

Grosses délivrées
aux parties le :

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 5 - Chambre 7

ARRÊT DU 18 OCTOBRE 2018

(n° 24, 13 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : **18/00782 - N° Portalis 35L7-V-B7C-B4YV5**

Décision déferée à la Cour : **décision n° 18-38-16 du 08 décembre 2017 du Comité de Règlement des Différends et des Sanctions de la COMMISSION DE RÉGULATION DE L'ÉNERGIE**

DEMANDERESSE AU RECOURS :

La société RÉSEAU DE TRANSPORT D'ÉLECTRICITÉ (RTE) S.A.

prise en la personne de ses représentants légaux
immatriculée au RCS de NANTERRE sous le n° 444 619 258
ayant son siège Tour initiale
1 Terrasse Bellini TSA 41000
92919 PARIS LA DEFENSE

Elisant domicile au Cabinet de la SCP Jeanne BAECHLIN
6 rue Mayran - 75009 PARIS

Représentée par Me Jeanne BAECHLIN de la SCP Jeanne BAECHLIN, avocat au barreau de PARIS, toque : L0034
assistée de Me Joseph VOGEL de la SELAS VOGEL & VOGEL, avocat au barreau de PARIS, toque : P0151

DÉFENDERESSE AU RECOURS :

La société SMART GRID ENERGY (SGE) S.A.S.

prise en la personne de son dirigeant
immatriculée au RCS de DAX sous le n° 537 667 487
7, rue de la Palinette
40130 CAPBRETON

Représentée par Me François TEYTAUD de l'AARPI TEYTAUD-SALEH, avocat au barreau de PARIS, toque : J125
assistée de Me Jérôme LEPEE, plaçant pour la ELAS ADAMAS, avocat au barreau de LYON, avocat au barreau de LYON

EN PRÉSENCE DE :

LA COMMISSION DE RÉGULATION DE L'ÉNERGIE (CRE)

prise en la personne de son Président
15 rue Pasquier
75008 PARIS

représentée par Me Thomas LAFFARGUE et Me Céline GAGEY de la SELARL EARTH AVOCATS, avocats au barreau de Paris, toque L 259
assistée de Me Céline GAGEY plaçant pour la SELARL EARTH AVOCATS, avocat au barreau de Paris, toque L 259

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 21 juin 2018, en audience publique, devant la cour composée de :

- Mme Valérie MICHEL- AMSELLEM, présidente de chambre, présidente
- M. Olivier DOUVRELEUR, président de chambre
- M. Pascal CLADIÈRE, conseiller

qui en ont délibéré

GREFFIER, lors des débats : Mme Carole TREJAUT

MINISTÈRE PUBLIC :

L'affaire a été communiquée au ministère public, représenté lors des débats par Mme Madeleine GUIDONI, avocate générale, qui a fait connaître son avis.

ARRÊT :

- contradictoire

- rendu 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 Mme Valérie MICHEL- AMSELLEM, présidente de chambre et par Mme Véronique COUVET, greffière à qui la minute du présent arrêt a été remise par le magistrat signataire.

* * * * *

LA COUR,

Vu la décision n° 18-38-16 du Comité de Règlement des Différends et des Sanctions de la Commission de Régulation de l'Energie en date du 8 décembre 2017 sur le différend qui oppose la société Smart Grid Energy à la société Réseau de Transport d'Electricité relatif à l'interprétation et l'exécution d'un contrat de mise à disposition de réserves rapide et complémentaire ;

Vu la déclaration de recours et l'exposé sommaire des moyens de la société Réseau de Transport d'Electricité remis au greffe de la cour le 12 janvier 2018 ;

Vu l'exposé des moyens et les conclusions n° 2 de la société Réseau Transport d'Electricité déposés au greffe de la cour les 9 février et 31 mai 2008 ;

Vu les conclusions en défense de la société Smart Grid Energy déposées au greffe de la cour le 12 avril 2018 ;

Vu les observations de la Commission de Régulation de l'Energie déposées au greffe de la cour le 12 avril 2018 ;

Vu l'avis écrit du ministère public en date du 19 juin 2018, communiqué le même jour aux parties et à la Commission de régulation de l'énergie ;

Après avoir entendu à l'audience publique du 21 juin 2008 en leurs observations orales le conseil de la requérante, qui a été mis en mesure de répliquer, le conseil de la société Smart Grid Energy, le conseil de la Commission de Régulation de l'Energie et le ministère public.

