouvrir la possibilité à certains consommateurs professionnels de continuer à bénéficier des tarifs réglementés, même lorsque le précédent occupant du site avait fait jouer son éligibilité le rapport établi entre le couple personne/site avait été étendu aux consommateurs non domestiques, AJDA 2007, p. 1849 ; que ces dispositions ont été censurées par le Conseil constitutionnel (30 novembre 2006), dont l'interprétation tend à faire prévaloir l'objectif d'ouverture des marchés concurrentiels de l'électricité et du gaz, fixé par les directives ; que si depuis la loi du 5 mars 2007, il faut nuancer, la dissociation du couple personne/site, est cependant totale pour les consommateurs non domestiques ; que si l'occupant du site litigieux a fait jouer son éligibilité, et que si celle -ci s'avère maintenant un mauvais choix économique, aucune possibilité de négocier des tarifs n'est actuellement offerte et qu'il ne peut être fait droit à la demande de la société P., de bénéficier des tarifs publics » (jugement p. 2-3) ;

1°) ALORS QU'aux termes de l'article 66, I de la loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005, un consommateur final d'électricité est en droit de bénéficier des tarifs dits « réglementés » de vente d'électricité pour la consommation d'un « site » pour lequel il n'use pas de la faculté prévue au I de l'article 22 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000, dès lors qu'il n'a pas été fait précédemment usage de cette faculté, pour ce « site », par ce consommateur ou par une autre personne ; qu'aux termes de ce dernier texte, un consommateur final d'électricité peut, pour chacun de ses « sites

de consommation », choisir librement son fournisseur d'électricité ; qu'aux termes de l'article 1er du décret n° 2000-456 du 29 mai 2000, pour l'application de l'article 22, I de la loi du 10 février 2000, le « site de consommation » est constitué par l'établissement identifié par son numéro d'identité au répertoire national des entreprises et des établissements, tel que défini par le décret n° 73-314 du 14 mars 1973 (numéro dit « SIREN ») et, pour les seuls sites dépourvus d'un tel numéro, par le lieu de consommation d'électricité ; qu'en raison du renvoi opéré par l'article 66, I de la loi du 13 juillet 2005 à l'article 22, I de la loi du 10 février 2000, pour déterminer si un consommateur a fait usage de son droit d'éligibilité, la définition du « site de consommation » prévue pour l'application de ce dernier texte par l'article 1er du décret du 29 mai 2000 vaut également pour l'application de l'article 66, I précité ; qu'en l'espèce, en décidant au contraire que la définition du « site de consommation » donnée par l'article 1er du décret du 29 mai 2000 ne valait que pour l'application de l'article 22, I de la loi du 10 février 2000 et que cette même notion devait s'interpréter différemment, au sens de lieu géographique de consommation et non de numéro SIREN du consommateur, pour l'application de l'article 66, I de la loi du 13 juillet 2005, les juges du fond ont violé les articles 66, I de la loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 (dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-66 du 21 janvier 2008), 22, I de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 (dans sa rédaction issue de la loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006) et 1er du décret n° 2000-456 du 29 mai 2000 (dans sa rédaction issue du décret n° 2007-1058 du 29 juin 2007), ensemble les articles 34 et 37 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

2°) ALORS QUE, de la même manière, aux termes de l'article 66-2 de la loi du 13 juillet 2005, un consommateur final d'électricité peut également bénéficier des « tarifs réglementés », dans les conditions prévues à l'article 66 de la même loi, lorsqu'un « nouveau site de consommation » est raccordé au réseau de distribution ou de transport d'électricité avant le 1er juillet 2010 ; qu'en raison du renvoi opéré par l'article 66-2 à l'article 66 de la loi, qui renvoie lui-même à l'article 22, I de la loi du 10 février 2000, pour l'application duquel une définition du « site de consommation » est donnée par l'article 1er du décret du 29 mai 2000, cette définition doit également valoir dans le cadre de l'application de l'article 66-2 de la loi, de sorte que le bénéfice des « tarifs réglementés » doit, sur sa demande, être accordé à une nouvelle personne morale enregistrée sous un numéro SIREN au titre duquel il n'a jamais été fait usage de la faculté de choisir son opérateur d'électricité ; qu'en l'espèce, en décidant au contraire que la notion de « nouveau site de consommation », dans le cadre de l'article 66-2 de la loi du 13 juillet 2005, devait s'entendre en un sens différent de celui du « site de consommation » donné par l'article 1er du décret du 29 mai 2000, soit comme un site « nouvellement raccordé au réseau », et non comme une nouvelle personne identifiée par son numéro SIREN, les juges du fond ont violé les articles 66 et 66-2 de la loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 (dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-66 du 21 janvier 2008), 22, I de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 (dans sa rédaction issue de la loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006) et 1er du décret n° 2000-456 du 29 mai 2000 (dans sa rédaction issue du décret n° 2007-1058 du 29 juin 2007), ensemble les articles 34 et 37 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

