Grosses délivrées
aux parties le :

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 5 - Chambre 5-7

ARRÊT DU 06 FÉVRIER 2014

(n° **11**, 13 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : **2012/20107**

Décision déférée à la Cour : n° 18-38-12 rendue le **01 octobre 2012**
par **COMMISSION DE RÉGULATION DE L'ENERGIE**

DEMANDERESSE AU RECOURS :

- La société ENEL TRADE SpA
prise en la personne de son représentant légal
dont le siège social est : Viale Regina Margherita 125 - 00198 ROME (Italie)
Elisant domicile au cabinet de Maître Christophe BELLOC
39 rue La Fayette 75009 PARIS

Assistée de Maître Christophe BELLOC,
avocat au barreau de PARIS,
toque : W15
39 rue La Fayette 75009 PARIS

DÉFENDERESSE AU RECOURS :

- La société RÉSEAU DE TRANSPORT D'ÉLECTRICITÉ, S.A.
prise en la personne de son représentant légal
dont le siège social est : Tour Initiale - 1 terrasse Bellini - TSA 41000 - 92919 PARIS LA DÉFENSE CEDEX
Elisant domicile à la SELAS VOGEL & VOGEL
30, avenue d'Iéna 75116 PARIS

Assistée de Maître André BRICOGNE et Maître Maureen DE JOBERT
avocats au barreau de PARIS,
toque : P0151
SELAS VOGEL & VOGEL,
30 avenue d'Iéna 75116 PARIS

EN PRÉSENCE DE :

- La COMMISSION DE RÉGULATION DE L'ENERGIE
représentée par son représentant légal
dont le siège est :15 rue Pasquier 75379 PARIS CEDEX 08

assistée de Maître Jérémie BLOCH
avocat au barreau de PARIS
FRECHE & ASSOCIES AARPI
21 avenue Victor Hugo 75116 PARIS

COMPOSITION DE LA COUR :

En application des dispositions de l'article 945-1 du code de procédure civile, l'affaire a été débattue le 05 décembre 2013, en audience publique, les parties ne s'y étant pas opposées, devant Mme Sylvie LEROY, Conseillère à la Cour d'Appel de PARIS, chargée d'instruire l affaire.

Ce magistrat a rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la Cour, composée de :

- M. Christian REMENIERAS, Président
- Mme Pascale BEAUDONNET, conseillère
- Mme Sylvie LEROY, conseillère

GREFFIER, lors des débats : M. Benoît TRUET-CALLU

MINISTÈRE PUBLIC :

L'affaire a été communiquée au ministère public, représenté lors des débats par M. François VAISSETTE, Substitut Général, qui a fait connaître son avis.

ARRÊT :

- contradictoire

- prononcé publiquement par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

- signé par M. Christian REMENIERAS, président et par M. Benoît TRUET-CALLU, greffier.

* * * * * * * *

La société Réseau de Transport d'Electricté (ci-après « RTE ») est le gestionnaire du réseau public de transport d'électricité qui est chargé de gérer en temps réel l'équilibre des flux d'électricité sur le réseau, soumis aux aléas de consommation et de production.

Pour ce faire, RTE fait appel au mécanisme d'ajustement.

Le coût des écarts entre injection et soutirage est assumé par les "responsables d'équilibre", qui sont des opérateurs contractuellement engagés auprès du gestionnaire de réseau, à financer le coût des écarts constatés a posteriori entre électricité injectée et électricité consommée, au sein d'un périmètre d'équilibre contractuel.

La société Enel France est un fournisseur d'électricité rattaché à un périmètre d'équilibre, en l'occurrence au périmètre d'équilibre de la société Enel Trade SpA.

La société Enel Trade SpA est un responsable d'équilibre et, à ce titre, elle a conclu avec la société RTE, le 18 mars 2003, un « accord de participation en qualité de responsable d'équilibre aux règles relatives au dispositif de responsable d'équilibre, au mécanisme d'ajustement et à la programmation » (ci-après dénommé « l'accord de participation »).

Cet accord renvoie à des conditions générales intitulées "règles relatives à la Programmation, au Mécanisme d'Ajustement et au dispositif de Responsable d'Equilibre"(ci-après "les Règles") dont l'article B.6 de la section 2, prévoit qu'elles peuvent être révisées par RTE.