SOMMAIRE

FAITS ET PROCÉDURE :..... 4

Sur la demande principale de la société RTE tendant à l'infirmité de l'article 1er de la décision attaquée. 7

Sur la date de retrait de l'agrément..... 9

Sur la date d'obtention du nouvel agrément..... 10

Sur la demande principale de la société RTE tendant à la confirmation de l'article 2 de la décision attaquée. 11

Sur la demande subsidiaire de la société RTE. 11

Sur la demande de condamnation de la société RTE à verser à la société SGE la somme de 920 163,84 euros 12

Sur l'article 700 du code de procédure civile. 12

FAITS ET PROCÉDURE :

1. La cour est saisie d'un recours formé par la société Réseau de Transport d'Electricité (ci-après la « société RTE ») contre la décision du 8 décembre 2017 par laquelle le Comité de Règlement des Différends et des Sanctions (ci-après le « CoRDIS ») de la Commission de Régulation de l'Energie (ci-après la « CRE ») a réglé le différend qui l'opposait à la société Smart Grid Energy (ci-après la « société SGE »).
2. Ce différend s'inscrit dans le cadre du dispositif législatif et réglementaire par lequel la société RTE, gestionnaire du réseau public de transport d'électricité, veille, comme l'article L. 321-11 du code de l'énergie lui en donne la responsabilité, à l'équilibre, à tout moment, entre la consommation et la production d'électricité. Pour assurer cet équilibre, l'électricité ne se stockant pas, le gestionnaire doit disposer, afin de se prémunir contre les risques de panne générale ou « *black-out* » dans les situations extrêmes, de réserves mobilisables de puissance électrique. Ces réserves sont de deux ordres et comprennent, d'une part, les réserves primaire et secondaire, relevant des « *services systèmes* », et, d'autre part, la réserve tertiaire. Celle-ci est constituée au moyen d'un marché organisé par la société RTE et dénommé « *Mécanisme d'ajustement* », sur lequel sont mis en concurrence des « *Acteurs d'ajustement* » qui proposent des offres de capacité, dites « *offres d'ajustement* ». Ces « *acteurs d'ajustement* » sont sélectionnés par appels d'offres au termes desquels sont conclus des contrats de mise à disposition de deux types de réserve : une réserve « *rapide* », d'au moins 1 000 MW et activable en moins de 13 minutes, et une réserve « *complémentaire* », d'au moins 500 MW et activable en moins de 30 minutes.
3. Ces réserves proviennent d'« *Entités d'ajustement* » (ci-après « EDA ») que l'Acteur d'ajustement inclut dans son offre et qui peuvent regrouper plusieurs sites de production. Chaque EDA doit être agréée par la société RTE, après examen de ses capacités afin de s'assurer qu'elles répondent aux besoins que le contrat de mise à disposition doit couvrir. En conséquence, toute modification des sites composant une EDA agréée, en ce qu'elle influe sur les capacités de celle-ci, peut remettre en cause son agrément ; en particulier, le retrait d'un site entraîne le retrait de l'agrément de l'EDA.
4. Certains acteurs d'ajustement, sans être eux-mêmes producteur d'électricité, sont des « *agrégateurs de capacité* » et opèrent sur le « *Mécanisme d'ajustement* » au moyen de mandats qui leur sont donnés par des producteurs dont ils agrègent les capacités. C'est le cas de la société SGE.
5. Créée en 2011, la société SGE a été retenue, après appel d'offres, par la société RTE pour lui fournir des réserves rapide et complémentaire, sur la base d'un contrat de mise à disposition pour la période allant du 1^{er} avril 2015 au 31 mars 2016. Elle gère plusieurs EDA, dont l'EDA SMAR1TC5, composée à l'origine de quarante et un sites, dont elle a obtenu de la société RTE plusieurs agréments successifs pour des capacités différentes. C'est ainsi que cette EDA a été agréée, le 3 novembre 2015, pour une capacité de 246 MW puis, le 25 novembre 2015, à la suite de l'adjonction de quatre nouveaux sites, pour une capacité de 256 MW.
6. Précédemment, la société SGE avait, par courrier électronique du 2 octobre 2015, présenté à la société RTE une demande tendant à ce qu'un nouveau site, la centrale de Vénissieux d'une puissance de 5 MW, intègre l'EDA SMAR1TC5, portant ainsi sa capacité à 261 MW.
7. Par courrier électronique du 18 décembre 2015, le propriétaire de la centrale de Vénissieux a fait savoir à la société SGE que cette centrale serait « *débranchée* » pour travaux à compter du 1^{er} février 2016. La société SGE a alors indiqué à la société RTE, par courrier électronique du 12 janvier 2016, qu'elle comptait « *faire plusieurs demandes d'évolution d'ici la fin de la semaine* », parmi lesquelles le retrait du site de Vénissieux du périmètre de l'EDA SMAR1TC5, en précisant que « *[n]ous revenons par conséquent au niveau agréé de 256 MW* ». La société RTE a, par courrier électronique du 13 janvier 2016, pris note de ce changement à venir des capacités de l'EDA et invité son correspondant à la tenir informée.