3°) ALORS QUE la sollicitation régulière du bénéfice d'un avantage prévu par la loi ne peut être constitutive d'un abus de droit ou d'une fraude ; que pour refuser à la société exposante le bénéfice des tarifs réglementés de l'électricité résultant de l'application de la loi, la cour d'appel a énoncé le motif général et abstrait que la solution revendiquée par l'appelante « conduirait à tous les abus », en ce qu'il suffirait à une personne de changer de numéro SIREN pour pouvoir bénéficier à nouveau des tarifs réglementés sur un site géographique pour lequel le précédent occupant avait déjà usé de la faculté de choisir son fournisseur d'électricité ; qu'en se déterminant ainsi, sans caractériser aucun abus ni aucune fraude particulière de la part de l'exposante, mais en relevant seulement l'existence d'un éventuel effet indésirable susceptible de résulter de l'application régulière de la loi elle-même,

constituer un abus ou une fraude justifiant de ne pas appliquer la loi, la cour d'appel a violé les articles 66 et 66-2 de la loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 (dans sa rédaction issue de la loi n° 2008-66 du 21 janvier 2008), 22, I de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 (dans sa rédaction issue de la loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006) et 1er du décret n° 2000-456 du 29 mai 2000 (dans sa rédaction issue du décret n° 2007-1058 du 29 juin 2007), et a entaché sa décision d'excès de pouvoir.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION (SUBSIDIAIRE)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté la demande formée par la société P. contre le fournisseur X tendant à obtenir le bénéfice des tarifs réglementés de l'électricité, d'AVOIR condamné la société P. à verser au distributeur Y une somme principale de 1 508 512,19 euros et d'AVOIR rejeté le recours en garantie formé par la société P. contre le fournisseur X de ce chef ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE « comme le fournisseur X l'expose dans ses conclusions d'intimée, une directive européenne du 19 décembre 1996 a amené les Etats membres à modifier profondément les législations nationales afin de permettre la concurrence sur le marché de l'électricité ; qu'en France, une loi 2000-108 du 10 février 2000, relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, modifiée par une loi 2006-1537 du 7 décembre 2006, est venue transposer les directives européennes ; que le paragraphe I de l'article 22 de ce texte stipule que "tout consommateur final d'électricité peut, pour chacun de ses sites de consommation, librement choisir son fournisseur d'électricité" ; qu'en effectuant ce choix, le consommateur final exerce un droit d'éligibilité ; que, en raison de l'ancien monopole de la fourniture d'électricité, les tarifs de vente de l'électricité étaient des tarifs réglementés, appelés aussi "tarifs historiques" ; qu'avec l'ouverture du marché à la concurrence, les tarifs réglementés ont vocation à disparaître progressivement au bénéfice des offres du marché ; qu'afin de faciliter la transition entre les tarifs réglementés et les offres du marché, le législateur a choisi de maintenir provisoirement, sous certaines conditions, les tarifs réglementés ; que le texte de base, sur l'application duquel les parties sont en litige; est l'article 66 de la loi 2005-781 du 13 juillet 2005, modifiée par la loi 2008-66 du 21 janvier 2008, ainsi libellé : « I. Sous réserve des dispositions prévues aux IV, V et VI du présent article; un consommateur final d'électricité bénéficie des tarifs réglementés de Vente d'électricité mentionnés au premier alinéa du I de l'article 4 de la loi n 2000108 du 10 février 2000 précitée, pour la consommation d'un site pour lequel il n'use pas de la faculté prévue au I de l'article 22 de la même loi, à la condition qu'il n'ait pas été fait précédemment usage de cette faculté, pour ce site, par ce consommateur ou par une autre personne (?) IV. Un consommateur final domestique d'électricité qui en fait la demande avant le 1er juillet 2010 bénéficie des tarifs réglementés de vente d'électricité pour la consommation d'un site, à condition qu'il n'ait pas lui-même fait usage pour ce site, de la faculté prévue au I de l'article 22 précité. V. Lorsqu'un consommateur final domestique d'électricité a fait usage pour la consommation d'un site de cette faculté depuis plus de six mois, il peut, . sous réserve d'en faire la demande avant le 1er juillet 2010, à nouveau bénéficier -des tarifs réglementés de vente d'électricité pour. ce site. VI: Un consommateur final non domestique souscrivant une puissance électrique égale ou inférieure à 36 kilovoltampères qui en fait la demande avant le 1er juillet 2010 bénéficie des tarifs réglementés de vente d'électricité pour la consommation d'un site, à condition qu'il n'ait pas lui-même fait usage, pour ce site, de la faculté prévue au .I de l'article 22 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 précité" ; que l'article 66-2 ajoute que "l'article 66 est également applicable aux nouveaux sites de consommation raccordés aux réseaux de distribution ou de transport avant le 1er juillet 2010 » ; qu'il en résulte qu'en principe, un consommateur final d'électricité domestique ou non domestique, bénéficie des tarifs réglementés pour la consommation d'un site dès lors qu'il n'exerce pas son droit d'éligibilité par la souscription d'une offre de marché, et à condition que lui-même ou une autre personne n'ait pas auparavant fait usage de cette faculté "pour ce site" ; que toutefois, pour favoriser le passage au marché

