

VD_GERICHTE PT16.042947 vom 24. Juli 2020

VD Tribunal cantonal, 2020-07-24, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_PT16.042947

FR: VD_GERICHTE PT16.042947 du 24 juillet 2020

IT: VD_GERICHTE PT16.042947 del 24 luglio 2020

Erwägungen

E. 3.1

Les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard et ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise, ces deux conditions étant cumulatives (art. 317 al. 1 CPC). Cette règle signifie que le procès doit en principe se conduire entièrement devant les juges du premier degré ; l'appel est ensuite disponible, mais il est destiné à permettre la rectification des erreurs intervenues dans le jugement plutôt qu'à fournir aux parties une occasion de réparer leurs propres carences (ATF 142 III 413 consid. 2.2.2 ; TF 5A_18/2018 du 16 mars 2018 consid. 4.3.2.1). En effet, dans le système du Code de procédure civile, tous les faits et moyens de preuve doivent en principe être apportés dans la procédure de première instance. La diligence requise suppose donc qu'à ce stade, chaque partie expose l'état de fait de manière soigneuse et complète et qu'elle amène tous les éléments propres à établir les faits jugés importants (ATF 142 III 413 consid. 2.2.2 ; TF 4A_303/2018 du 17 octobre 2018 consid. 3.2 ; TF 4A_334/2012 du 16 octobre 2012 consid. 3.1 et les réf. citées, in : SJ 2013 I 311). On distingue à cet effet vrais et faux nova. Les vrais nova sont des faits ou moyens de preuve qui ne sont nés qu'après la fin de l'audience de débats principaux de première instance ; ils sont recevables en appel lorsqu'ils sont invoqués sans retard après leur découverte. Les faux nova sont des faits ou moyens de preuve nouveaux qui existaient déjà lors de l'audience de débats principaux ; leur recevabilité en appel est exclue s'ils auraient pu être invoqués en première instance en faisant preuve de la diligence requise. Il appartient au plaideur, le cas échéant, de démontrer les raisons pour lesquelles il n'a pas fait valoir le fait en première instance (ATF 143 III 42 consid. 4.1, JdT 2017 II 342 ; TF 5A_866/2018 du 18 mars 2019 consid. 3.3).

E. 3.2

En l'espèce, l'appelante a produit quatre pièces nouvelles, numérotées de 302 à 305. La pièce n° 302 est un communiqué de presse

- 47 - d' [...] du 5 avril 2019. Cette pièce aurait toutefois pu être produite en première instance déjà et l'appelante ne démontre pas ne pas avoir pu la produire à ce stade-là, de sorte qu'elle est irrecevable. Il en va de même de l'extrait du registre des actions d' [...] du 28 mai 2019 (pièce n° 305). A supposer recevables, ces pièces ne sont de toute manière pas déterminantes pour l'issue du litige. Quant aux pièces nos 303 et 304, soit un prospectus d'offre public d'acquisition du 10 juillet 2019 et un communiqué de presse d' [...] du 27 novembre 2019, elles sont recevables en appel, dès lors qu'elles sont postérieures à l'audience de jugement.

E. 4.1

L'appelante déclare ne pas contester les faits retenus sous chiffres 1 à 12 du jugement entrepris. Elle reproche toutefois à l'autorité précédente d'avoir considéré que « d'autres faits allégués et admis ou prouvés mais sans incidence sur la solution du présent procès ne sont pas reproduits ci-dessus ». L'appelante estime qu'elle ne pourrait ainsi déterminer quels faits ont été jugés prouvés ou non. Elle n'aurait dès lors pas d'autres choix que de les alléguer à nouveau. S'ensuivent 254 allégués accompagnés d'offres de preuve. On constate que tantôt ces faits résultent du jugement entrepris, puisque l'appelante s'y réfère directement à titre de moyen de preuve unique, tantôt non, sans que la lecture de l'appel permette de déterminer s'il s'agit de faits qui avaient été allégués ou non en première instance. Aux termes de l'art. 150 CPC, la preuve a uniquement pour objet les faits pertinents et contestés. Dès lors que l'autorité juge un fait non pertinent, elle n'a partant pas à instruire à son sujet et peut renoncer, si une instruction a toutefois eu lieu, à constater le fait non pertinent s'il avait finalement été établi. Conformément à l'obligation de motivation que lui impose l'art. 311 CPC, il appartenait en conséquence à l'appelante d'exposer en quoi l'un ou l'autre des faits qu'elle allègue dans son appel, par hypothèse non constaté dans le jugement entrepris, aurait été premièrement allégué en première instance, secondement serait pertinent et troisièmement serait établi par la preuve proposée à son appui, de sorte