C'est ainsi qu'à la suite de la loi n°2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité, qui a mis en place un **accès régulé à l'électricité nucléaire historique** produite par les centrales nucléaires d'EDF situées sur le territoire national (ci-après dénommé « **ARENH** »), et de son décret d'application n°2011-466 du 28 avril 2011 publié au Journal officiel le 29 avril 2011, **fixant les modalités d'accès régulé à l'énergie nucléaire**, RTE a :

- le 29 mars 2011, envoyé aux responsables d'équilibre un courriel les informant de la mise à disposition des données relatives à l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique « ARENH » dans l'application Dat@RTE, canal d'échange électronique de données, suivi, le 14 avril 2011, de l'envoi d'un courriel les informant d'une modification des codes pour l'achat et la vente dans le cadre de l'ARENH dans cette même application Dat@RTE ;

- le 17 mai 2011, transmis pour approbation à la Commission de régulation de l'énergie (la CRE) un projet de révision de la Section 2 des Règles, conformément à l'article 8.6.1 des Règles afin d'intégrer dans ces dernières les dispositions introduites par la loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 et le décret n° 2011-486 du 28 avril 2011 fixant les modalités d'accès régulé à l'énergie nucléaire historique ;

- a notifié, à la suite de l'approbation de la CRE, par délibération du 16 juin 2011, la version révisée des Règles aux responsables d'équilibre, par lettre recommandée du 26 juillet 2011.

Pour sa part, **la CRE** avait notifié le 14 juin 2010, à **la société ENEL France**, fournisseur rattaché au périmètre d'équilibre de la société ENEL Trade, le volume d'ARENH cédé, à partir du 1er juillet 2011 par la société EDF, conformément à l'article 5-1 du décret n° 2011-466 du 28 avril 2011.

Le 30 juin 2011, la société RTE a mis en ligne sur son site Internet, la version révisée des Règles. Cette mise en ligne a fait l'objet d'une dépêche via une « newsletter ».

* * *

La société Enel Trade SpA considérant que RTE avait manqué à ses obligations contractuelles en s'abstenant de lui notifier avant le 1er juillet 2011, la révision des Règles, lui occasionnant ainsi un important préjudice, évalué à 10 millions d'euros, a saisi le comité de règlement des différends et des sanctions (CoRDiS) de la CRE d'une demande de règlement de différend .

Elle faisait en effet valoir qu'en raison de la modification des modalités de rattachement de l'électricité injectée, au périmètre d'équilibre des responsables d'équilibre, dont elle n'avait pas été informée, avant le 28 juillet 2011, elle avait sous évalué de 980,2 MW les quantités d'électricité dont elle disposait, et procédé à des achats d'électricité inutiles entre le 1er et le 26 juillet 2011.

Elle demandait au CoRDIS de déclarer :

- que RTE a manqué à l'obligation de lui notifier la révision des Règles préalablement à l'entrée en vigueur de cette révision, laquelle lui incombait en vertu de l'article B.6.1.1 de la Section 2 des Règles,
- que jusqu'au 28 juillet 2011, date de la notification tardive de la société RTE à la société ENEL Trade, cette révision lui était inopposable,

- que ce manquement de RTE à son obligation contractuelle de notification l'a conduite à procéder, entre le 1er et le 28 juillet 2011, à des achats d'électricité inutiles pour un volume équivalent aux quantités d'ARENH rattachées dans cette même période par la société RTE à son périmètre d'équilibre.

Par décision **du 1er octobre 2012**, notifiée le 12 octobre 2012, **le CoRDiS** a rejeté les demandes de la société Enel Trade SpA, qui a formé un recours, déposé au greffe de la cour d'appel de Paris.

Sur ce,

Vu le recours contenant exposé des moyens, contre la décision du CoRDiS (ci après la " Décision"), formé le 9 novembre 2012 par **la société Enel Trade Spa**, l'exposé de ses moyens déposé au greffe le 7 décembre 2012, ses conclusions déposées le 16 octobre 2013 et ses conclusions dites "récapitulatives" déposées le 27 novembre 2013, aux termes desquelles elle prie la cour au visa des articles 2,1134 alinéa 1er et 1108 du code civil, d'infirmer la Décision, et statuant à nouveau:

- **A titre principal**, "sur le défaut de publication de la délibération de la CRE du 16 juin 2011", au visa des articles 49 et 378 du code de procédure civile, de l'article 2 du décret du 28 novembre 1953, des articles 15.7 et 37.6 de la directive 2009- 72 :

* de saisir le Conseil d'Etat des questions préjudicielles suivantes :

1) Au regard des articles L.134-1-4 et L. 321-14 du code de l'énergie, la délibération de la CRE du « 16 juin 2011 » est elle entachée d'une irrégularité substantielle de forme,

2) Cette irrégularité, si elle est constatée, a-t-elle eu pour effet de priver Enel Trade SpA d'une garantie et d'entacher d'illégalité la délibération de la CRE du «16 juin 2011»,

* de surseoir à statuer jusqu'à ce que le Conseil d'Etat se soit prononcé sur cette question,

* de juger que la délibération de la CRE, faute d'avoir été régulièrement publiée, n'a pu modifier l'accord de participation et dès lors, que la révision des règles ne lui était pas opposable jusqu'au 28 juillet 2011, date de sa notification,

- **Subsidiairement,** sur l'impossibilité de réviser le contrat par la voie d'un règlement, même régulièrement publié :