libre, le législateur a mis en place des dispositions qui restreignent tout retour au marché réglementé, une fois que le consommateur final d'électricité a exercé son droit d'éligibilité en changeant de fournisseur, ou en optant pour une offre de marché avec le fournisseur historique ; qu'ainsi, aux termes des dispositions susvisées, il apparaît que l'irréversibilité du droit d'éligibilité est totale pour le consommateur final non domestique, sauf si la puissance électrique souscrite est égale ou inférieure à 36 kilovoltampères ; qu'il n'est fait exception à ce régime très restrictif qu'au bénéfice d'une part du consommateur final domestique qui a fait usage de son droit d'éligibilité depuis plus de six mois et qui dispose encore provisoirement d'une possibilité de revenir au tarif réglementé, d'autre part au profit des nouveaux sites de consommation raccordés au réseau avant la date butoir du 1er juillet 2010 ; que, en se fondant sur ces textes, la SOCIÉTÉ P. estime qu'elle est en droit de bénéficier du tarif réglementé, motif pris qu'elle constituerait un nouveau site de consommation d'électricité, sans lien de droit avec le précédent occupant des lieux, et dans la mesure où elle demande son raccordement au réseau de distribution ou de transport avant le 1er juillet 2010 ; que, pour démontrer qu'elle serait un "nouveau site de consommation" au sens de l'article 66-2, l'appelante se réfère aux dispositions de l'article 1er du décret 2000-456 du 29 mai 2000 relatif à l'éligibilité des consommateurs d'électricité et portant application de l'article 22 de la loi 2000-108 du 10 février 2000, tel que modifié en dernier lieu par un décret 2007-1058 du 29 juin 2007, libellé en ces termes : « Pour l'application du premier alinéa du I de l'article 22 de la loi du 10 février 2000, tout consommateur final d'électricité est éligible pour chacun de ses sites de consommation d'électricité. Le site de consommation d'électricité est constitué par l'établissement, identifié par son numéro d'identité au répertoire national des entreprises et des établissements, tel que défini par le décret du 14 mars 1973 susvisé, ou, à défaut, pour les sites qui sont dépourvus d'un tel numéro, par le lieu de consommation d'électricité » ; que cependant, ce texte étant d'application stricte, l'identification du site de consommation par référence au numéro SIRET de l'établissement ne concerne que la définition du "site de consommation" tel que visé à l'article 22 de la loi du 10 février 2000 modifiée par une loi du 7 décembre 2006, ainsi que l'intitulé dudit décret le spécifie expressément (décret "portant application de l'article 22 de la loi du 10 février 2000") ; qu'il ne donne par contre aucune définition du "nouveau site de consommation" dont il est question aux articles 66 et 66-2 de la loi 2005-781 du 13 juillet 2005 modifiée par la loi 2008-66 du 21 janvier 2008, relatifs aux conditions exceptionnelles de réversibilité du droit d'éligibilité ; qu'au contraire l'article 66-2 définit expressément le "nouveau" site de consommation par référence aux "sites de consommation raccordés aux réseaux de distribution ou de transport avant le 1er juillet 2010", accordant donc à titre exceptionnel le bénéfice de l'article 66 aux sites nouvellement raccordés au réseau et qui ne l'étaient pas auparavant ; qu'il est constant que le site de la SOCIÉTÉ P. était déjà raccordé dans le passé au réseau ; que dès lors cette société ne peut se prévaloir de l'article 66-2, et corrélativement des dispositions de l'article 66, pour réclamer le bénéfice du tarif réglementé ; que subsidiairement la société appelante n'est pas fondée à soutenir qu'aucun droit à éligibilité n'aurait encore été exercé sur le site dans les termes de l'article 66 ; qu'à cet égard, contrairement à ce qu'elle soutient, les dispositions de ce texte sont suffisamment claires pour recevoir application par elles-mêmes, sans qu'il soit nécessaire de se référer à un texte réglementaire pour en rechercher le sens ; qu'en effet le paragraphe I de l'article 66, applicable tant aux consommateurs domestiques que non domestiques, en indiquant que le bénéfice des tarifs réglementés pourra être obtenu pour tout consommateur final qui ne fait pas usage de son droit d'éligibilité, et "à la condition qu'il n'ait pas été fait précédemment usage de cette faculté pour ce site ; par ce consommateur ou par une autre personne", se réfère clairement à la notion de site géographique occupé soit par le consommateur actuel soit par toute autre personne qui l'aurait occupé précédemment ; qu'il exclut donc le bénéfice des tarifs ré-

glementés dès lors qu'une autre personne ayant auparavant occupé le site, même en l'absence de tout lien de droit entre les occupants successifs, a d'ores et déjà exercé son droit d'éligibilité ; qu'en l'occurrence il est constant que la société qui occupait les locaux avant la SOCIÉTÉ P. avait déjà exercé son droit d'éligibilité ; qu'ainsi, même s'il n'existe aucun lien de droit entre cette ancienne société et la SOCIÉTÉ P. qui s'est contentée de reprendre une partie de ses actifs consécutivement à une liquidation judiciaire, il apparaît que l'appelante ne peut plus aujourd'hui revenir sur un droit d'éligibilité qui a déjà été exercé, pour ce site, par une autre personne ; que, plus subsidiairement encore, et alors qu'elle ne le conteste pas vraiment, la société appelante ne peut se prévaloir du régime d'exception prévu au VI de l'article 66 de la loi du 13 juillet 2005, dans la mesure où il est constant que la puissance électrique souscrite par elle est bien supérieure à 36 kilovoltampères ; qu'en tout état de cause, la SOCIÉTÉ P. ne saurait invoquer, au soutien de son argumentation, le nouveau texte issu d'un décret 2009-975 du 12 août 2009, lequel, pour désigner les bénéficiaires des tarifs réglementés, ne fait que se référer aux conditions fixées par les articles 66 et 66-2 de la loi du 13 juillet 2005, et qui ne vient donc en rien modifier le régime antérieurement applicable ; qu'enfin, suivre l'argumentation de l'appelante conduirait à tous les abus, puisqu'il suffirait à un établissement de modifier sa situation juridique, sans changer de site, pour obtenir un nouveau numéro SIRET et obtenir le bénéfice des tarifs réglementés, et ce même si précédemment un autre occupant du site avait déjà exercé son droit d'éligibilité ; que dans ces conditions c'est à bon droit que les premiers juges ont débouté la SOCIÉTÉ P. de sa demande tendant à obtenir le bénéfice des tarifs réglementés » (arrêt p. 6-8) ;