- 48 - qu'il puisse être retenu que l'autorité précédente l'aurait omis inexactement. Si un fait n'avait pas été allégué en première instance, il appartenait alors à l'appelante de démontrer en quoi les conditions strictes posées par l'art. 317 CPC lui permettaient de le faire en seconde instance. Faute de procéder à l'une ou l'autre de ces démonstrations pour aucun des faits allégués en pages 16 à 52, ceux-ci sont irrecevables. Pour le surplus, les faits autrement allégués par l'appelante qui ne ressortent pas du jugement attaqué sont irrecevables dès lors que l'appelante n'expose pas en quoi l'autorité précédente les aurait omis de manière inexacte. Il en va par exemple du fait que l'actionnaire [...] n'aurait jamais passé la moindre commande.

E. 4.2

L'appelante conteste de manière toute générale la valeur donnée aux déclarations des témoins et représentants de parties entendus. Elle allègue que ce faisant l'autorité précédente aurait violé le principe de libre appréciation des preuves, tel que prévu par l'art. 157 CPC. Le grief est toutefois vain : d'une part l'autorité précédente n'a pas dénié toute valeur probante à ces preuves, comme la jurisprudence invoquée par l'appelante l'interdit (ATF 143 III 297). D'autre part, l'autorité précédente a justifié le poids donné aux différentes déclarations des personnes entendues en tenant compte des rapports qu'elle entretenait avec les parties, ce qu'elle était légitimée à faire. Afin d'illustrer ce grief, l'appelante reproche à l'autorité précédente de ne pas avoir constaté que l'octroi d'un rabais par rapport au prix du marché aurait été considéré, en mai 2008, comme économiquement équivalent à l'octroi d'un dividende par [...]. Ce fait n'a effectivement pas été constaté par l'autorité précédente. On ne saurait toutefois le lui reprocher. Elle a en effet constaté suffisamment d'éléments pertinents plus proches de la date de conclusion du contrat-cadre, en 2011, pour qualifier le rabais (décote) accordé dans celui-ci, sans avoir également à établir ce qu'auraient pu estimer certains représentants des parties trois ans auparavant. On relèvera au surplus que si certains représentants des parties avaient pu penser en 2008 que l'octroi d'un

- 49 - rabais constituait une distribution de dividende, tel n'était plus le cas en novembre 2010 où I. _____ l'a elle-même présenté comme justifié par la diminution du risque pour elle, ou encore en 2011 où le rabais a été dûment justifié, par l'appelante et sa holding, à plusieurs reprises, par des motifs économiques sans lien avec la qualité d'actionnaires très indirects des intimés (cf. infra consid. 6.6). L'appelante invoque d'autre part qu'il aurait été démontré par témoins qu'un rabais n'avait jamais été octroyé à un tiers non actionnaire et que les témoignages sur ce point auraient été mal appréciés. Elle souligne ainsi que [...] et [...] auraient confirmé qu'aucun autre contrat conclu par [...] (que ce soit avec un actionnaire distributeur ou un distributeur non actionnaire) ne prévoyait une telle décote. [...], représentant des intimés, aurait quant à lui déclaré qu'aucun autre contrat d'approvisionnement conclu entre [...] et les intimés ne prévoyait l'octroi d'une quelconque décote. L'appelante reproche en conséquence à l'autorité précédente d'avoir retenu que l'octroi d'une décote était le résultat de longues négociations entre les parties « qui agissaient comme des acteurs du marché de l'électricité avec leur partenaires commerciaux » (appel, p. 14). Le grief surprend : dès lors que selon les déclarations précitées, parfois les intimés obtenaient une décote, parfois non, on ne saurait retenir que leur statut d'actionnaires leur en assurait une. Dans le même sens, si seuls les intimés et non d'autres actionnaires- distributeurs ont obtenu une telle décote, c'est bien que le statut d'actionnaires n'était pas décisif pour l'octroi d'une décote. Les déclarations précitées, si on les suit, confirment ainsi le fait que ce n'est pas le statut d'actionnaires indirects des intimés, mais les négociations serrées menées par eux, dûment établies par l'instruction, qui ont fait qu'ils ont obtenu le rabais ici litigieux. Le grief d'appréciation inexacte des preuves et de constatation incorrecte des faits, tel que motivé, est donc infondé.