8. Par courrier électronique du 20 janvier 2016 à 12h47, la société RTE a fait savoir à la société SGE que les tests réalisés sur le site de Vénissieux étaient « conformes » et qu'un agrément était accordé pour 5 MW à compter du 1^{er} janvier 2016.
9. Par courrier électronique du même jour, la société RTE, faisant suite à l'annonce que la centrale de Vénissieux serait « débranchée » à compter du 1^{er} février 2016, a, dans les termes suivants, informé la société SGE du retrait à venir de l'agrément de l'EDA : « (...) vous nous avez notifié le retrait du site Diesel Centrale de Vénissieux de l'EDA SMARITC5 pour le 01/02/2106. Je vous informe qu'en vertu de l'article 5.2.1.4 de votre contrat (...), l'agrément RR de l'EDA SMARITC5 à 261 MW sera retiré au 01/02/2016. Par conséquent, je vous remercie de me faire une demande d'agrément de cette EDA (sur la base d'historique par exemple) à hauteur de la puissance désirée si vous ne souhaitez pas être défaillants vis-à-vis de vos engagements. »
10. En réponse, la société SGE a, par courriers électroniques des 21 et 29 janvier 2016, présenté à la société RTE une demande d'agrément de l'EDA SMARITC5 pour une puissance de 256 MW, en excluant expressément la centrale de Vénissieux de la liste des sites la composant.
11. Le 30 mars 2016, les sociétés SGE et RTE ont signé un « contrat de mise à disposition de Réserves Rapide et Complémentaire » faisant suite au précédent et prenant effet le 1^{er} avril 2016.
12. La société RTE a adressé à la société SGE, le 31 mars 2016, un courrier électronique comportant la mention suivante : « Voici les scans des courriers que vous allez recevoir prochainement concernant le retrait de votre agrément sur l'EDA SMARITC5 et le résultat de vos demandes d'agrément. Cordialement ». Ce courrier comportait en pièce jointe la copie d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception, datée du même jour et ainsi rédigée : « L'EDA SMARITC5 était agréée pour participer au contrat de mise à disposition de réserves rapide et complémentaire. Suite au retrait du site de Vénissieux de cette EDA, cette dernière a perdu son agrément, en application de l'article 5.2.1.4 du contrat n° CX526C9006, à compter du 1^{er} avril (...). En conséquence, et afin de pouvoir maintenir sa participation au contrat, Smart Grid Energy a formulé (...) une nouvelle demande d'agrément le 29/01/2016 pour l'EDA SMARITC5. En application de la procédure (...), cinq tests ont été effectués sur l'EDA visée. Or, il apparaît que sur les cinq tests, quatre activations ont été déclarées non conformes (voir détails ci-après). Ces résultats ne permettent pas (...) de délivrer l'agrément de l'EDA SMARITC5. Par conséquent, (...) RTE vous notifie par la présente le retrait de l'agrément de l'EDA SMARITC5 au 1/04/2016 (...). Smart Grid Energy reste redevable des engagements initiaux pris lors de la contractualisation avec RTE. A défaut, les pénalités prévues par le contrat (...) devront s'appliquer ». Ce courrier recommandé a été expédié par la société RTE le 5 avril et remis à la société SGE le 7 avril.
13. La société SGE a réagi à ce courrier électronique du 31 mars par un courrier électronique du même jour, dans lequel elle a indiqué à la société RTE que si le retrait de l'agrément devait être confirmé, il en résulterait pour elle un préjudice de plusieurs centaines de milliers d'euros et le risque d'être écartée de tout contrat de mise à disposition.
14. Par courrier du 7 avril 2016 adressé à la société RTE, la société SGE a contesté, « a minima dans la forme », cette notification de retrait et, faisant valoir que celui-ci pouvait la conduire à cesser son activité, sollicité une réunion de médiation et, « à titre conservatoire », une suspension de toute mesure de pénalisation à son encontre. Par courrier électronique du 12 avril, elle a présenté une demande d'agrément de l'EDA SMARITC5 pour une puissance de 251 MW.
15. Le 13 avril, la société RTE a adressé à la société SGE un courrier électronique lui notifiant l'agrément de l'EDA SMARITC5 et comportant en pièce jointe la copie d'une lettre de notification, précisant que l'agrément était accordé à hauteur de 251 MW et accompagnée d'une annexe au contrat de mise à disposition de réserves.