*au visa des articles 2 et 1134 alinéa 1er et 1108 du code civil et de l'article L321-15 du code de l'énergie, de juger que l'accord de participation est un "contrat", dont les Règles sont les "conditions générales", ainsi qu'il est rappelé à l'article B.3.1 desdites Règles, que les Règles, une fois qu'elles ont été acceptées par le cocontractant, ne peuvent être modifiées ni par l'effet direct d'un règlement, ni sans le consentement du cocontractant, que RTE a manqué à l'obligation de lui notifier la révision des Règles préalablement à l'entrée en vigueur de cette révision, en violation de l'article B.6.1.1 de la Section 2 des Règles ;

- **En tout état de cause**,
*de juger que RTE a manqué à son obligation d'information et de conseil ; qu'elle a également manqué à son obligation de l'informer avec diligence du déséquilibre apparu dans son périmètre d'équilibre et à son obligation « d'assurer à tout instant l'équilibre des flux d'électricité sur le réseau » édictée à l'article L. 321-10 du Code de l'énergie ; que ces manquements de RTE à ses obligations légales et contractuelles l'ont conduite à procéder, entre le 1er et le 28 juillet 2011, à des achats d'électricité inutiles pour un volume équivalent aux quantités d'ARENH rattachées dans cette même période par RTE à son périmètre d'équilibre,

*de condamner RTE à lui payer la somme de 5.000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

Vu les conclusions de la société RTE, déposées au greffe le 17 avril 2013, et ses conclusions dites "récapitulatives" déposées le 18 novembre 2013 aux termes desquelles elles prie la cour, au visa du décret 2011-466 du 28 avril 2011, des articles L.321-6 et suivants du code de l'énergie et de l'article 1147 du code civil de :
*Confirmer la décision du CoRDiS du 1er octobre 2012;
Et par conséquent,
*Débouter la société Enel Trade Spa de toutes ses demandes;
*Condamner la société Enel Trade Spa à lui payer la somme de 5.000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

Vu les observations de **la CRE**, déposées le 26 juin 2013, et ses "observations récapitulatives et responsives" déposées le 19 novembre 2013, aux termes desquelles elle prie la cour, au visa du décret n°2011-466 du 28 avril 2011, de l'arrêté du 28 avril 2011 pris en application de l'article 4-1 de la loi n°2000-108 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité et de l'article L 321-10 du Code de l'énergie, de :

* Confirmer la décision entreprise
* de déclarer irrecevable à la fois car elle est nouvelle, et car elle n'a pas été soulevée avant toute défense au fond, en méconnaissance de l'article 74 du code de procédure civile, la demande de la société ETS tendant à la saisine du Conseil d'Etat de questions préjudicielles, et en toute hypothèse, de la déclarer mal fondée ;

Vu les observations écrites du ministère public, mises à la disposition des parties ;

Après avoir entendu à l'audience publique du 5 décembre 2013, en leurs observations orales, le conseil de la requérante, qui a été mis en mesure de répliquer et qui a eu la parole en dernier, ainsi que le conseil de RTE, le conseil de la Commission de régulation de l'énergie et le ministère public;

LA COUR,

Considérant qu'ainsi que le demandent les parties, leurs dernières conclusions, dites récapitulatives, seront considérées comme telles ;

Considérant que le différend est né de l'entrée en vigueur du décret du 28 avril 2011 pris pour l'application de la loi du 7 décembre 2010, qui a instauré le dispositif d'accès régulé à l'électricité nucléaire historique (*l'ARENH*) ; qu'en effet, préalablement à l'entrée en vigueur du décret, il n'existait que deux modes de rattachement des livraisons d'électricité au périmètre d'équilibre -hors toute intervention de la CRE- (point C 7.2.1 des Règles) ;

qu'il est constant que l'ajout de *l'ARENH*, comme nouvel élément d'injection et de soutirage au périmètre des responsables d'équilibre, relève de l'initiative du fournisseur d'électricité, qui doit en faire la demande auprès du gestionnaire du réseau en y associant le responsable d'équilibre, puis que la prise en compte de *l'ARENH* nécessite l'intervention de la CRE, en ce qu'il appartient à celle-ci d' allouer à chaque fournisseur, un volume d'énergie déterminé ;

Considérant que la société Enel Trade SpA estime essentiellement n'avoir pas été informée à bonne date, des volumes d'ARENH injectés sur le périmètre d'équilibre, reprochant à RTE des manquements à ses obligations légales et contractuelles d'information ; que préalablement, elle invoque l'illégalité de la délibération de la CRE, non publiée, qui à la suite de l'entrée en vigueur du décret, a approuvé la révision des Règles relatives au dispositif de responsable d'équilibre élaborées par RTE ;

Sur l'absence de publication de la délibération de la CRE du 16 juin 2011 et les questions préjudicielles :

Considérant qu'il est constant que par une délibération du 16 juin 2011, la CRE a approuvé la révision des Règles proposées par RTE, dans le cadre de la procédure de révision prévue par l'article B.6 des règles relatives à la Programmation, au Mécanisme d'Ajustement et au dispositif de Responsable d'Equilibre ;

