

N° 439944 – Société Hydroption

9^{ème} et 10^{ème} chambres réunies

Séance du 26 novembre 2021

Lecture du 10 décembre 2021

Conclusions

Mme Emilie BOKDAM-TOGNETTI, Rapporteuse publique

« Afin d'assurer la liberté de choix du fournisseur d'électricité tout en faisant bénéficier l'attractivité du territoire et l'ensemble des consommateurs de la compétitivité du parc électronucléaire français, un accès régulé et limité à l'électricité nucléaire historique (...) est ouvert à tous les opérateurs fournissant des consommateurs finals résidant sur le territoire métropolitain continental (...). / Cet accès régulé est consenti à des conditions économiques équivalentes à celles résultant pour Electricité de France de l'utilisation de ses centrales nucléaires ». Ce mécanisme, dit de l'ARENH, est organisé par l'article L. 336-1 du code de l'énergie, dont nous venons de citer les dispositions, et par les articles suivants du même code.

En particulier, l'article L. 336-5 prévoit la conclusion, entre chaque fournisseur alternatif et EDF, d'un « accord-cadre », garantissant les modalités selon lesquelles ce fournisseur peut, à sa demande, exercer son droit d'accès régulé à l'électricité nucléaire historique par la voie de cessions d'une durée d'un an, et dont les stipulations sont conformes à un modèle déterminé par arrêté du ministre chargé de l'énergie pris sur proposition de la CRE. En vertu des articles R. 336-9 et R. 336-10, tout fournisseur ayant signé un accord-cadre avec EDF transmet à la CRE, au moins quarante jours avant le début de chaque période de livraison, un dossier de demande d'ARENH, valant engagement ferme d'acheter les quantités totales de produit qui lui seront cédées au cours de la période de livraison à venir¹. Soulignons enfin que, dans la mise en œuvre de ce mécanisme, la CRE joue un rôle de tiers de confiance destiné à éviter un échange direct d'informations entre la société EDF et les fournisseurs alternatifs qui sont ses concurrents : la CRE notifie à ce titre au gestionnaire public de réseau les informations relatives aux quantités d'électricité nucléaire devant être injectées par EDF, correspondant aux cessions réalisées au profit de ces fournisseurs au titre de l'ARENH.

La crise sanitaire et les mesures de confinement ont entraîné, en mars et avril 2020, une baisse de la consommation d'électricité – en particulier des entreprises – et corrélativement, une baisse du prix de l'électricité sur les marchés de gros, chutant aux alentours de 20 euros et parfois même ponctuellement négatifs. Initialement attractif et inférieur aux prix sur ces

¹ Lorsque les droits alloués à un fournisseur en début de période s'avèrent supérieurs aux droits correspondant à la consommation constatée des consommateurs finals fournis par lui, la CRE notifie au fournisseur un complément de prix à acquitter à EDF au titre des volumes excédentaires.

marchés, le prix de l'ARENH, fixé à 42 euros par MWh, s'est ainsi retrouvé soudain équivaloir à plus du double de ceux-ci. Faute de pouvoir stocker l'électricité achetée à l'avance dans le cadre de l'ARENH et non utilisée par leurs propres consommateurs finals, des fournisseurs alternatifs ont alors dû revendre une partie de cette électricité sur les marchés, à un prix très inférieur au prix régulé auquel ils l'avaient achetée à EDF. Or dans le même temps, les effets conjugués du prolongement de la clause hivernale, des mesures d'étalement et de report du paiement des factures d'électricité sans pénalités décidées par le gouvernement au profit des microentreprises, et plus largement les difficultés rencontrées par l'ensemble du secteur tertiaire et industriel accroissaient les retards de paiement.

Plusieurs fournisseurs alternatifs ont alors demandé à EDF l'activation de la clause de sauvegarde prévue, en cas de force majeure, par l'accord-cadre signé avec l'opérateur historique. Estimant que l'événement invoqué n'entraîne pas dans les prévisions de cette clause, EDF a refusé la suspension de l'exécution des livraisons au titre de l'ARENH.