16. Par un courrier recommandé du 15 juin 2016, la société RTE a fait savoir à la société SGE - après avoir rappelé que, dans le cadre de la conciliation qui avait été menée, elle l'avait autorisée à présenter une demande de nouvel agrément de l'EDA SMAR1TC5 sans lui imposer le délai de carence normalement applicable - qu'elle était redevable, en application de contrat de mise à disposition auquel elle avait souscrit, de pénalités de défaillance pour la période durant laquelle elle n'était plus titulaire d'un agrément pour cette EDA. Elle a ensuite indiqué qu'elle décomptait une défaillance de 256 MW entre le jour de la notification du retrait de l'agrément augmenté de 5 jours ouvrés et le jour de la notification du nouvel agrément, soit, selon elle, entre le 8 et le 13 avril 2016.
17. La société SGE s'est acquittée de ces pénalités, mais a saisi le CoRDIS de la CRE et lui a demandé, à titre principal, de constater que les pénalités n'étaient pas dues et d'en ordonner le remboursement et, à titre subsidiaire, de réputer non écrite la clause 9.2 du contrat de mise à disposition relative aux pénalités, de constater que les pénalités étaient manifestement excessives, d'en réduire le montant à leur « *strict minimum* » et d'ordonner le remboursement du « *trop-payé* ».
18. Par sa décision n° 18-38-16 du 8 décembre 2017, le CoRDIS, faisant droit à la demande principale de la société SGE, a considéré qu'il n'y avait pas lieu de lui appliquer des pénalités.
19. S'agissant de la date du retrait de l'agrément de l'EDA, il a d'abord rappelé que selon l'article 11.9 du contrat liant les parties, les notifications devaient être effectuées soit par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, soit par courrier électronique avec demande d'avis de réception et que la date d'une notification était « *réputée être* » soit celle de l'avis de réception de la lettre recommandée, soit le jour et l'heure de l'accusé de réception émis par le système informatique. Il a relevé, en outre, que, selon l'article 5.2.1.4 du même contrat, le titulaire disposait d'un délai de cinq jours ouvrés, à compter de la date de la notification du retrait, pour contester celui-ci. Le CoRDIS en a conclu qu'en l'espèce, l'avis de réception de la lettre recommandée notifiant le retrait étant daté du 7 avril 2016, la date du retrait de l'agrément à prendre en compte pour le calcul des pénalités prévues au contrat était cette même date du 7 avril, augmentée de cinq jours ouvrés, soit le 14 avril 2016. S'agissant de la date de l'obtention du nouvel agrément de l'EDA, il a observé qu'il ressortait de l'article 5.2.1.2 et de l'annexe 1 modifiée du contrat de mise à disposition que cet agrément avait été obtenu le 14 avril 2016, de sorte qu'il convenait de constater qu'aucune défaillance ne pouvait être imputée à la société SGE.
20. Le CoRDIS a, en revanche, considéré qu'il ne lui appartenait pas de se prononcer sur la demande de remboursement des pénalités versées, en notant qu'elle relevait du juge du contrat.
21. La société RTE a formé le 12 janvier 2018 un recours contre cette décision.

SUR CE

22. La société RTE demande à la cour de :

« A titre principal,

DIRE et JUGER que les demandes de la société RTE sont recevables ;

INFIRMER la décision du CoRDIS du 19 juillet 2017 en ce qu'il a été décidé que :

Article 1er – Le comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie constate que, pour la période d'exécution du contrat de mise à disposition de réserves rapide et complémentaire entre le 8 avril 2016 et le 14 avril 2016, il n'y avait pas lieu d'appliquer les pénalités telles que prévues à l'article 9.2 dudit contrat.

CONFIRMER la décision du CoRDIS du 8 décembre 2017 en ce qu'il a été décidé que :

Article 2 – Il n'appartient pas au comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie de statuer sur les autres demandes.

En conséquence :

*REJETER la demande de la société SGE tendant à ce qu'il soit décidé que RTE aurait fait une application erronée des pénalités ;
DIRE et JUGER que les pénalités de 920 163,84 euros étaient bien dues par la société SGE pour la période du 8 au 14 avril 2016 ;*

A titre subsidiaire,

Si par extraordinaire la cour d'appel de céans confirmait le raisonnement du CoRDiS et si la seule notification valable est la notification par lettre recommandée avec accusé de réception, la société SGE serait alors redevable de pénalités entre le 15 avril et le 22 avril (date de réception du nouvel agrément par LRAR) pour un montant total de 1 247 304,34 euros,

En conséquence, DIRE ET JUGER que RTE n'a pas fait une application erronée des pénalités de 920 163,84 euros qui étaient bien dues par la société SGE.

En tout état de cause,

DEBOUTER la société SGE et la Commission de régulation de l'énergie de tous leurs moyens, fins et demandes.

CONDAMNER la société SGE à payer à la société RTE la somme de 20.000 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile.

CONDAMNER la société SGE aux entiers dépens dont distraction au profit de la SCP Jeanne BAECHLIN conformément à l'article 699 du Code de procédure civile. »

23. La société SGE demande à la cour de :

« - rejeter les demandes de la société RTE ;

- confirmer la décision n° 18-38-16 du 8 décembre 2017 du Comité de règlement des différends et de sanctions de la Commission de régulation de l'énergie ;

- condamner en conséquence la société RTE à verser à la société Smart Grid Energy la somme de 920 163,84 euros, augmentée des intérêts moratoires à compter du 12 août 2016 ;

- condamner la société RTE au versement de la somme de 30 000 € au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

- condamner la société RTE aux entiers dépens. »

Sur la demande principale de la société RTE tendant à l'infirmer de l'article 1er de la décision attaquée