Considérant que la société Enel Trade SpA se prévaut de l'absence de publication, au Journal officiel, de la délibération de la CRE, pour demander à la cour de poser deux questions préjudicielles au Conseil d'Etat, qui portent sur la légalité de cette délibération, en invoquant la méconnaissance des articles L 321-14 et L 134-1 4° du code de l'énergie, ainsi que de la directive européenne 2009/72 du 13 juillet 2009 qui impose, s'agissant des règles de calcul et d'établissement des conditions d'ajustement, l'information effective des acteurs, garantissant ainsi aux responsables d'équilibre la possibilité d'adapter leur système informatique ; qu'elle ajoute que la révision des Règles lui est inopposable jusqu'au 28 juillet 2011, date de sa notification, aux motifs que la délibération de la CRE n'a pas été publiée ;

Mais considérant que selon l'article 9 du Décret n°2000-894 du 11 septembre 2000 relatif aux procédures applicables devant la CRE, le recours dirigé contre la décision du CoRDiS est formé à peine d'irrecevabilité prononcée d'office, par déclaration déposée au greffe de la cour d'appel, qui précise l'objet du recours et contient un exposé sommaire des moyens ; que l'exposé complet des moyens doit, sous peine de la même sanction, être déposé au greffe dans le mois qui suit le dépôt de la déclaration ;

Considérant qu'en l'espèce, comme l'expose la CRE qui par ailleurs en conteste le bien fondé, le moyen tiré de l'absence de publication de la délibération de la CRE et la demande de question préjudicielle - de surcroît non soulevée avant toute défense au fond - qui en découle, ont seulement été développés par la société Enel Trade SpA à l'occasion du présent recours, et ce dans ses conclusions des 16 octobre 2013 et 27 novembre 2013, sans être évoqués au stade de la déclaration de recours du 9 novembre 2012, ni dans l'exposé des moyens déposé au greffe le 7 décembre 2012 ; qu'il s'agit tout à la fois de moyens nouveaux et de demandes nouvelles, qui de ce fait, sont irrecevables et ne peuvent être accueillis ;

qu'en effet, au vu des dispositions ci-dessus rappelées, la société Enel Trade SpA n'est pas fondée d'une part, à faire valoir que la procédure étant orale, elle est en droit de soulever ces moyens et demandes pour la première fois dans des conclusions ultérieures ; qu'elle ne peut non plus d'autre part, tirer argument du fait que la délibération de la CRE a constitué, pour la première fois dans les conclusions de RTE du 16 avril 2013, un élément déterminant, motif pour lequel elle n'y aurait répliqué que dans ses conclusions du 16 octobre 2013 ;

Considérant qu'il résulte des pièces produites que la procédure de révision des Règles et la délibération de la CRE du 18 juin 2010 constituaient des éléments du débat dès l'origine de la procédure devant le CoRDiS ;

Que pour ce seul motif, les moyens et demandes relatifs à l'absence de publication de la délibération de la CRE, et aux questions préjudicielles doivent être déclarés irrecevables ;

Sur le fond :

<u>Sur le manquement tenant à l'obligation de notification de la révision préalablement à son entrée en vigueur :</u>

Considérant que la société Enel Trade SpA considère principalement n'avoir pas été informée en temps utile des modifications des Règles intervenues, et n'avoir pu en conséquence modifier son système d'information pour y inclure le nouveau mécanisme de rattachement des injections, la laissant croire, jusqu'au 28 juillet 2011, que les injections d'*ARENH* étaient intervenues dans le cadre des stipulations existantes ; qu'elle a par conséquent sous évalué de 980,2 MW les quantités d'électricité dont elle disposait, et procédé à des achats d'électricité inutiles lui causant un préjudice net d'environ 10 millions d'euros ;

Considérant qu'au soutien de ses demandes, la société Enel Trade SpA fait valoir qu'en application des stipulations contractuelles liant les parties, et spécialement, de l'article B.6.1.1 des Règles, leur modification ne pouvait lui être opposable qu'après lui avoir été notifiée par lettre recommandée d'une part, et qu'après qu'elle y aurait consenti, d'autre part ; qu'invoquant la nature contractuelle de l'accord de participation et des règles générales, et les dispositions de l'article 1134 du code civil, elle réfute l'analyse de RTE selon laquelle les Règles - et leurs modifications - constituent la mise en oeuvre des mécanismes déterminés par les pouvoirs publics, et s'imposent, de plein droit, à l'ensemble des acteurs du marché ; qu'elle ajoute que la réglementation qui ne prévoit pas son application aux contrats en cours, ne saurait modifier les règles contractuelles existantes, ce qui est le cas en l'espèce, dès lors qu'a été ajouté un article prévoyant une modalité de rattachement qui n'y figurait pas ; qu'elle devait soit y consentir, soit pouvoir résilier l'accord de participation ; qu'aussi longtemps que la révision ne lui avait pas été notifiée, elle a légitimement considéré que les livraisons d'électricité étaient intervenues en vertu des articles C 7.2.1.1 et C 7.2.1.2 des Règles ;