Et AUX MOTIFS, à les supposer ADOPTES, QUE « la loi du 10 février 2000, relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, modifiée par la loi du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie, a transposé les directives européennes relatives au Marché Intérieur de l'électricité (96/92CE ; 2003/54 CE) ; que pour compléter le dispositif ouvrant le secteur de l'électricité à la concurrence, la France a adopté divers décrets d'application ; que le principe invoqué par le fournisseur X, relatif à la négociation d'une offre de marché avec le fournisseur X ou un autre fournisseur, a pour conséquence l'abandon définitif par ce client du régime des tarifs réglementés, dès lors que le consommateur a choisi un fournisseur sur un site, il ne lui sera plus possible de bénéficier de nouveau d'un tarif réglementé ; qu'en l'espèce, le fournisseur X oppose l'absence de réversibilité ; qu'il est justifié que sur le site géographique, occupé actuellement par la société demanderesse, un ancien exploitant, la société M. et F. (qui bénéficiait en 1996 d'un contrat tarif vert), a signé en 2000 (pièce n°2, Me GUILLAUME), pour les années 1999 et 2000, un contrat de fourniture avec le fournisseur X, en tant que fournisseur du marché ; que la demanderesse ne remet pas en cause la réalité juridique de cette démarche, mais entend faire valoir que le choix exercé sur le site exploité à l'époque par la société MATUSSIERE, avec laquelle elle n'a effectivement aucun lien de droit (rachat d'actifs en décembre 2008), ne lui est pas opposable, considérant qu'elle gère un nouveau site d'exploitation et qu'elle est fondée à réclamer le bénéfice du tarif historique (en l'occurrence tarif vert, pour des entreprises consommatrices (supérieur à 36kVA) ; que cependant si les décrets du 29 mai 2000 (article 1) et celui du 23 juin 2004 (article 1), mentionnent le "site de consommation" identifié par un numéro SIRET, ces textes utilisent cette référence avec pour seule finalité de déterminer "le consommateur final reconnu éligible" ; que dès lors qu'il a été pris une décision d'éligibilité, la situation est définitivement figée, et tous les avantages résultant des tarifs réglementés ne pas recevables, ainsi que l'exprime la loi du 13 juillet 2005 (article 66) ; qu'en effet, seul le point de livraison, qui est un site géographique, est identifié pour l'occupant du site (identifié par le n° SIRET), et celui-ci fait le choix de passer à une offre de marché ; que les occupants du site géographique successifs, ne pourront plus bénéficier des tarifs réglementés dans l'avenir ; que cette notion d'irréversibilité, qui a d'ailleurs subi

des nuances, pour d'autres consommateurs, que des gros consommateurs (>36 kVA non résidentiels), est essentielle, car, à défaut, chaque nouvel occupant pourrait opter à nouveau et la libéralisation du marché ne pourrait jamais être définitive, suivant une mise en oeuvre contraire aux exigences européennes ; que suivant la même cohérence d'interprétation, l'article 66-2 de la loi du 17 juillet 2005, impose de dire qu'il n'est pas recevable de qualifier la demanderesse en tant que "nouveau site de consommation", celle-ci utilisant toujours les mêmes points de livraison géographique que l'entreprise M. ; que cette interprétation est d'autant plus nécessaire, qu'avant la loi du 7 décembre 2006, le Sénat avait envisagé d'ouvrir la possibilité à certains consommateurs professionnels de continuer à bénéficier des tarifs réglementés, même lorsque le précédent occupant du site avait fait jouer son éligibilité le rapport établi entre le couple personne/site avait été étendu aux consommateurs non domestiques, AJDA 2007, p. 1849 ; que ces dispositions ont été censurées par le Conseil constitutionnel (30 novembre 2006), dont l'interprétation tend à faire prévaloir l'objectif d'ouverture des marchés concurrentiels de l'électricité et du gaz, fixé par les directives ; que si depuis la loi du 5 mars 2007, il faut nuancer, la dissociation du couple personne/site, est cependant totale pour les consommateurs non domestiques ; que si l'occupant du site litigieux a fait jouer son éligibilité, et que si celle-ci s'avère maintenant un mauvais choix économique, aucune possibilité de négocier des tarifs n'est actuellement offerte et qu'il ne peut être fait droit à la demande de la société P., de bénéficier des tarifs publics » (jugement p. 2-3) ;