24. La société RTE soutient que le retrait de l'agrément de l'EDA SMARITC5 a été valablement notifié le 31 mars 2016 par le courrier électronique adressé, ce jour-là, à la société SGE, nonobstant l'absence de demande d'avis de réception. Elle fait valoir, en effet, que cette société en a pris connaissance, puisqu'elle y a répondu le même jour en s'y référant expressément, et que, contrairement à ce qu'a considéré le CoRDiS, les stipulations de l'article 11.9 du contrat de mise à disposition, qui prévoient que les notifications sont transmises par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par courrier électronique avec demande d'avis de réception, ne constituent pas des conditions substantielles de validité de ces notifications, mais seulement des conditions de forme visant à en assurer la preuve, laquelle peut être rapportée autrement. Elle souligne que la demande d'avis de réception n'est pas prescrite par le contrat à peine de nullité et que, l'article 114 du code de procédure civile disposant que le vice de forme d'un acte n'est susceptible d'en entraîner la nullité que s'il en résulte un grief pour celui qui l'invoque, il serait « inconcevable » que des notifications contractuelles soient soumises à un régime plus strict que des notifications judiciaires ultérieures. Enfin, elle invoque la jurisprudence qui, à propos de certaines dispositions du code du travail et du code des assurances prévoyant l'envoi d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception, juge que cette formalité n'a pas de caractère substantiel et ne constitue qu'un moyen de preuve. La société RTE ajoute qu'en l'espèce, la société SGE n'a subi aucun grief du fait que le retrait d'agrément lui a été notifié par courrier électronique sans demande d'avis de réception puisqu'il est établi qu'elle a reçu ce courrier et qu'elle en a d'ailleurs tiré toutes les conséquences en relançant la procédure d'agrément de son EDA.

25. Enfin, la société RTE fait valoir que le parallélisme des formes, l'intention des parties et la bonne foi contractuelle auraient dû conduire le CoRDIS à prendre en compte le courrier électronique du 31 mars 2016 comme date de notification du retrait de l'agrément, dans la mesure où la société SGE a accepté d'autres notifications identiques sans demande d'avis de réception, ainsi la notification, par ce même courrier électronique, du retrait de l'agrément d'une autre EDA et, ultérieurement, la délivrance de l'agrément de l'EDA SMAR1TC5. Elle considère que, dans ces conditions, le CoRDIS se contredit en déterminant la date de retrait de l'agrément et celle de la délivrance d'un nouvel agrément selon des méthodes différentes.
26. La société SGE conteste qu'on puisse s'appuyer, par analogie avec la présente affaire, sur la jurisprudence citée par la société RTE en matière sociale, d'assurances et sur la procédure civile. C'est ainsi qu'elle fait valoir que le contrat commercial qui la lie à la société RTE ne peut être comparée ou assimilée à un contrat de travail, dans le cadre duquel le salarié bénéficie d'une protection particulière, pas plus qu'au contrat d'assurance, qui relève d'un régime juridique spécifique accordant, également, une protection particulière à l'assuré, et qu'on ne saurait, en conséquence, se référer à la jurisprudence intervenue dans ces matières, laquelle, au demeurant, n'est pas aussi tranchée que l'affirme la requérante. De la même manière, elle récuse tout parallèle avec la procédure civile et, à l'inverse, invoque un arrêt de la Cour de cassation, d'où il ressortirait que l'envoi des notifications dans les formes prévues par le contrat doit être respecté par les parties.
27. Elle rappelle que l'article 11.9 du contrat, qui fixe la forme des notifications, prévoit que celles-ci doivent être faites, notamment, par lettre recommandée ou courrier électronique, l'une et l'autre accompagnés d'une demande d'avis de réception et adressés à l'« interlocuteur » désigné en annexe et que la date de la notification est réputée être soit celle de l'avis de réception, soit celle de l'émission d'un accusé de réception par le système informatique. Elle observe que le courrier électronique du 31 mars 2016 n'était pas conforme à ces prescriptions puisqu'il n'était pas assorti d'une demande d'avis de réception et n'était pas adressé à l'interlocuteur compétent, et en déduit qu'il ne pouvait être considéré comme une notification valable au sens du contrat. Elle précise que la circonstance que le courrier électronique était accompagné d'une copie des courriers adressés par la voie postale est indifférent, ces documents ne pouvant être considérés que comme des projets de lettre, en l'absence de preuve de leur expédition. Enfin, la société SGE ajoute qu'en tout état de cause, dans le cas où il serait considéré que le courrier électronique du 31 mars 2016 constitue une notification du retrait de l'agrément, il conviendrait alors de constater que ce retrait n'a pas d'existence juridique puisqu'il est une mesure d'exécution du contrat de mise à disposition conclu le 30 mars 2016 qui n'est entré en vigueur que le 1^{er} avril suivant.
28. La CRE soutient que, contrairement à ce qu'affirme la société RTE, les formes fixées par l'article 11.9 du contrat de mise à disposition, dans lesquelles doivent être effectuées les notifications, constituent non seulement un moyen de preuve permettant de leur donner date certaine, mais également une formalité substantielle, nécessaire à leur « qualification ». Elle en conclut que le courrier électronique du 31 mars 2016 n'ayant pas été accompagné d'une demande d'avis de réception, il ne pouvait valoir notification au sens de l'article 11.9 du contrat et que seule la réception, le 7 avril suivant, de la lettre recommandée avec demande d'avis de réception constituait la date de notification du retrait de l'agrément. Ce retrait, dès lors, n'est devenu effectif, selon la CRE, qu'après ajout du délai de contestation de cinq jours ouvrés prévu par le contrat, soit le 14 avril 2016. En ce qui concerne la date d'obtention du nouvel agrément, la CRE conteste avoir, en retenant la date du 14 avril 2016, méconnu le parallélisme des formes, comme le prétend la société RTE, mais fait une juste application des termes du contrat.
29. Le ministère public conclut au rejet du recours en faisant valoir que c'est à bon droit que le CoRDIS a retenu, pour le retrait d'agrément et l'obtention du nouvel agrément, les dates des 31 mars et 14 avril 2016 et a considéré qu'il n'y avait donc pas lieu d'appliquer les pénalités prévues au contrat.