E. 4.3

L'appelante requiert l'audition de nombreuses personnes sur les allégués qu'elle formule en appel. Elle soutient que ces mesures ont pour objet les faits pertinents et contestés. En l'espèce, ces personnes ont

- 50 - été entendues en première instance et leurs déclarations protocolées. L'appelante n'expose pas pour quel motif malgré cela l'une ou l'autre de ces personnes devrait être réentendue par la Cour de céans, qui ne le voit pas davantage. Par ailleurs, le seul fait que l'autorité d'appel n'entende pas elle-même les témoins ne l'empêche nullement de revoir les constatations de fait opérées par le tribunal sur la base des preuves administrées en première instance (TF 4A_238/2015 du 22 septembre 2015 consid. 2.3, RSPC 2016 p. 46). Pour le surplus, il n'y a pas lieu d'instruire sur des faits irrecevables (cf. supra consid. 4.1). Les mesures d'instructions requises par l'appelante sont en conséquence rejetées.

E. 5

L'appelante reprend à l'appui de son appel sous conclusions

E. 10

à 13 les conclusions 6 à 9 de son mémoire écrit. Celles-ci ont été déclarées irrecevables en première instance faute de respecter les conditions posées par l'art. 88 CPC. Les premiers juges ont considéré que l'appelante pouvait prendre des conclusions condamnatoires lui permettant d'obtenir directement le respect de ses droits, ce qu'elle avait d'ailleurs fait concernant ses prétentions en lien avec l'énergie livrée aux intimés entre le mois de janvier 2016 et le mois de décembre 2017 (conclusions 10 à 33 de son mémoire écrit). L'appelante n'expose aucunement en quoi cette appréciation serait erronée et tel n'apparaît pas être le

cas. Les conclusions 10 à 13 de l'appel sont donc irrecevables. 6. 6.1 L'appelante reproche à l'autorité précédente de ne pas avoir considéré que l'octroi par elle aux intimés d'un rabais, désigné sous le terme de décote, constituait une prestation contraire à l'art. 678 al. 2 CO et dont la nullité devait en conséquence être constatée avec pour conséquence que les intimés devaient lui restituer les prestations ainsi indûment perçues (appel, p. 55-56). 6.2