Considérant que RTE réplique qu'elle n'a fait qu' intégrer dans les Règles, en respectant la procédure de révision prévue par celles-ci, et en exécution du décret du 28 avril 2011, les dispositions législatives et réglementaires concernant *l'ARENH* ; qu'il s'agit seulement d'une retranscription de ce dispositif légal, transmise pour approbation à la CRE, le 17 mai 2011, et que la notification des modifications apportées aux Règles, n'est pas une condition de leur opposabilité aux responsables d'équilibre ; que de surcroît, la notification n'a apporté aucune information aux cocontractants dont ils ne disposaient déjà ; que notamment, en effet, elle avait notifié le 14 juin 2011 à Enel France, fournisseur rattaché au périmètre de la société Enel Trade SpA, le volume d'*ARENH* cédé par EDF, conformément à l'article 5 du décret, puis mis en ligne sur son site, les règles modifiées ;

que la société Enel Trade SpA tente de reporter sur elle, une faute qui lui est directement imputable, à savoir l'absence de prise en compte dans sa stratégie d'équilibre, des volumes d'*ARENH* alloués au seul fournisseur rattaché à son périmètre d'équilibre, Enel France ;

* *Sur le processus de modification des Règles* :

Considérant que comme le soutient la société Enel Trade SpA, elle est liée à RTE par un accord de participation conclu le 18 mars 2003, en application des dispositions de l'article 321-15 du code de l'énergie, et, conformément à l'article 4 de cet accord, par "les documents contractuels" suivants : "les Dispositions des Règles et leurs Annexes" ;

Considérant qu'au cas d'espèce, il est constant que la modification des Règles est intervenue à la suite de la loi du 7 décembre 2010 et de son décret d'application du 28 avril 2011, afin d'y intégrer le dispositif de l'*ARENH* prévu par ces dispositions ;

Considérant que la société Enel Trade SpA oppose le principe de non rétroactivité de la réglementation nouvelle aux contrats en cours et "l'impossibilité de réviser le contrat par la voie d'un règlement" ;

Mais considérant qu'il ne peut être sérieusement discuté que la loi du 7 décembre 2010 et son décret d'application du 28 avril 2011 s'imposent à l'ensemble des opérateurs, à savoir le gestionnaire du réseau public de transport, les fournisseurs et les responsables d'équilibre ;

Considérant qu'il est constant que l'entrée en vigueur du décret du 28 avril 2011 a permis d'introduire dans le périmètre d'équilibre des responsables d'équilibre, un nouvel élément d'injection, les volumes *d'ARENH*, ce texte organisant la procédure de demande d'*ARENH* à l'initiative des fournisseurs d'électricité et prévoyant le calcul des quantités de produit cédées ;

Considérant enfin, que ce texte prévoit également les règles de rattachement des droits *ARENH* (l'article 5.II) ;

qu'il n'est pas discuté d'ailleurs que c'est bien en application de ces dispositions que **la société ENEL France** a formulé une demande *d'ARENH,* et que la CRE lui a notifié le 14 juin 2010, le volume *d'ARENH* qui serait cédé par la société EDF, à partir du 1er juillet 2011 ;

Considérant qu'en effet, le mécanisme de l'*ARENH*, est devenu effectif à compter du 1er juillet 2011, puisqu'au terme de l'article 1er du décret n° 2011-466 publié le 29 avril 2011 :

« *I. Dans le cadre de l'accès régulé à l'électricité nucléaire historique (ARENH) prévu par l'article*
4-1 de la loi du 10 février 2000 susvisée, l'électricité est cédée par Electricité de France aux fournisseurs d'électricité autorisés sous la forme de produits livrés par périodes d'une durée d'un an, caractérisés par une quantité et un profil.

II. - Les périodes de livraison commencent les 1er janvier et 1er juillet. Par exception, la première
période de livraison commence le premier jour du troisième mois suivant la date d'entrée en vigueur de l'arrêté du ministre chargé de l'énergie mentionné au deuxième alinéa du II de l'article 4-1 de la loi du 10 février 2000 susvisée fixant le contenu de l'accord cadre » ;

Considérant que l'arrêté du ministre visé au II) est intervenu le 28 avril 2011 et a été publié le 29 avril 2011, de sorte que la première période de livraison de l'*ARENH* commençait le 1er juillet 2011 (qui constitue le premier jour du troisième mois suivant le 29 avril 2011) ;

Mais considérant que quoi qu'il en soit, et comme l'observe la CRE, ce décret n'a pas, en tant que tel, eu pour effet de modifier les accords conclus entre la société Enel Trade SpA et RTE ;