*
* *

30. Il est constant que l'agrément dont bénéficiait la société SGE pour l'EDA SMAR1TC5, à hauteur de 261 MW, lui a été retiré et qu'un nouvel agrément lui a été délivré pour cette même EDA, à hauteur de 256 MW.
31. Il convient donc de déterminer si le CoRDIS a fait une exacte appréciation des éléments du dossier en déterminant les dates auxquelles devaient être pris en compte le retrait de l'agrément et l'obtention du nouvel agrément, au vu desquelles il a considéré qu'aucune pénalité n'était due par la société SGE.

Sur la date de retrait de l'agrément

32. L'article 5.2.1.4 du contrat de mise à disposition, intitulé « *Retrait de l'agrément technique d'une EDA par RTE* », dont l'application au cas d'espèce n'est pas discutée, prévoit que « *[d]ans les cinq jours ouvrés suivant la réception de la Notification [du retrait de l'agrément], le Titulaire peut contester le retrait de l'Agrément de l'EDA et déclencher la procédure de conciliation prévue à l'article 11.11 du présent Contrat.* »
33. Le CoRDIS a considéré qu'en conséquence, la date du retrait de l'agrément à prendre en compte pour le calcul des pénalités était la date de l'expiration de ce délai. La société RTE ne le conteste pas, mais s'oppose, en revanche, à la décision du CoRDIS en ce qui concerne le point de départ de ce délai, c'est-à-dire la date qu'il convient de retenir comme étant la date de « *réception de la notification* » du retrait de l'agrément. En effet, le CoRDIS a déterminé cette date en appliquant les stipulations de l'article 11.9 du contrat de mise à disposition, dont la société RTE estime qu'elles n'ont qu'un caractère probatoire et qu'en l'espèce, elles auraient dû être écartées.
34. L'article 11.9 du contrat que le CoRDIS a appliqué est ainsi rédigé :

« 11.9 Notifications

Une Notification au titre du Contrat est un écrit qui est transmis par une Partie à l'autre Partie :

- soit par une remise en mains propres contre reçu ;*
- soit par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ;*
- soit par télécopie ;*
- soit par courriel avec demande d'avis de réception.*

La date de Notification est réputée être :

- soit la date mentionnée sur le reçu pour une remise en main propre ;*
- soit la date de l'avis de réception pour une lettre recommandée avec demande d'avis de réception ;*
- soit le Jour et l'Heure de l'accusé de réception émis par le système informatique pour une télécopie ;*
- soit le Jour et l'Heure de l'accusé de réception émis par le système informatique de la Partie réceptrice pour une courriel.*

Les coordonnées des interlocuteurs auxquels doivent être adressées ces Notifications sont précisées dans l'annexe 3. »

35. Il ressort de la teneur même de ces stipulations que l'interprétation qu'en donne la société RTE, en se référant à l'article 114 du code de procédure civile et à la jurisprudence relative à certaines dispositions du code du travail et du code des assurances, n'est pas pertinente.
36. En effet, l'article 114 du code de procédure civile définit les conditions de nullité, pour vice de forme, des actes de procédure, compte tenu du caractère substantiel ou d'ordre public de la formalité en cause, et ne peut, en aucune façon, être appliqué - même, comme le fait la société RTE, à titre de « *parallèle* » - pour apprécier la portée de stipulations contenues dans un contrat qui ne relève pas du code de procédure civile.