C'est dans ce contexte que la CRE a, le 26 mars 2020, adopté une délibération « *portant communication sur les mesures en faveur des fournisseurs prenant en compte des effets de la crise sanitaire sur les marchés d'électricité et de gaz naturel* ». Cette délibération comporte, au sein d'une section intitulée « *Analyse de la CRE* », un sous-titre « *Evolution du cadre de l'ARENH* ».

Après avoir évoqué le contexte que nous venons de rappeler, avoir relevé que plusieurs fournisseurs ont demandé l'activation de la clause de force majeure et noté qu'EDF avait fait part de son opposition au déclenchement de cette clause, la CRE y énonce qu'elle « *ne peut à ce stade que constater le désaccord entre les parties au contrat* ». Puis elle ajoute : « *La CRE considère néanmoins que la force majeure ne trouverait à s'appliquer que si l'acheteur parvenait à démontrer que sa situation économique rendait totalement impossible l'exécution de l'obligation de paiement de l'ARENH. Compte tenu de ce qui précède, les conséquences d'une suspension totale des contrats ARENH en raison de l'activation des clauses de force majeure seraient disproportionnées. Enfin, une telle situation créerait un effet d'aubaine pour les fournisseurs au détriment d'EDF qui irait à l'encontre des principes de fonctionnement du dispositif qui reposent sur un engagement ferme des parties sur une période d'un an.* » Et de conclure : « *En conséquence, la CRE ne transmettra pas à RTE une évolution des volumes d'ARENH livrés par EDF aux fournisseurs concernés liée à une demande d'activation de la clause de force majeure.* »

Estimant que la CRE serait tenue, lorsque l'une des parties exprime sa volonté de suspendre l'exécution du contrat pour cause de force majeure, de tirer les conséquences de cette décision dans les notifications qu'elle adresse au gestionnaire public de réseau, sans disposer d'aucun pouvoir d'appréciation sur la pertinence de l'invocation de la force majeure au cas d'espèce, plusieurs opérateurs ont demandé à votre juge des référés, sur le fondement de l'article L. 521-1 du CJA, d'ordonner la suspension de l'exécution de cette délibération en tant qu'elle porte sur « l'évolution du cadre de l'ARENH » et, notamment, en tant qu'elle donne une interprétation de la clause de force majeure et refuse de transmettre à RTE une évolution des volumes d'ARENH à livrer par EDF.

Par une ordonnance du 17 avril 2020 (*AFIEG et ANODE*, n° 439949, aux Tables, AJDA 2020 p. 1740 note A. Peny), le juge des référés a rejeté cette demande. Il a d'abord jugé que le refus de la CRE de notifier une modification des volumes d'électricité à livrer avait pour seul motif le constat d'un désaccord entre les parties sur la mise en application de la clause de force majeure, que cette commission estimait ne pouvoir que se borner à constater. Puis il a estimé que « *si la CRE a cru bon, en outre, d'exposer dans sa délibération du 26 mars 2020, d'une part, l'interprétation qu'elle retient des dispositions réglementaires de l'article 10 du modèle d'accord-cadre annexé à l'arrêté du 12 mars 2019 définissant la force majeure et déterminant les conditions de son invocation et, d'autre part, son analyse des conséquences sur le marché de l'électricité d'une suspension totale des contrats conclus pour la mise en œuvre de l'ARENH du fait de l'activation des clauses de force majeure, ces considérations d'ordre général ne constituent pas le motif de son refus.* » En ayant déduit que la divergence d'interprétation opposant les fournisseurs à la CRE sur la portée des articles 10 et 13 du modèle d'accord-cadre avait pour conséquence, non pas une impossibilité générale et définitive de mise en œuvre effective de la clause, mais seulement le report de cette mise en œuvre jusqu'à ce que le juge compétent, déjà saisi d'actions en référé, se prononce pour chacun des fournisseurs concernés, et ayant par ailleurs constaté que l'interprétation donnée par la CRE dans la délibération contestée n'avait pas pour objet et ne saurait avoir pour effet de lier l'appréciation du juge, et après avoir relevé enfin qu'à supposer même que les pertes subies par les fournisseurs soient d'une ampleur telle qu'elles mettent en péril leur survie à horizon de quelques mois, il n'était pas établi que ces pertes auraient un tel effet dans le délai nécessaire au juge judiciaire compétent pour statuer, votre juge des référés a estimé que la condition d'urgence n'était pas satisfaite.