- 51 - 6.2.1 Aux termes de l'art. 678 CO dans sa teneur actuelle, les actionnaires et les membres du conseil d'administration, ainsi que les personnes qui leur sont proches, qui ont perçu indûment et de mauvaise foi des dividendes, des tantièmes, d'autres parts de bénéfice ou des intérêts intercalaires sont tenus à restitution (al. 1). Ils sont également tenus de restituer les autres prestations de la société qui sont en disproportion évidente avec leur contre-prestation et la situation économique de la société (al. 2). 6.2.2 L'art. 678 al. 2 CO vise à protéger non seulement les créanciers, mais aussi la société elle-même (TF 4A_174/2007 du 13 septembre 2007 consid. 4.3.1). Il s'agit d'une norme protectrice de droit des sociétés visant à préserver le pouvoir d'appréciation de la société quant à la manière dont son patrimoine, distinct de ceux de ses actionnaires, administrateurs et de leurs proches, est géré par rapport à ces derniers (cf. Hans Caspar von der Crone, *Aktienrecht*, 2014, p. 615, n° 44). Cette disposition ne saurait toutefois fonder un examen général des relations économiques entre la société et ses actionnaires et permettre leur annulation. A ce titre et eu égard au principe de la sécurité du droit, l'art. 678 al. 2 CO doit être interprété de manière restrictive (dans ce sens, *Message*, FF 1983 III 757 ss, p. 793) et ne permet de sanctionner que l'excès manifeste du pouvoir d'appréciation des organes de la société (cf. von der Crone, *op. cit.*, p. 616, n° 45). L'art. 678 al. 2 CO n'a ainsi pas pour effet de veiller à l'équité parfaite des échanges contractuels. La société dispose en particulier d'une certaine marge de manœuvre dans la fixation du prix de ses prestations. Les négociations malheureuses ne peuvent conduire à une action en restitution si elles s'inscrivent dans un marché libre et ne sont pas dictées par des comportements abusifs (Jean-Luc Chenux/Alexandre Gachet, *Commentaire romand*, CO II, 2e éd. 2017, n. 36 ad art. 678 CO ; Sauerwein, *La responsabilité de la société mère*, 2006, p. 153 ; également Hans-Ueli Vogt, *Basler Kommentar*, *Obligationenrecht II*, 5e éd. 2016, n. 17 ad art. 678 CO). L'art. 678 al. 2 CO ne vise ainsi pas à protéger la société de choix tactiques qui se révéleraient ensuite mauvais.

- 52 - 6.2.3 L'art. 678 al. 2 CO règle la restitution des prestations qui ne tombent pas sous le coup de l'art. 678 al. 1 CO, en raison du fait qu'elles ne prennent pas la forme d'un dividende, d'un tantième, d'une part de bénéfice ou d'intérêts intercalaires. Les hypothèses de distributions occultes de bénéfice peuvent prendre la forme de sous-facturations ou de surfacturations de biens ou de services (TF 6B_310/2014 du 23 novembre 2015 consid. 3.9.4.1), comme notamment la vente d'actifs ou l'offre de prestations de services de la société à l'actionnaire au-dessous de la valeur du marché ou du prix qui aurait été consenti à un tiers (Chenux/Gachet, *op. cit.*, n. 46 ad art. 678 CO ; Vogt, *op. cit.*, n. 15 ad art. 678 CO). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il y a distribution dissimulée de bénéfice lorsque la société attribue notamment à ses actionnaires, à ses administrateurs, à d'autres organes ou à toute personne qui leur est proche, une prestation appréciable en argent sans contre-prestation équivalente et qu'elle n'aurait pas été effectuée dans les mêmes conditions à un tiers (TF 6B_310/2014 du 23 novembre 2015 consid. 3.9.4.1 ; Chenux/Gachet, *op. cit.*, n. 30 ad art. 678 CO). La restitution des prestations fondée sur l'art. 678 al. 2 CO est soumise à trois conditions objectives cumulatives : (i) une disproportion entre la prestation

de la société et la contre-prestation du bénéficiaire, (ii) une disproportion entre la prestation de la société et sa situation économique, et (iii) l'évidence de la disproportion (ATF 140 III 602 consid. 8 et 9 ; Vogt, op. cit., nn. 13 ss ad art. 678 CO). Le moment déterminant pour juger de la disproportion entre la prestation de la société et la contre-prestation du bénéficiaire est le moment où le contrat a été conclu, ou, à défaut, le moment où la société a adopté une décision concernant cette prestation (Vogt, op. cit., n. 14 ad art. 678 CO et références citées). Le Tribunal fédéral a précisé qu'une disproportion entre prestation et contre-prestation est « évidente » lorsqu'elle saute aux yeux de toute personne de bonne foi jugeant les circonstances concrètes car elle est dénuée de toute motivation économique raisonnable (ATF 140 III 602 consid. 8.2). Des aliénations peu judicieuses ou l'octroi de conditions particulièrement favorables à des sociétés liées ne constituent ainsi pas automatiquement une distribution dissimulée de dividende (Vogt,