37. Par ailleurs, les autres dispositions qu'invoque la requérante se bornent à prévoir, pour certaines notifications entre parties à un contrat de travail ou un contrat d'assurance, le recours à une lettre recommandée avec demande d'avis de réception, la jurisprudence ayant alors eu à dire si une autre modalité de notification était possible.
38. Or tel n'est pas le cas des stipulations contractuelles en cause qui, contrairement à ce qu'affirme la société RTE, ne se bornent pas à définir les conditions de forme des notifications, en énumérant limitativement les modalités selon lesquelles elles doivent être effectuées ; ces stipulations vont au-delà du simple énoncé de conditions de forme et fixent expressément la date à laquelle la notification doit être « réputée » faite, en retenant pour cela, en particulier, la date de l'avis de réception. Loin d'instituer une simple présomption, le contrat a ainsi, sans exclure que le destinataire de la notification en ait été préalablement averti par tout autre moyen, fixé, en des termes clairs et précis, cette notification à une date, celle de sa réception, qu'on ne saurait écarter sans méconnaître l'intention des parties. Il est indifférent, à cet égard, que la société SGE ait, comme le prétend la société RTE, « pris acte » de la notification, par un courrier électronique non accompagné d'une demande d'avis de réception, de l'octroi de l'agrément d'une autre EDA, cette procédure d'agrément n'étant pas dans la cause et la cour ne pouvant donc apprécier la pertinence de cette allégation et les conséquences susceptibles d'en être tirées.
39. En l'espèce, il est constant que la société SGE a été avertie du retrait de l'agrément de l'EDA SMAR1TC5, d'une part, par un courrier électronique du 31 mars 2016 et, d'autre part, par une lettre recommandée avec demande d'avis de réception, datée du même jour et reçue par elle le 7 avril suivant (SGE, pièce n° 18). Le courrier électronique n'ayant pas été assorti d'une demande d'avis de réception, ne peut être considéré comme ayant valablement notifié le retrait d'agrément à la société SGE, quoiqu'il ne soit pas contesté que celle-ci en a pris connaissance le jour de sa réception. Il en résulte, par application des stipulations mêmes de l'article 11.9 du contrat, que la date de notification de ce retrait est celle de la réception de la lettre recommandée, soit le 7 avril 2016. En conséquence, il y a lieu de prendre en compte pour le calcul des éventuelles pénalités dues par la société SGE, après application du délai de contestation de cinq jours ouvrés, la date du 14 avril 2016.

Sur la date d'obtention du nouvel agrément

40. Pour déterminer la date d'obtention du nouvel agrément de l'EDA SMAR1TC5, à prendre en compte pour le calcul des éventuelles pénalités dues par la société SGE, le CoDIS s'est référé aux stipulations de l'article 5.2.1.2 et de l'annexe 1 du contrat de mise à disposition liant les sociétés RTE et SGE.
41. L'article 5.2.1.2 de ce contrat est ainsi rédigé :
- « 5.2.1.2 Obtention de l'Agrément technique d'une EDA*
- Suite à une nouvelle demande d'Agrément (...) et en cas de réussite de la Procédure d'Agrément de l'EDA, RTE met à jour l'Annexe 1, dans les conditions de l'article 11.1 du présent Contrat. RTE notifie cette mise à jour au Titulaire dans les meilleurs délais. L'EDA peut être mise à disposition au titre du présent Contrat à compter de la réception de la Notification par le Titulaire en respectant les délais et conditions de l'article 7 »*
42. Intitulée « Liste des EDA Agréées », l'annexe 1 présente, sous forme d'un tableau, la liste des EDA agréées par la société RTE, avec leurs caractéristiques, et prévoit que « la liste des EDA Agréée est valable à partir de la date de signature de la présente liste pour une durée indéterminée. Chaque nouvelle liste annule et remplace la précédente ».
43. Il en ressort que la période de mise à disposition d'une EDA s'ouvre dès que le cocontractant de la société RTE a connaissance de l'agrément délivré et de la liste des EDA agréées initialement dressée lors de la conclusion du contrat de mise à disposition ou de toute nouvelle liste qui, après modification, s'y substituerait ultérieurement, et que des offres d'ajustement peuvent alors être présentées selon les modalités techniques prévues par l'article 7. Il n'y a donc pas lieu pour déterminer la date à laquelle l'agrément produit effet,

de se référer aux stipulations précitées de l'article 11.9 du contrat relatives à la forme et à la date des notifications qui, de portée générale, ne sauraient s'appliquer en présence de ces stipulations spéciales de l'article 5.2.1.2 et de l'annexe 1 du contrat. Dès lors, le CoRDIS, contrairement à ce que prétend la société RTE dans ses écritures devant la cour, ne s'est nullement contredit en ne déterminant pas selon la même méthode la date de retrait de l'agrément précédemment obtenu et celle de l'obtention du nouvel agrément. De même, c'est en vain que, pour soutenir que la date d'obtention aurait dû être déterminée par application des règles régissant la détermination de la date de retrait, la société RTE invoque le parallélisme des formes, puisqu'il n'y aurait lieu de s'y référer que dans le silence du contrat, tel n'étant précisément pas le cas du contrat de mise à disposition qui, à l'inverse, comporte, sur ce point, des stipulations spéciales. Enfin, la société RTE ne démontre pas en quoi les stipulations contractuelles appliquées par le CoRDIS, dont le caractère clair et précis résulte de leur lettre même, seraient contraires à l'intention des parties, pas plus qu'au principe de bonne foi dans l'exécution du contrat, et devraient, pour cette raison, être écartées.