Dans la présente affaire, vous êtes cette fois saisis d'un recours au fond par la société Hydroption, fournisseur d'électricité, contre la même délibération. A la lumière des moyens soulevés et de l'argumentation qui vous est présentée, seules nous semblent toutefois contestées devant vous l'interprétation et l'analyse de la portée de la clause de force majeure par la CRE, à l'exclusion de son refus de notifier au gestionnaire de réseau une modification des quantités d'électricité à livrer.

Ce recours est-il recevable ou vous faut-il accueillir la fin de non-recevoir que soulève, en défense, la CRE, laquelle soutient, en s'appuyant sur la motivation de l'ordonnance du 17 avril 2020, que les énonciations de l'acte attaqué ne font pas grief à la requérante, faute de revêtir aucun caractère normatif et d'emporter aucun effet ?

La justiciabilité des actes des autorités de régulation est, dans son dernier état, fixée par votre jurisprudence d'Assemblée *Société Fairvesta International GmbH et autres* et *Société NC Numericable* du 21 mars 2016 (n°s 368082 368083 368084, p.76 et n° 390023, p. 88, concl. S. von Coester et concl. V. Daumas, chron. L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet, AJDA 2016 p. 717).

Vous jugez ainsi, d'une part, que les avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par ces autorités dans l'exercice des missions dont elles sont investies peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils revêtent le caractère de dispositions générales et impératives ou lorsqu'ils énoncent des prescriptions individuelles

dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance. Cette première branche de votre jurisprudence *Fairvesta* n'est que la reprise et la confirmation de décisions antérieures (notamment CE, 11 octobre 2012, *Société ITM Entreprises et autres*, n°s 346378 346444, p. 359 et CE, 11 octobre 2012, *Société Casino Guichard-Perrachon*, n° 357193, p. 361).

Les énonciations de l'acte attaqué aujourd'hui ne nous paraissent toutefois pas relever de cette hypothèse : l'interprétation donnée par la CRE ne revêt aucun caractère normatif ou impératif et la compétence pour trancher les litiges nés de l'interprétation et de l'exécution des accords-cadres passés entre EDF et chacun des fournisseurs alternatifs pour préciser les conditions régissant les cessions annuelles d'électricité au titre de l'ARENH est attribuée par l'article 18 au tribunal de commerce de Paris. Nous n'identifions donc pas dans les énonciations attaquées de la délibération des prescriptions dont la CRE pourrait censurer la méconnaissance.

Mais vous jugez aussi, d'autre part, que les avis, recommandations, mises en garde et prises de position des autorités de régulation peuvent également faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, par un requérant justifiant d'un intérêt direct et certain à leur annulation, *« lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent. »*

A titre d'illustration, dans une décision du 13 juillet 2016, *Société GDF Suez* (n° 388150, aux Tables sur un autre point) où était en cause une délibération par laquelle la CRE avait non seulement considéré que le contrat qu'ERDF et Poweo s'apprêtait à conclure pour la gestion des clients en contrat unique pouvait être valablement conclu, mais aussi avait indiqué que des contrats analogues pourraient être conclus par d'autres fournisseurs dans une situation comparable, en limitant une telle possibilité à certains fournisseurs seulement, vous avez jugé qu'une telle délibération avait notamment pour objet d'influer de manière significative sur les comportements de ces opérateurs et qu'en outre, dès lors que la conclusion de ces contrats conduit à accroître les revenus de certains fournisseurs, sans induire de coûts supplémentaires pour les gestionnaires de réseaux de distribution du fait de leur couverture par le tarif d'utilisation des réseaux, l'acte attaqué était de nature à produire des effets notables, de nature économique, sur les relations concurrentielles entre les fournisseurs d'électricité, ainsi que sur le tarif d'utilisation des réseaux supporté par leurs utilisateurs. Dans l'appréciation de la portée de l'acte attaqué, vous avez ainsi tenu compte des effets économiques qu'aurait cet acte si le comportement préconisé était suivi.