- 53 - op. cit., n. 17 ad art. 678 CO). Ce n'est que lorsque le transfert du bénéfice de la société est évident en tant que tel que la prestation est soumise à restitution (ibidem). Le législateur n'a en effet pas voulu s'immiscer dans le pouvoir discrétionnaire des sociétés et leur liberté de décider si elles acceptent des conditions plus ou moins favorables envers leurs partenaires commerciaux (ATF 140 III 602 consid. 8.2 et 9.3.1). L'obligation de restitution fondée sur l'art. 678 CO est par ailleurs soumise à deux autres conditions, souvent implicites dans un cas d'application de l'art. 678 al. 2 CO : (i) l'aspect indu du versement – en ce sens que la prestation doit avoir été effectuée en violation des règles formelles et matérielles régissant la distribution de bénéfice – et (ii) la mauvaise foi du bénéficiaire – en ce sens qu'il connaissait le vice affectant l'attribution ou aurait dû le connaître en témoignant d'une attention suffisante (ATF 140 III 602 consid. 10 ; Vogt, op. cit., ad art. 678 CO nn. 18 ss ; Chenux/Gachet, op. cit., ad art. 678 CO, nn. 47 ss). 6.3 Les intimés sont (ensemble) l'un des actionnaires d'une autre société, [...]. Selon l'extrait du registre du commerce la concernant, qui constitue un fait notoire, le but d' [...] est notamment « [...] ». [...] est ainsi actionnaire d' [...] qui détient l'entier du capital-actions d'I. _____ comme de l'appelante. Au vu notamment du but d' [...], on peut admettre que les intimés doivent être considérés comme des proches potentiels de l'actionnaire de l'appelante, de sorte que les prestations échangées entre eux doivent pouvoir être examinées à la lumière de l'art. 678 al. 2 CO. 6.4 Lorsque l'art. 678 al. 2 CO est applicable, la personne ayant bénéficié d'une prestation n'est tenue de la restituer que si elle est en disproportion évidente avec sa propre contre-prestation et la situation économique de la société. A cet égard et comme le relèvent les parties, il importe tout d'abord d'établir à quel moment doit se faire l'examen de la proportionnalité entre prestation de la société et contre-prestation du proche. En présence d'un contrat impliquant des prestations sur plusieurs années, cet examen pourrait en effet intervenir au moment de la

- 54 - conclusion du contrat, au moment de l'exigibilité ou de l'exécution de la prestation ou encore au moment où le contrat pourrait être résolu. 6.4.1 Le Tribunal fédéral n'a pas tranché cette question. La doctrine, pour sa part, a estimé dans sa quasi-totalité qu'en présence d'un contrat, l'examen de la disproportion entre prestation et contre-prestation doit être effectué au moment de la conclusion du contrat. Le droit des sociétés n'a en effet pas en principe à s'immiscer dans la question de savoir si un engagement était finalement avantageux ou non (Beat Spörri, Die aktienrechtliche Rückerstattungspflicht, 1996, p. 184 ; Vogt, op. cit., n. 14 ad art. 678 CO et les auteurs cités). Ainsi, selon Spörri, en cas de contrat de durée, la société doit résilier celui-ci s'il devient désavantageux pour elle. Si elle n'utilise

pas dans ce cas la possibilité de résilier, elle peut alors être considérée comme fournissant une prestation disproportionnée par cette seule omission. Les contrats de durée doivent ainsi être examinés à nouveau au moment de chaque possibilité de résiliation (Spörri, op. cit., p. 184-185). On déduit de ce qui précède qu'à contrario, lorsque le contrat n'est pas résiliable pendant la période critique, la société est tenue d'exécuter les prestations convenues et ne peut donc pas invoquer que la prestation, correcte lors de la conclusion du contrat, serait devenue disproportionnée depuis, pour en refuser l'exécution, respectivement en demander la restitution. 6.4.2 D'autres auteurs estiment que l'art. 678 al. 2 CO doit être interprété conformément à la jurisprudence développée en rapport avec l'art. 21 CO, vu les parallèles entre ces deux dispositions (von der Crone, op. cit., p. 617, n° 46 ; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, 1996, p. 661 ; Vogt, op. cit., n. 14 ad art. 678 CO et les auteurs cités). L'art. 21 CO, réglant la lésion, prévoit qu'en cas de disproportion évidente entre la prestation promise par l'une des parties et la contre-prestation de l'autre, la partie lésée peut, dans le délai d'un an, déclarer qu'elle résilie le contrat et répéter ce qu'elle a payé, si la lésion a été déterminée par l'exploitation de sa gêne, de sa légèreté ou de son inexpérience. Selon la jurisprudence, pour déterminer si les prestations sont dans un rapport de disproportion évidente au sens de l'art. 21 CO, il