1°) ALORS QUE le principe de confiance légitime, que doivent respecter les autorités nationales dans les secteurs couverts par le droit communautaire, s'oppose à ce que soient déjouées les espérances fondées d'un opérateur économique qui a déterminé sa conduite sur la foi du droit positif apparemment applicable ; qu'au cas d'espèce, à supposer que l'article 66 de la loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005, qui s'inscrit dans les mesures de transposition de la directive n° 2003/54/CE du 26 juin 2003, doive être interprété en ce sens que le « site de consommation » d'électricité correspond à un site géographique, en contrariété avec l'article 1er du décret n° 2000-456 du 29 mai 2000 qui le définit comme le numéro SIREN du consommateur final lorsqu'il en possède un, l'application de cette disposition doit être écartée pour non-respect du principe de confiance légitime, dès lors qu'un opérateur économique normalement diligent pouvait légitimement espérer bénéficier des tarifs dits « réglementés » de l'électricité lorsque aucun exercice du droit d'éligibilité n'était attaché à son numéro SIREN sur la foi de la définition du « site de consommation » donnée par le décret ; qu'en l'espèce, où il était constant qu'aucun exercice du droit d'éligibilité n'était attaché au numéro SIREN de la société P., il s'en évince qu'en lui refusant néanmoins le bénéfice des tarifs réglementés de l'électricité, motif pris de ce que le « site de consommation » au sens de l'article 66 de la loi du 13 juillet 2005 devait s'entendre du lieu géographique de consommation, quand la société s'était légitimement fiée à la définition donnée par le décret du 29 mai 2000, les juges du fond ont violé le principe de confiance légitime, ensemble les articles 55 et 88-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

2°) ALORS QUE, subsidiairement, le principe de sécurité juridique impose que la norme soit suffisamment claire, précise et intelligible pour que ses destinataires soient raisonnablement en mesure de la comprendre et de s'y conformer ; qu'à supposer toujours que l'article 66 de la loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 doive être interprété en ce sens que le « site de consommation » d'électricité correspond à un site géographique, quand l'article 1er du décret n° 2000-456 du 29 mai 2000, pris pour l'application de l'article 22, I de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 (auquel renvoie l'article 66 précité), le définit pour sa part comme le numéro SIREN du consommateur final lorsqu'il en possède un, en l'état de cette contradiction rendant inintelligible le droit positif applicable et privant de la sorte un opérateur normalement avisé de la possibilité de déterminer ses droits et obligations, les juges du fond, en refusant à la société P. le bénéfice des tarifs réglementés de

l'électricité et en la condamnant dans les termes de l'arrêt à l'égard de le distributeur Y, a violé le principe de sécurité juridique, ensemble les articles 55 et 88-1 de la Constitution du 4 octobre 1958, refuser.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION (SUBSIDIAIRE)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté la demande formée par la société P. contre le fournisseur X tendant à obtenir le bénéfice des tarifs réglementés de l'électricité, d'AVOIR condamné la société P. à verser à le distributeur Y une somme principale de 1 508 512,19 euros et d'AVOIR rejeté le recours en garantie formé par la société P. contre le fournisseur X de ce chef ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE « comme le fournisseur X l'expose dans ses conclusions d'intimée, une directive européenne du 19 décembre 1996 a amené les Etats membres à modifier profondément les législations nationales afin de permettre la concurrence sur le marché de l'électricité ; qu'en France, une loi 2000-108 du 10 février 2000, relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, modifiée par une loi 2006-1537 du 7 décembre 2006, est venue transposer les directives européennes ; que le paragraphe I de l'article 22 de ce texte stipule que "tout consommateur final d'électricité peut, pour chacun de ses sites de consommation, librement choisir son fournisseur d'électricité" ; qu'en effectuant ce choix, le consommateur final exerce un droit d'éligibilité ; que, en raison de l'ancien monopole de la fourniture d'électricité, les tarifs de vente de l'électricité étaient des tarifs réglementés, appelés aussi "tarifs historiques" ; qu'avec l'ouverture du marché à la concurrence, les tarifs réglementés ont vocation à disparaître progressivement au bénéfice des offres du marché ; qu'afin de faciliter la transition entre les tarifs réglementés et les offres du marché, le législateur a choisi de maintenir provisoirement, sous certaines conditions, les tarifs réglementés ; que le texte de base, sur l'application duquel les parties sont en litige; est l'article 66 de la loi 2005-781 du 13 juillet 2005, modifiée par la loi 2008-66 du 21 janvier 2008, ainsi libellé : « I. Sous réserve des dispositions prévues aux IV, V et VI du présent article; un consommateur final d'électricité bénéficie des tarifs réglementés de Vente d'électricité mentionnés au premier alinéa du I de l'article 4 de la loi n° 2000108 du 10 février 2000 précitée, pour la consommation d'un site pour lequel il n'use pas de la faculté prévue au I de l'article 22 de la même loi, à la condition qu'il n'ait pas été fait précédemment usage de cette faculté, pour ce site, par ce consommateur ou par une autre personne (?) IV. Un consommateur final domestique d'électricité qui en fait la demande avant le 1er juillet 2010 bénéficie des tarifs réglementés de vente d'électricité pour la consommation d'un site, à condition qu'il n'ait pas lui-même fait usage pour ce site, de la faculté prévue au I de l'article 22 précité. V. Lorsqu'un consommateur final domestique d'électricité a fait usage pour la consommation d'un site de cette faculté depuis plus de six mois, il peut, sous réserve d'en faire la demande avant le 1er juillet 2010, à nouveau bénéficier -des tarifs réglementés de vente d'électricité pour. ce site. VI: Un consommateur final non domestique souscrivant une puissance électrique égale ou inférieure à 36 kilovoltampères qui en fait la demande avant le 1er juillet 2010 bénéficie des tarifs réglementés de vente d'électricité pour la consommation d'un site, à condition qu'il n'ait pas lui-même fait usage, pour ce site, de la faculté prévue au .I de l'article 22 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 précité" ; que l'article 66-2 ajoute que "l'article 66 est également applicable aux nouveaux sites de consommation raccordés aux réseaux de distribution ou de transport avant le 1er juillet 2010 » ; qu'il en résulte qu'en principe, un consommateur final d'électricité domestique ou non domestique, bénéficie des tarifs réglementés pour la consommation d'un site dès lors qu'il n'exerce pas son droit d'éligibilité par la souscription d'une offre de marché, et à condition que lui-même ou une autre personne n'ait pas auparavant fait usage de cette faculté "pour ce site" ; que toutefois, pour favoriser le passage au marché libre, le législateur a mis en place des dispositions qui restreignent tout retour au marché réglementé, une fois que le consommateur final d'électricité a exercé son droit d'éligibilité en changeant de fournisseur, ou en optant pour une offre de marché