Qu'en est-il ici, étant rappelé que la délibération ne nous semble pas contestée en ce que la CRE a refusé de notifier une modification des quantités à livrer au titre de l'ARENH et s'est estimée paralysée par le désaccord entre les parties (volet de la décision dont l'effet économique notable nous semblerait incontestable), mais seulement en ce qu'elle énonce une interprétation de la clause de force majeure du modèle d'accord-cadre dont votre juge des référés a estimé qu'elle ne fondait pas le refus de modification des quantités à notifier ?

Si nous sommes prête à suivre l'interprétation de la délibération en litige retenue par ce juge en ce qui concerne l'identification du motif pour lequel la CRE a refusé de modifier les quantités à notifier, la circonstance que cette ordonnance ait refusé de suspendre l'exécution de la délibération nous semble, en revanche, dépourvue d'incidence sur la question qui vous occupe aujourd'hui.

Non seulement car les interprétations du juge des référés ne lient pas le juge saisi du fond du litige, mais aussi car la question de l'urgence et celle de la densité d'une mesure aux fins de l'appréciation de sa justiciabilité en excès de pouvoir sont deux choses différentes. Rattacher l'acte attaqué à la seconde branche de votre jurisprudence *Fairvesta* du 21 mars 2016 n'entrerait donc pas en contradiction avec l'analyse retenue en référé, le refus de suspendre ayant procédé du constat d'une absence d'effet grave et de très court terme de la délibération, et non de l'absence de tout effet. Si l'ordonnance du 17 avril 2020 a retenu que l'interprétation générale de la clause de force majeure donnée par la CRE ne constituait pas le motif de son refus de notifier une modification des quantités à livrer, qu'elle présentait ainsi un caractère surabondant dans la motivation de ce refus et qu'elle ne liait par ailleurs pas le tribunal de commerce saisi des litiges individuels portés devant lui par les fournisseurs, elle n'a pas jugé qu'elle serait dépourvue, en fait, de tout effet propre à en faire un acte de droit souple susceptible de recours au fond. Le défaut d'urgence ne dit rien de la recevabilité d'un recours au fond. Au demeurant, il est probable que l'urgence soit rarement satisfaite en cas de recours contre un acte de droit souple.

Or les énonciations litigieuses de la délibération attaquée nous paraissent pouvoir se rattacher à la catégorie d'actes pour lesquels vous avez, par réalisme économique et en dépit de leur absence d'effet juridique, admis d'ouvrir les portes de votre prétoire.

En effet, si l'on ne saurait imputer à la CRE, en mettant en avant les effets d'aubaine, les conséquences disproportionnées et les troubles à l'équilibre économique du système de l'ARENH qu'emporterait une activation généralisée par tous les fournisseurs des clauses de suspension dans un contexte de baisse des prix de marché sous le prix de l'ARENH, l'intention d'influencer le juge judiciaire saisi des litiges individuels en l'alertant sur les conséquences d'une telle activation et de peser sur des contentieux en cours ou à venir, il nous semble en revanche difficilement réfutable que la prise de position de la CRE, en énonçant une interprétation très stricte de la clause se rangeant à celle d'EDF exigeant la démonstration d'une impossibilité absolue de toute exécution, a eu pour objet, et probablement aussi eu pour effet, d'influer de manière significative sur le comportement des opérateurs du secteur. D'une part, en dissuadant les fournisseurs alternatifs d'activer les clauses de suspension des accords-cadres pour force majeure et, pour ceux qui auraient déjà demandé leur activation, de saisir le juge compétent du refus opposé par EDF. D'autre part, en confortant EDF dans sa position de contestation du déclenchement de la clause – refus dont la CRE tire, par ailleurs, comme conséquence l'absence de modification des quantités à livrer compte tenu du désaccord de l'opérateur sur la portée de l'événement invoquée. Dans les deux cas, l'adoption par les opérateurs de l'approche préconisée par la CRE, se traduisant par le maintien des quantités livrées telles qu'arrêtées avant la crise et par l'absence de suspension des livraisons, est de nature à produire des effets économiques notables, tant pour les fournisseurs alternatifs que pour EDF et le marché de l'électricité de l'électricité en général.

Par suite, bien que la délibération, par elle-même, n'empêche pas un fournisseur, s'il n'est pas convaincu par l'analyse développée par la CRE, de solliciter l'activation de la clause de suspension pour force majeure et de saisir le juge du contrat, nous vous invitons, dans le cadre de la seconde branche de votre jurisprudence *Fairvesta/Numéricable*, à regarder la requête comme recevable et à examiner les moyens qu'elle soulève.