Considérant en effet, qu'aux termes des Règles elles-mêmes, auxquelles la société Enel Trade SpA a adhéré en concluant l'accord de participation, une possibilité de révision y était expressément stipulée, au point B.6.1 "modalités de révision des Règles" selon une procédure spécifique décrite au point 6.1.1, imposant à RTE une concertation avec les acteurs du dispositif, puis l'approbation de la CRE ;

qu'il est donc inexact à cet égard, de prétendre, comme le soutient la société Enel Trade SpA, que la "réglementation" a remis en cause une situation contractuelle en cours, en violation des articles 2 et 1134 du code civil ;

Que ce moyen doit être rejeté ;

* *Sur la tardiveté de la notification* :

Considérant que dans le cas présent, la modification a consisté, pour tenir compte du mécanisme d'ARENH, à ajouter aux deux modalités de rattachement de livraison d'électricité existantes, au périmètre d'équilibre des différents responsables d'équilibre, une troisième modalité de rattachement, se faisant non plus par "déclaration" mais par notification de la CRE ; qu'ainsi il a été inséré un C.7.2.1.**3** rédigé en ces termes :
« C.7.2.1.3 Notification par la CRE des Droits ARENH
Le rattachement au Périmètre d'Equilibre des Droits ARENH se fait par Notification de la CRE à RTE ».

qu'il n'est pas dénié que ce texte constitue une transposition de **l'article 5 II** du décret du 28 avril 2011 qui, prenant en compte le nouvel élément d'injection *ARENH*, détermine les principes gouvernant le rattachement des quantités d'*ARENH* au périmètre des différents RE désignés par les fournisseurs d'électricité ayant fait une demande *d'ARENH ;*

Considérant qu'il est constant par ailleurs que la notification de la version modifiée des Règles a été faite par lettre recommandée adressée aux responsables d'équilibre dont la société Enel Trade SpA le 26 juillet 2011 et reçue par elle le 28 juillet 2011, alors que la révision était effective au 1er juillet 2011 ;

Considérant que la société Enel Trade SpA invoque le manquement commis par RTE du fait de la tardiveté de la notification, aux motifs que, selon elle, le contrat imposait la notification préalable de la révision des Règles pour recueillir le consentement du cocontractant et qu'à défaut de notification, la révision serait inopposable à ce dernier ;

Mais considérant qu'il est énoncé au point B.6.1.1 intitulé "en cas d'accord de Participation entre RTE et le RE" :

« RTE Notifie à chaque Responsable d'Equilibre par lettre recommandée avec demande d'avis de réception :

- La date de publication sur le Site Internet de RTE de la version révisée définitive de la Section 2 des Règles,
- La date d'entrée en vigueur de la version révisée.

La révision de la Section 2 des Règles ne remet pas en cause la validité de l'Accord de Participation à la Section 2 des Règles signé par le responsable d'Equilibre. Cet accord continue à produire ses effets et emporte acceptation par le Responsable d'Equilibre des modifications intervenues dans la version révisée de la Section 2 des Règles publiées sur le Site Internet de RTE, sans préjudice du droit du Responsable d'Equilibre de résilier son accord de participation."

Le Responsable d'Equilibre peut demander à RTE la conclusion d'un avenant à son Accord de Participation en vue d'acter l'entrée en vigueur de la version révisée de la Section 2 des Règles. Dans ce cas, RTE lui Notifie un avenant dans un délai de quinze (15) Jours Ouvrés à compter de la réception de la demande. Le Responsable d'Equilibre doit retourner à RTE l'avenant signé dans un délai de quinze (15) Jours Ouvrés à compter de la réception de l'avenant. À défaut, le Responsable d'Equilibre est réputé avoir accepté des modifications intervenues dans la version révisée de la Section 2 des Règles publiée sur le Site Internet de RTE et cette version lui applicable de plein droit. »

Considérant qu'il en découle que contrairement à ce que soutient la société Enel Trade SpA, ces stipulations n'exigent pas que les règles modifiées, pour être opposables aux responsables d'équilibre, leur aient été préalablement notifiées ; que la notification permet en réalité aux responsables d'équilibre :

- soit s'ils le souhaitent, de conclure un avenant, la révision s'appliquant cependant même à défaut d'avenant,

-soit de solliciter la résiliation de l'accord de participation, dans les conditions prévues à l'article C.6.1, c'est-à-dire après un délai de préavis durant lequel la révision des règles produira de toutes façons, ses effets ;

qu'il ne peut être affirmé dans ces conditions, ni que la notification avait pour objet de recueillir le consentement du cocontractant, ni qu'un consentement exprès de celui-ci était indispensable, alors qu'il est énoncé que l'accord "*emporte acceptation par le Responsable d'Equilibre des modifications intervenues dans la version révisée[...] publiées sur le Site Internet de RTE*", publication intervenue en l'espèce le 30 juin 2010 ;

que le moyen tiré de la violation de l'article 1108 du code civil est dès lors inopérant ;

qu'ainsi, c'est à juste titre que le CoRDiS a décidé que dès le 1er juillet 2011 " les règles de rattachement de l'*ARENH* aux périmètres d'équilibre étaient opposables aux responsables d'équilibre, notamment à la société Enel Trade SpA et s'imposaient aux cocontractants en application de l'article B.6.1.1 de la section 2 des Règles de l'Accord de participation" ;