avec le fournisseur historique ; qu'ainsi, aux termes des dispositions susvisées, il apparaît que l'irréversibilité du droit d'éligibilité est totale pour le consommateur final non domestique, sauf si la puissance électrique souscrite est égale ou inférieure à 36 kilovoltampères ; qu'il n'est fait exception à ce régime très restrictif qu'au bénéfice d'une part du consommateur final domestique qui a fait usage de son droit d'éligibilité depuis plus de six mois et qui dispose encore provisoirement d'une possibilité de revenir au tarif réglementé, d'autre part au profit des nouveaux sites de consommation raccordés au réseau avant la date butoir du 1er juillet 2010 ; que, en se fondant sur ces textes, la SOCIÉTÉ P. estime qu'elle est en droit de bénéficier du tarif réglementé, motif pris qu'elle constituerait un nouveau site de consommation d'électricité, sans lien de droit avec le précédent occupant des lieux, et dans la mesure où elle demande son raccordement au réseau de distribution ou de transport avant le 1er juillet 2010 ; que, pour démontrer qu'elle serait un "nouveau site de consommation" au sens de l'article 66-2, l'appelante se réfère aux dispositions de l'article 1er du décret 2000-456 du 29 mai 2000 relatif à l'éligibilité des consommateurs d'électricité et portant application de l'article 22 de la loi 2000-108 du 10 février 2000, tel que modifié en dernier lieu par un décret 2007-1058 du 29 juin 2007, libellé en ces termes : « Pour l'application du premier alinéa du I de l'article 22 de la loi du 10 février 2000, tout consommateur final d'électricité est éligible pour chacun de ses sites de consommation d'électricité. Le site de consommation d'électricité est constitué par l'établissement, identifié par son numéro d'identité au répertoire national des entreprises et des établissements, tel que défini par le décret du 14 mars 1973 susvisé, ou, à défaut, pour les sites qui sont dépourvus d'un tel numéro, par le lieu de consommation d'électricité » ; que cependant, ce texte étant d'application stricte, l'identification du site de consommation par référence au numéro SIRET de l'établissement ne concerne que la définition du "site de consommation" tel que visé à l'article 22 de la loi du 10 février 2000 modifiée par une loi du 7 décembre 2006, ainsi que l'intitulé dudit décret le spécifie expressément (décret "portant application de l'article 22 de la loi du 10 février 2000") ; qu'il ne donne par contre aucune définition du "nouveau site de consommation" dont il est question aux articles 66 et 66-2 de la loi 2005-781 du 13 juillet 2005 modifiée par la loi 2008-66 du 21 janvier 2008, relatifs aux conditions exceptionnelles de réversibilité du droit d'éligibilité ; qu'au contraire l'article 66-2 définit expressément le "nouveau" site de consommation par référence aux "sites de consommation raccordés aux réseaux de distribution ou de transport avant le 1er juillet 2010", accordant donc à titre exceptionnel le bénéfice de l'article 66 aux sites nouvellement raccordés au réseau et qui ne l'étaient pas auparavant ; qu'il est constant que le site de la SOCIÉTÉ P. était déjà raccordé dans le passé au réseau ; que dès lors cette société ne peut se prévaloir de l'article 66-2, et corrélativement des dispositions de l'article 66, pour réclamer le bénéfice du tarif réglementé ; que subsidiairement la société appelante n'est pas fondée à soutenir qu'aucun droit à éligibilité n'aurait encore été exercé sur le site dans les termes de l'article 66 ; qu'à cet égard, contrairement à ce qu'elle soutient, les dispositions de ce texte sont suffisamment claires pour recevoir application par elles-mêmes, sans qu'il soit nécessaire de se référer à un texte réglementaire pour en rechercher le sens ; qu'en effet le paragraphe I de l'article 66, applicable tant aux consommateurs domestiques que non domestiques, en indiquant que le bénéfice des tarifs réglementés pourra être obtenu pour tout consommateur final qui ne fait pas usage de son droit d'éligibilité, et "à la condition qu'il n'ait pas été fait précédemment usage de cette faculté pour ce site ; par ce consommateur ou par une autre personne", se réfère clairement à la notion de site géographique occupé soit par le consommateur actuel soit par toute autre personne qui l'aurait occupé précédemment ; qu'il exclut donc le bénéfice des tarifs réglementés dès lors qu'une autre personne ayant auparavant occupé le site, même en l'absence de tout lien de droit entre les occupants successifs, a d'ores et déjà exercé son droit d'éligibilité ; qu'en l'occurrence il est constant que la société qui