La requérante soutient, en premier lieu, que la CRE n'était pas compétente pour adopter les dispositions critiquées, dès lors qu'elle n'a qu'un pouvoir de proposition sur le modèle d'accord-cadre, dont toute modification doit faire l'objet d'un arrêté ministériel en vertu de l'article L. 336-2 du code de l'énergie, et que le tribunal de commerce de Paris est seul compétent pour régler les différends liés à l'interprétation et à l'exécution des accords-cadres signés entre EDF et les fournisseurs.

Toutefois, l'acte attaqué ne procède pas à une modification du modèle d'accord-cadre et ne tranche pas un litige individuel né de l'interprétation ou de l'exécution d'un accord-cadre déterminé, qu'il n'appartient en effet qu'au juge judiciaire de trancher : il énonce l'analyse de la CRE sur la portée et les conditions de mise en œuvre de la clause de suspension pour force majeure prévue dans le modèle d'accord-cadre, et sur les conséquences qu'emporterait son activation généralisée pour le fonctionnement de l'ARENH et l'équilibre entre l'opérateur nucléaire historique et les fournisseurs alternatifs.

La CRE se serait-elle néanmoins mêlée, pour parler trivialement, de ce qui ne la regarde pas – comme pourrait le laisser à penser l'ordonnance d'avril dernier selon laquelle la CRE « *a cru bon* » de donner son interprétation de la clause ? Il y a, reconnaissons-le, matière à hésiter. Il nous semble toutefois possible d'admettre la compétence de la CRE pour émettre ces simples considérations générales et de considérer qu'en adoptant la recommandation litigieuse, dépourvue de tout effet contraignant, la CRE est restée dans le cadre des missions qui lui sont confiées par l'article L. 131-1 du code de l'énergie, en vertu duquel elle concourt au bon fonctionnement des marchés de l'électricité et assure le respect par les entreprises du secteur des obligations leur incombant en vertu notamment du livre III, dont fait partie l'ARENH, lu en combinaison avec les articles L. 336-1 et suivants du même code confiant à la CRE non seulement un rôle de tiers de confiance et d'intermédiaire dans les relations entre les fournisseurs et EDF, mais aussi un rôle de surveillance du bon fonctionnement de l'ARENH (cf. notamment article L. 336-9 du code).

La requérante soutient, en second lieu, que la CRE a commis une erreur de droit et dénaturé les stipulations des articles 10 et 13 du modèle d'accord-cadre en énonçant que « *la force majeure ne trouverait à s'appliquer que si l'acheteur parvenait à démontrer que sa situation économique rendait totalement impossible l'exécution de l'obligation de paiement de l'ARENH* ».

La prise de position de la CRE s'inspire de la définition légale de la force majeure, auparavant régie par l'article 1148 du code civil et figurant depuis le 1^{er} octobre 2016 à l'article 1218 du même code, aux termes duquel « *il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors*

de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur. / Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. (...) ».

La Cour de cassation juge qu'il résulte de ces dispositions que la force majeure s'entend des événements qui rendent l'exécution de l'obligation impossible par son débiteur, et non de ceux qui la rendent seulement plus onéreuse (Cass. civ. 4 août 1915, DP 1916. 1. 22 ; Cass. Civ. 5 décembre 1927, DH 1928. 84 ; Cass. com. 12 novembre 1969, JCP 1971. II. 16791 ; Civ. 1re, 30 mai 2006, n° 03-16.335 P: D. 2006. IR 1705). Elle a également précisé que le débiteur d'une obligation contractuelle de somme d'argent inexécutée ne peut s'exonérer de cette obligation en invoquant un cas de force majeure lui causant de graves difficultés financières (Cass. com. 16 septembre 2014, n° 13-20.306 ; Bull. 2014, IV, n° 118 D. 2014. 2217, note François; Rev. sociétés 2015. 23, note Juillet; RTD civ. 2014. 890, obs. Barbier; JCP 2014, no 1117, obs. V. Mazeaud; RDC 2015. 21, obs. Laithier). Cette dernière jurisprudence repose sur un double fondement : d'une part, une obligation de somme d'argent est toujours susceptible d'exécution sur le patrimoine du débiteur ; d'autre part, les choses de genre ne périssant pas, il incombe au débiteur de se procurer la somme d'argent nécessaire, peu important le caractère plus onéreux de ce financement.