Considérant qu'il s'en déduit qu'aucun manquement de RTE relatif à la notification des Règles ne peut être retenu;

Sur la méconnaissance par RTE de son obligation d'information :

Considérant que la société Enel Trade SpA, qui ne conteste pas avoir su que *l'ARENH* entrait en vigueur le 1er juillet, expose qu'elle ignorait, jusqu'au 28 juillet 2011, qu'une nouvelle modalité de rattachement - se faisant par notification de la CRE- à son périmètre de l'électricité injectée avait été mise en place, la conduisant à sous estimer les quantités d'électricité produite ; qu'elle pensait en effet que les quantités d'*ARENH* se trouvaient déjà incluses dans les deux catégories de rattachement des livraisons existantes préalablement ;

Considérant que la société Enel Trade SpA fait valoir que RTE a manqué à son obligation d'information et de conseil, qui découle de l'obligation de bonne foi contractuelle, tirée de l'article 1134 du code civil ;

Considérant que RTE qui dénie avoir commis quelque manquement que ce soit, conteste formellement pour sa part, que la société Enel Trade SpA associée à la démarche de Enel France, ait pu ignorer que le rattachement des éléments d'*ARENH* nécessitait l'intervention de la CRE, d'où il suit, qu'ils ne pouvait être inclus dans les catégories déjà existantes ;

Considérant qu'ainsi qu'il a été dit ci-dessus, RTE n'avait pas l'obligation de notifier les Règles révisées, qui ont introduit un troisième mode de rattachement des livraisons d'électricité, cette modification étant intervenue selon un processus auquel la société Enel Trade SpA avait adhéré lors de la conclusion de l'accord de participation, étant observé que le mécanisme légal de l'*ARENH* s'imposait à RTE d'une part et que, d'autre part, comme le souligne cette dernière, la société Enel Trade, était associée à la mise en oeuvre du processus d'*ARENH* initié par Enel France et savait qu'un volume d'*ARENH* allait être alloué à celle-ci, et par conséquent rattaché à son périmètre d'équilibre, à compter du 1er juillet 2011, étant rappelé que Enel France avait eu connaissance du volume alloué le 14 juin 2011 ;

Considérant que de surcroît, il ne peut être sérieusement contesté que par l'envoi de divers mails, RTE a attiré l'attention des responsables d'équilibre sur le fait que les données concernant l'*ARENH* entreraient dans le calcul d'écart, à compter du 1er juillet 2011 et les invitaient à consulter le manuel utilisateurs et le guide d'utilisation des fichiers, adressés en pièces jointes, notamment pour intégrer le cas échéant, cette

évolution dans leur système d'information, mails adressés les 29 mars et 14 avril 2011 à l'adresse mail communiqué par la société Enel Trade SpA, à l'appui;

que ces éléments conduisent à écarter tout manquement de RTE au titre de son obligation d'information ;

Sur la méconnaissance prétendue de RTE à son obligation d'informer avec diligence la société Enel Trade SpA du déséquilibre apparu sur le périmètre :

Considérant que la société Enel Trade SpA soutient que RTE a manqué à son obligation de l'informer avec diligence du déséquilibre apparu dans son périmètre en ne se manifestant auprès de Enel France -qui le lui a immédiatement répercuté- qu'à partir du 26 juillet 2011, alors que le système était massivement excédentaire, ce qui est très inhabituel, dès le 6 juillet 2011 ; que RTE disposait, contrairement à ce qu'elle prétend, des moyens techniques et humains pour déceler l'écart, de 980 MW, et déterminer en quelques heures quel responsable d'équilibre en était à l'origine ;

Considérant qu'en réplique RTE invoque essentiellement les Règles liant les parties, et l'impossibilité technique dans laquelle elle se trouvait d'identifier plus tôt la société Enel Trade SpA comme étant la source des écarts ; qu'elle estime que la société Enel Trade SpA en lui reprochant de ne pas avoir attiré son attention sur les écarts constatés, tente de lui faire supporter sa propre carence ;

Considérant qu'aux termes de l'article C.12.2 des Règles :

« Les Ecarts du Responsable d'Equilibre sur la Semaine S sont calculés par RTE en Semaine S+3. »

que l'article C.12.4.3 des Règles précise :
« Au plus tard à 14H00 le jeudi de la Semaine S+3 RTE met à la disposition du Responsable d'Equilibre et des GRD concernés, pour chaque Jour de la Semaine S, les données de décompte suivantes au Pas Demi-Horaire :

- l'Ecart du Responsable d'Equilibre ;
- (...) »