occupait les locaux avant la SOCIÉTÉ P. avait déjà exercé son droit d'éligibilité ; qu'ainsi, même s'il n'existe aucun lien de droit entre cette ancienne société et la SOCIÉTÉ P. qui s'est contentée de reprendre une partie de ses actifs consécutivement à une liquidation judiciaire, il apparaît que l'appelante ne peut plus aujourd'hui revenir sur un droit d'éligibilité qui a déjà été exercé, pour ce site, par une autre personne ; que, plus subsidiairement encore, et alors qu'elle ne le conteste pas vraiment, la société appelante ne peut se prévaloir du régime d'exception prévu au VI de l'article 66 de la loi du 13 juillet 2005, dans la mesure où il est constant que la puissance électrique souscrite par elle est bien supérieure à 36 kilovoltampères ; qu'en tout état de cause, la SOCIÉTÉ P. ne saurait invoquer, au soutien de son argumentation, le nouveau texte issu d'un décret 2009-975 du 12 août 2009, lequel, pour désigner les bénéficiaires des tarifs réglementés, ne fait que se référer aux conditions fixées par les articles 66 et 66-2 de la loi du 13 juillet 2005, et qui ne vient donc en rien modifier le régime antérieurement applicable ; qu'enfin, suivre l'argumentation de l'appelante conduirait à tous les abus, puisqu'il suffirait à un établissement de modifier sa situation juridique, sans changer de site, pour obtenir un nouveau numéro SIRET et obtenir le bénéfice des tarifs réglementés, et ce même si précédemment un autre occupant du site avait déjà exercé son droit d'éligibilité ; que dans ces conditions c'est à bon droit que les premiers juges ont débouté la SOCIÉTÉ P. de sa demande tendant à obtenir le bénéfice des tarifs réglementés » (arrêt p. 6-8) ;

Et AUX MOTIFS, à les supposer ADOPTES, QUE « la loi du 10 février 2000, relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, modifiée par la loi du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie, a transposé les directives européennes relatives au Marché Intérieur de l'électricité (96/92CE ; 2003/54 CE) ; que pour compléter le dispositif ouvrant le secteur de l'électricité à la concurrence, la France a adopté divers décrets d'application ; que le principe invoqué par le fournisseur X, relatif à la négociation d'une offre de marché avec le fournisseur X ou un autre fournisseur, a pour conséquence l'abandon définitif par ce client du régime des tarifs réglementés, dès lors que le consommateur a choisi un fournisseur sur un site, il ne lui sera plus possible de bénéficier à nouveau d'un tarif réglementé ; qu'en l'espèce, le fournisseur X oppose l'absence de réversibilité ; qu'il est justifié que sur le site géographique, occupé actuellement par la société demanderesse, un ancien exploitant, la société M. et F. (qui bénéficiait en 1996 d'un contrat tarif vert), a signé en 2000 (pièce n°2, Me GUILLAUME), pour les années 1999 et 2000, un contrat de fourniture avec le fournisseur X, en tant que fournisseur du marché ; que la demanderesse ne remet pas en cause la réalité juridique de cette démarche, mais entend faire valoir que le choix exercé sur le site exploité à l'époque par la société M., avec laquelle elle n'a effectivement aucun lien de droit (rachat d'actifs en décembre 2008), ne lui est pas opposable, considérant qu'elle gère un nouveau site d'exploitation et qu'elle est fondée à réclamer le bénéfice du tarif historique (en l'occurrence tarif vert, pour des entreprises consommatrices (supérieur à 36kVA) ; que cependant si les décrets du 29 mai 2000 (article 1) et celui du 23 juin 2004 (article 1), mentionnent le "site de consommation" identifié par un numéro SIRET, ces textes utilisent cette référence avec pour seule finalité de déterminer "le consommateur final reconnu éligible" ; que dès lors qu'il a été pris une décision d'éligibilité, la situation est définitivement figée, et tous les avantages résultant des tarifs réglementés ne pas recevables, ainsi que l'exprime la loi du 13 juillet 2005 (article 66) ; qu'en effet, seul le point de livraison, qui est un site géographique, est identifié pour l'occupant du site (identifié par le n° SIRET), et celui-ci fait le choix de passer à une offre de marché ; que les occupants du site géographique successifs, ne pourront plus bénéficier des tarifs réglementés dans l'avenir ; que cette notion d'irréversibilité, qui a d'ailleurs subi des nuances, pour d'autres consommateurs, que des gros consommateurs (>36 kVA non résidentiels), est essentielle, car, à défaut, chaque nouvel occupant pourrait opter à nouveau et la libéralisation du marché ne pourrait jamais être définitive, suivant

une mise en oeuvre contraire aux exigences européennes ; que suivant la même cohérence d'interprétation, l'article 66-2 de la loi du 17 juillet 2005, impose de dire qu'il n'est pas recevable de qualifier la demanderesse en tant que "nouveau site de consommation", celle-ci utilisant toujours les mêmes points de livraison géographique que l'entreprise M. ; que cette interprétation est d'autant plus nécessaire, qu'avant la loi du 7 décembre 2006, le Sénat avait envisagé d'ouvrir la possibilité à certains consommateurs professionnels de continuer à bénéficier des tarifs réglementés, même lorsque le précédent occupant du site avait fait jouer son éligibilité le rapport établi entre le couple personne/site avait été étendu aux consommateurs non domestiques, AJDA 2007, p. 1849 ; que ces dispositions ont été censurées par le Conseil constitutionnel (30 novembre 2006), dont l'interprétation tend à faire prévaloir l'objectif d'ouverture des marchés concurrentiels de l'électricité et du gaz, fixé par les directives ; que si depuis la loi du 5 mars 2007, il faut nuancer, la dissociation du couple personne/site, est cependant totale pour les consommateurs non domestiques ; que si l'occupant du site litigieux a fait jouer son éligibilité, et que si celle -ci s'avère maintenant un mauvais choix économique, aucune possibilité de négocier des tarifs n'est actuellement offerte et qu'il ne peut être fait droit à la demande de la société P., de bénéficier des tarifs publics » (jugement p. 2-3) ;