Toutefois, la Cour de cassation admet, sous réserve que ces clauses ne tombent pas sous la qualification de clause abusive, que les parties aménagent contractuellement le régime de la force majeure (*a contrario*, Cass. com. 19 juin 2007, n° 06-13.706) et notamment, qu'elles consentent à assimiler conventionnellement à un cas de force majeure certains obstacles rencontrés par le débiteur dans l'exécution de son obligation (par ex. Cass. com. 8 juillet 1981, n° 79-15.626, Bull. com. N° 312 ; P: RTD civ. 1982. 426, obs. Durry).

Or le modèle d'accord-cadre de l'ARENH stipule, en son article 10, que « *La force majeure désigne un événement extérieur, irrésistible et imprévisible rendant impossible l'exécution des obligations des Parties dans des conditions économiques raisonnables* ».

En définissant le cas de force majeure comme un événement qui rend impossible l'exécution des obligations des parties « *dans des conditions économiques raisonnables* », l'article 10 s'éloigne ainsi délibérément de la définition légale, plus restrictive car indifférente au caractère économiquement et financièrement soutenable de l'exécution d'un engagement, de la force majeure. Si cette précision dérogeant au droit commun des contrats semble avoir été insérée à l'initiative d'EDF, afin de prévenir les conséquences de l'exécution des accords-cadres dans une hypothèse où exécuter les livraisons au prix de l'accès régulé deviendrait soudainement, en raison d'un événement extérieur et imprévisible, économiquement insoutenable pour l'opérateur historique au regard de ses coûts et de l'état du marché, la rédaction de l'accord-cadre n'en réserve pas le bénéfice à EDF mais l'ouvre également aux parties à l'accord.

Or en énonçant une interprétation générale et absolue selon laquelle « *la force majeure ne trouverait à s'appliquer que si l'acheteur parvenait à démontrer que sa situation économique rendait totalement impossible l'exécution de l'obligation de paiement de l'ARENH* », la CRE

nous semble avoir fait entièrement litière du critère de « *conditions économiques raisonnables* » prévu par le modèle d'accord-cadre et de l'appréciation *in concreto* qu'appelle la mise en œuvre d'une telle clause par un fournisseur qui l'invoque. Dans ces conditions, la requérante est fondée à soutenir que la CRE a commis une erreur de droit et dénaturé la portée de cet accord-cadre, quel que soit par ailleurs l'éventuel bien- ou mal-fondé de son analyse sur les conséquences qu'emporterait une activation générale des clauses par les fournisseurs sur l'équilibre du secteur et le risque d'effets d'aubaine.

Nous ne vous inviterons pas à vous avancer davantage sur la portée de la clause en litige et sur son éventuelle satisfaction dans le cadre de l'épidémie de covid-19. Outre en effet qu'une telle analyse supposerait, nous semble-t-il, une analyse au cas par cas de la situation de chaque fournisseur, il nous semblerait mal à propos que le juge administratif saisi d'un litige d'excès de pouvoir dirigé contre une délibération par laquelle la CRE a « cru bon », pour reprendre les termes de l'ordonnance de référé, d'exposer son interprétation du modèle d'accord et de prendre parti en faveur de la position restrictive que défendait EDF, prenne lui-même position sur la caractérisation de la force majeure alors que des litiges sont pendants devant le juge du contrat.