Considérant qu'il s'ensuit que RTE est tenue de publier les écarts de la semaine S de chaque responsable d'équilibre au plus tard le jeudi de la semaine S+3 ; qu'en l'espèce, RTE ayant informé le 28 juillet 2011, la société Enel Trade SpA des écarts existant début juillet sur son périmètre d'équilibre, c'est-à-dire le jeudi de la semaine S+3, aucun manquement à ses obligations ne peut lui être reproché, étant souligné que l'écart du responsable d'équilibre ne compromettait pas l'équilibre des flux sur le réseau français ;

Considérant que c'est par d'exacts motifs, et sans qu'il soit utile de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, que le Cordis a décidé que RTE n'avait commis aucun manquement à ce titre ;

Sur le manquement de RTE à son obligation légale d'équilibrer à tout instant, les flux sur le réseau :

Considérant que la société Enel Trade SpA fait valoir que RTE a manqué à son obligation consistant à assurer « à tout instant »l'équilibre des flux d'électricité sur le réseau édictée à l'article L. 321-10 du code de l'énergie ; qu'elle ajoute que compte-tenu de l'ampleur des déséquilibres, et de leur durée, la distinction qui est faite par le CoRDiS entre l'équilibrage des flux sur le réseau, entendu comme le territoire français, et les écarts constatés dans le périmètre de chaque responsable d'équilibre n'est pas fondée ;

Mais considérant que l'article L. 321-10 du code de l'énergie dispose que « *le gestionnaire du réseau public de transport assure à tout instant l'équilibre des flux d'électricité sur le réseau ainsi que la sécurité, la sûreté et l'efficacité de ce réseau, en tenant compte des contraintes techniques pesant sur celui-ci. Il veille également au respect des règles relatives à l'interconnexion des différents réseaux nationaux de transport d'électricité* ».

Considérant qu'ainsi que l'allègue la société RTE, et comme l'a retenu le CoRDiS, il résulte de ces dispositions qu'elle est chargée par la loi, en tant que gestionnaire du réseau public de transport, de l'équilibre des flux d'électricité sur le réseau, c'est à dire sur l'ensemble du territoire français, mission qui participe du service public de l'électricité ; qu'elle n'est pas responsable des écarts constatés sur le périmètre de chacun des 150 responsables d'équilibre, dont il relève de l'essence même de leur mission, de gérer chacun, avec anticipation, leur périmètre, afin d'être constamment au plus proche de l'équilibre, le gestionnaire de réseau n'ayant pas à se substituer à eux ;

Considérant que pas plus devant la cour que devant le CoRDiS, la requérante n'est fondée en sa demande tendant à faire juger que RTE n'a pas rempli sa mission légale d'équilibrage des flux, alors même qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que l'équilibre global des flux d'électricité n'ait pas été assuré entre le 1er et le 28 juillet 2011 ;

Considérant que la Décision ayant statué par d'exacts motifs, non utilement contredits et par conséquent adoptés par la cour, le moyen ne peut qu'être écarté ;

Considérant qu'au vu de ces développements, il ne saurait être fait droit à la demande tendant à ce que la cour dise que les manquements de RTE ont conduit la société Enel Trade SpA à des achats d'électricité inutiles ;

Considérant, s'agissant du refus prétendument fautif de RTE d'appliquer la clause de conciliation, qu'il convient de constater que dès la naissance du litige entre les parties, des réunions se sont tenues, à la suite desquelles RTE a confirmé sa position par écrit, si bien que lorsque la société Enel Trade SpA lui a adressé une lettre recommandée le 10 novembre 2011, RTE a pu considérer que les tentatives de rapprochement amiable avaient échoué ;

Considérant en outre et surtout, qu'en application de l'article B14 des Règles, « à défaut d'accord ou de réponse à l'issue d'un délai de 30 jours à compter de la Notification susvisée, conformément à l'article 38 de la loi du 10 février 2000 », la CRE peut être saisie par l'une des parties ; que RTE allègue donc à juste titre que le défaut de réponse ne peut constituer une faute contractuelle ;

Considérant que le CoRDiS a constaté avec raison que : « L'absence de réponse de la société RTE à la demande de conciliation de la société ENEL Trade a pour seul effet de permettre à cette société de saisir directement le comité, ce qu'elle a fait » ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que toutes les demandes de la requérante doivent être rejetées et par conséquent, que le recours contre la Décision ne peut être accueilli ;

que l'équité conduit à allouer à RTE la somme de 4 000 euros en remboursement forfaitaire de ses frais irrépétibles ;

PAR CES MOTIFS

Déclare irrecevables les moyens et demandes relatifs à l'absence de publication de la délibération de la CRE du 16 juin 2011 et aux questions préjudicielles ;

Rejette le recours de la société Enel Trade SpA contre la décision du CoRDiS du 1er octobre 2012 ;

Condamne la société Enel Trade SpA aux dépens et à payer à RTE la somme de 4 000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile;

LE GREFFIER, **LE PRÉSIDENT,**

POUR COPIE CERTIFIÉE CONFORME
Le Greffier en Chef

Benoît TRUET-CALLU **Christian REMENIERAS**