44. En l'espèce, il est constant que, à la suite de la demande qu'elle avait faite le 12 avril 2016, la société SGE a obtenu un nouvel agrément de l'EDA SMAR1TC5, à hauteur de 251 MW, et qu'elle en a été informée par un courrier électronique du 13 avril et un courrier postal daté du même jour et reçu ultérieurement. Le document intitulé « *Notification d'Agrément établie conformément à la procédure d'Agrément* », joint à ces courriers, indique expressément que « [l']Agrément RR a été obtenu à la date suivante : 14/04/2016 » et la « *Liste des EDA Agréées* », également jointe, mentionne, dans la colonne « *Date d'Agrément* », la date du 14 avril 2016 (société RTE, pièce n° 22). C'est donc cette date qu'il convient de retenir, comme l'a fait le CoRDIS, pour déterminer, au sens du contrat de mise à disposition, la date à laquelle a pris fin la défaillance de la société SGE.
45. Il résulte de l'ensemble de ces constatations que c'est à juste titre que le CoRDIS en a conclu, au vu de la coïncidence des dates de retrait de l'agrément précédemment délivré et d'obtention du nouvel agrément, qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer à la société SGE les pénalités prévues par le contrat de mise à disposition.

Sur la demande principale de la société RTE tendant à la confirmation de l'article 2 de la décision attaquée

46. La cour est, dans le cadre de la présente affaire, saisie du recours formé par la société RTE sur le fondement de l'article L. 134-21 du code de l'énergie, selon lequel les décisions prises par le CoRDIS en matière de règlement des différends sont susceptibles d'un recours en annulation ou en réformation. Il lui incombe, dès lors, de se prononcer sur les demandes tendant à annuler ou réformer tout ou partie de la décision attaquée ; en revanche, il ne lui appartient pas de « *confirmer* » les chefs de cette décision contre lesquels le requérant n'a pas dirigé son recours. Il n'y a donc pas lieu de statuer sur la demande de la société RTE tendant à la confirmation de l'article 2 de la décision attaquée.

Sur la demande subsidiaire de la société RTE

47. A titre subsidiaire, la société RTE fait valoir que si la cour devait confirmer le raisonnement suivi par le CoRDIS, en considérant que la seule notification valable était la notification par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, la société SGE serait alors redevable de pénalités pour la période courant du 15 avril 2016 au 22 avril suivant, date de réception de la lettre recommandée notifiant le nouvel agrément de l'EDA. Elle observe que ces pénalités s'élèveraient au montant de 1 247 304,34 euros et demande à la cour de juger que les pénalités d'un montant de 920 163,84 euros étaient, en conséquence, bien dues par la société SGE.
48. Mais la cour a jugé plus haut, non que la lettre recommandée avec demande d'avis de réception constituait la seule modalité selon laquelle devaient être effectuées les notifications prévues par le contrat de mise à disposition, mais que l'application de celui-ci commandait de déterminer selon des règles différentes, prévues par le contrat, la notification du retrait de l'agrément et celle de la délivrance du nouvel agrément. C'est donc

vainement que la société RTE prétend que la date de la notification du retrait de l'agrément ayant été fixée à la date de sa réception par lettre recommandée, il doit en être de même pour la fixation de la date de notification de l'obtention du nouvel agrément.

49. Il s'ensuit que le moyen de la société RTE doit être rejeté.

Sur la demande de condamnation de la société RTE à verser à la société SGE la somme de 920 163,84 euros

50. La société SGE expose qu'elle s'est acquittée, par un virement du 12 août 2016, des pénalités d'un montant de 920 163,84 euros que la société RTE lui a infligées. Elle demande à la cour de condamner la société RTE, en conséquence du rejet de son recours, à lui verser cette même somme, augmentée des intérêts moratoires à compter du 12 août 2016.

51. Mais le présent arrêt constitue le titre en exécution duquel la société RTE devra restituer à la société SGE les sommes indûment versées par elle au titre des pénalités, lesdites sommes étant assorties des intérêts au taux légal à compter de la notification de l'arrêt, valant mise en demeure. Il s'en déduit qu'il n'y a pas lieu de statuer sur cette demande inopérante.

Sur l'article 700 du code de procédure civile

52. La société RTE succombant en son recours, il convient de rejeter sa demande fondée sur l'article 700 du code de procédure civile et de la condamner aux entiers dépens.

53. Il n'y a pas lieu, par ailleurs, de faire droit à la demande présentée par la société SGE sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS

REJETTE le recours formé par la société Réseau de Transport d'Electricité contre la décision n° 18-38-16 du Comité de Règlement des Différends et des Sanctions de la Commission de Régulation de l'Energie en date du 8 décembre 2017 ;

DIT n'y avoir lieu à statuer sur la demande de condamnation de la société Réseau de Transport d'Electricité à verser à la société Smart Grid Energy la somme de 920 163,84 euros, augmentée des intérêts moratoires à compter du 12 août 2016 ;

REJETTE les demandes de condamnation fondées sur l'article 700 du code de procédure civile ;

CONDAMNE la société Réseau de Transport d'Electricité aux dépens.

LA GREFFIÈRE

LA PRÉSIDENTE

Véronique COUVET

Valérie MICHEL - AMSELLEM