Sur ce point, relevons que le tribunal de commerce de Paris, statuant en référé, a jugé par plusieurs ordonnances des 20, 26 et 27 mai 2020 (T. com. Paris, ord., 20 mai 2020, n° 2020016407 ; 26 mai 2020, n° 2020016517 ; 27 mai 2020, n° 2020017535 ; 27 mai 2020, n° 2020017571), d'une part, que la suspension de l'exécution de l'accord-cadre s'opérait de plein droit du seul fait de l'invocation par une partie de la force majeure sans que le désaccord de l'autre partie sur la caractérisation d'un tel événement puisse faire obstacle à cette suspension, cette partie pouvant seulement, en pareil cas, saisir le juge compétent – soit en référé, en soutenant que l'événement ne relève manifestement pas de la force majeure, soit au fond, en demandant réparation du préjudice subi du fait d'une activation de la clause à mauvais escient. Il a estimé, d'autre part, que la définition de la force majeure prévue aux contrats était claire, s'appliquait à toutes les obligations des parties y compris pécuniaires, et était plus large que celle du code civil, en ce qu'elle fait référence à l'impossibilité d'exécuter le contrat « *dans des conditions économiques raisonnables* », sans se limiter à l'impossibilité matérielle d'exécution de l'obligation de fourniture ou d'approvisionnement. Le tribunal a estimé qu'eu égard aux circonstances brutales de l'épidémie de covid-19, à l'impossibilité de stocker l'électricité et aux pertes importantes subies par les opérateurs qui l'avaient saisi, la réalité d'un cas de force majeure ne pouvait être écartée en référé et a, dans les litiges dont il a eu à connaître, ordonné à EDF de cesser de s'opposer à l'activation de la clause de force majeure par les fournisseurs ayant demandé une suspension totale des livraisons – et n'a débouté qu'un fournisseur ayant demandé une simple réduction des livraisons, ne relevant pas des stipulations des articles 10 et 13. La cour d'appel de Paris a confirmé ces ordonnances par un arrêt du 28 juillet 2020 (n° 20/06689). En revanche, saisie au fond d'un recours en responsabilité pour faute contractuelle, cette cour, inversant par un arrêt du 15 octobre 2021 la solution retenue par le tribunal de commerce de Paris dans un jugement du 13 avril 2021 qui avait condamné au fond EDF à indemniser la société Hydroption, a débouté cette dernière de ses demandes indemnitaires au motif qu'il n'était pas établi que la société Hydroption n'aurait pas acheté les volumes d'électricité dans des conditions économiques raisonnables.

Vous en resterez donc à une censure prudente dans la motivation.

Cette annulation, si elle emportera aussi celle du rejet du recours gracieux de la société contre cette délibération, n'impliquera en revanche pas qu'il soit enjoint à la CRE d'adopter une nouvelle délibération, contrairement à ce que vous demande la requérante. A cet égard, soulignons que pour l'avenir, le modèle d'accord-cadre a été modifié par un arrêté du 12 novembre 2020, pris sur proposition de la CRE et ayant supprimé la référence aux conditions économiques raisonnables. Le nouveau modèle définit désormais la force majeure, conformément à l'article 1218 du code civil, comme un « *un événement extérieur à la Partie qui l'invoque, irrésistible et imprévisible et qui empêche l'exécution de son obligation.* »

Soulignons, pour finir, que si vous adoptiez une approche plus large du recours en l'interprétant comme étant dirigé, non contre la seule interprétation des articles 10 et 13 de l'accord-cadre, mais aussi contre le refus de la CRE de tirer des conséquences des demandes d'activation de la clause sur les quantités d'électricité à notifier au gestionnaire de réseau, ce refus repose, comme l'a déjà relevé le juge des référés, sur le motif, suffisant à lui seul, par lequel la CRE a estimé qu'en cas de désaccord entre les parties au contrat, elle ne pouvait que prendre acte du désaccord et attendre la décision du juge, sans pouvoir modifier les quantités à notifier. Or ce motif n'est pas contesté par les moyens de la requête, et l'erreur de droit que vous aurez censurée ne le remet pas en cause.

Par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation, au cinquième paragraphe de la partie « Evolution du cadre de l'ARENH » de la délibération n° 2020-071 de la CRE du 26 mars 2020 portant communication sur les mesures en faveur des fournisseurs prenant en compte des effets de la crise sanitaire sur les marchés d'électricité et de gaz naturel, de la phrase « *La CRE considère néanmoins que la force majeure ne trouverait à s'appliquer que si l'acheteur parvenait à démontrer que sa situation économique rendait totalement impossible l'exécution de l'obligation de paiement de l'ARENH* », ensemble le rejet du recours gracieux de la société ;
- à ce que l'Etat (CRE) verse 3 000 euros à la société Hydroption au titre de l'article L. 761-1 du CJA ;
- et au rejet du surplus des conclusions de la requête.