ALORS QUE toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens ; que constitue une atteinte illicite à ce droit l'application d'une réglementation insuffisamment claire et intelligible aboutissant à augmenter de façon disproportionnée la charge financière pesant sur une partie au titre d'un contrat ; qu'au cas d'espèce, en refusant à la société P. le bénéfice des tarifs réglementés et en la condamnant dans les termes de l'arrêt à l'égard du distributeur Y, sur le fondement de règles qui n'étaient ni claires ni intelligibles dès lors que deux définitions différentes du « site de consommation » d'électricité étaient retenues pour leur application, les juges du fond ont violé les articles 1er du Protocole additionnel n° 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 17.1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR condamné la société P. à verser à le distributeur Y une somme de 1 508 512,19 euros augmentée des intérêts au taux BCE plus 7 points à compter du 25 mai 2009 ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE « s'agissant de la demande incidente formée par le distributeur Y, la société appelante ne conteste en rien les montants réclamés par cette dernière au titre des "écarts négatifs" , régime applicable dès lors qu'elle n'a pas désigné de "responsable d'équilibre", c'est-à-dire un nouveau fournisseur avec lequel elle aurait passé un marché ; qu'il convient donc d'accueillir la demande de le distributeur Y actualisée devant la Cour ; que par contre il n'y a pas lieu de se prononcer sur le sort des factures à venir ; qu'ensuite la société appelante n'indique pas en quoi le fournisseur X serait tenue de la garantir pour les condamnations intervenues à son encontre à la demande du distributeur Y ; qu'au contraire la SOCIÉTÉ P., qui se voit déboutée de sa demande à l'égard du fournisseur X, doit nécessairement supporter seule et. entièrement le poids de la condamnation intervenue à la demande de le distributeur Y ; que pour le surplus les premiers juges n'ont fait qu'appliquer les dispositions de l'article L. 441-6 du Code de commerce, dont le bénéfice ne pouvait qu'être accordé à la demanderesse dès lors que réclamé ; qu'en tout état de cause, il s'agit de dispositions légales supplétives qui ne peuvent être réduites comme correspondant à des pénalités excessives » (arrêt p. 8-9) ;

Et AUX MOTIFS, à les supposer ADOPTES, QUE « cependant l'article L. 441-6 du Code de commerce, vise des pénalités concernant les conditions de règlement, qui ont été préalablement communiquées au bénéficiaire des prestations, "conformément au contrat" ; qu'en l'espèce, à défaut de contrat, les coûts et modalités du recouvrement des charges d'ajustement ont été indiqués par courrier du 14 mai 2009 (pièce n° 18, Me VOGEL), par simple renvoi sur le site Internet de distributeur Y ; que la Société

P. ne fait pas valoir que les pénalités doivent être réduites, qu'en l'espèce elles excèdent le taux supplétif fixé par la loi alors qu'elles n'ont pas été décidées conventionnellement même si elles ont un caractère obligatoire ; qu'enfin, elle ne sollicite aucun délai de paiement pour régler le solde dû » (jugement p. 4) ; ALORS QUE les pénalités mises à la charge de l'acheteur en cas de retard de paiement par l'article L. 441-6 du code de commerce s'apparentent à une somme due au titre d'une clause pénale, dès lors que ces pénalités, d'une part, fixent par avance le montant de l'indemnisation du préjudice résultant de l'exécution tardive de l'obligation, d'autre part, présentent un caractère comminatoire pour le débiteur en raison du taux d'intérêt prévu qui est très supérieur au taux légal ; qu'elles sont en conséquence réductibles par le juge lorsqu'elles présentent un caractère manifestement excessif dans le litige qui lui est soumis ; qu'au cas d'espèce, en retenant au contraire que les pénalités réclamées par le distributeur Y au titre de l'article L. 441-6 du code de commerce n'étaient pas susceptibles de modulation par le juge, la cour d'appel a violé ce dernier texte (dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-776 du 4 août 2008), ensemble les articles 1152, 1226 et 1229 du code civil, et entaché sa décision d'un excès de pouvoir négatif.

Moyen produit, au pourvoi incident, par la SCP Peignot et Garreau, avocat aux Conseils pour le distributeur Y

Le moyen reproche à l'arrêt confirmatif attaqué d'avoir condamné le distributeur Y aux dépens de son appel provoqué implicite et subsidiaire dirigé contre la Société P. et le fournisseur X nonobstant la circonstance qu'elle n'était pas la partie perdante, sans assortir ce dispositif d'une quelconque justification,

ALORS QUE la partie perdante est condamnée aux entiers dépens, à moins que le juge, par décision motivée, n'en mette la totalité ou une fraction à la charge d'une autre partie ; que dès lors, en laissant à la charge du distributeur Y, qui n'était pas la partie perdante, les dépens de son appel sans aucune explication, la Cour d'appel a violé l'article 696 du Code de procédure civile.

Décision Antérieure

.. Cour d'appel Colmar Chambre civile 1, section A du 19 janvier 2010 n° 1
A 09/04119