- 55 - convient de comparer les prestations échangées selon leur valeur au moment de la conclusion du contrat (ATF 123 III 292 consid. 6a ; TF 4A_491/2015 du 14 janvier 2016 consid. 4.2 ; TF 4C.238/2004 du 13 octobre 2005 consid. 2.2). La mise en œuvre de l'art. 21 CO doit rester exceptionnelle (TF 4C.254/2004 du 3 novembre 2004, consid. 3.3.2 in fine) dans un régime contractuel dominé par les principes de la liberté contractuelle et de l'autonomie des parties (TF 4C.238/2004 du 13 octobre 2005 consid. 2.1). Ce point de vue ne peut qu'être partagé : au vu de la proximité entre cette disposition et l'art. 678 CO, rien ne justifie en effet d'examiner la disproportion possible résultant d'un contrat différemment, respectivement de manière plus protectrice, selon que l'un des cocontractants est une société anonyme ou non. Cela se justifie d'autant moins lorsque, comme en l'espèce, la société est administrée par des professionnels, dûment conseillés – in casu notamment par une étude d'avocats aguerris au moment de la conclusion du contrat – alors que la personne qui se plaint d'une lésion peut être tout un chacun. 6.4.3 Chenaux/Gachet estiment qu'en présence d'un contrat la disproportion doit être examinée au moment où la prestation de la société est exigible selon le contrat (Chenaux/Gachet, op. cit., n. 40 ad art. 678 CO). Ces auteurs, qui s'écartent de tous les avis émis sur ce point par la doctrine, ne discutent pas de ceux-ci, ni ne motivent leur point de vue. Ils relèvent de plus qu'en présence d'un contrat de durée, la disproportion devra « encore » exister au moment où la société aurait pu mettre un terme au contrat, ce qui n'est pas très clair s'agissant de savoir si la disproportion devait déjà exister. Ils se réfèrent en outre sur ce point et « pour un développement », à Spörri, qui comme exposé supra estime le moment de la conclusion du contrat, respectivement le moment de sa résiliation possible, comme déterminant. 6.4.4 Dans ces conditions, il convient de s'en tenir au point de vue prôné par la doctrine majoritaire, qui apparaît fondé, outre les motifs exposés ci-dessus, pour les raisons suivantes : Premièrement, l'art. 678 al. 2 CO ne vise pas à mettre sous tutelle la société et lui permettre de ne pas exécuter des engagements qui, au moment où elle les a décidés, étaient

- 56 - justifiés non par ses liens avec ses actionnaires, administrateurs ou leur proches, mais par des motifs économiques et en particulier son intérêt économique propre. Cela

permettrait autrement à la société anonyme, partenaire commerciale parmi d'autres, d'obtenir par rapport à ses actionnaires, administrateurs ou leur proches, un traitement de faveur qui ne se justifie pas. Elle pourrait ainsi, au motif qu'elle a conclu avec un actionnaire, un administrateur ou un de leurs proches, refuser de s'exécuter si le contrat s'avérait défavorable non pas lors de sa conclusion mais après. Un engagement valable de la société au moment où elle l'a pris (faute de disproportion évidente à ce moment) pourrait ainsi ne pas être exécuté par elle au motif que la situation aurait évolué par la suite et que cet engagement ne lui serait plus avantageux et que, opportunément, son cocontractant serait un actionnaire, un administrateur ou un de leurs proches. Un tel résultat apparaît injuste, ce d'autant plus que les conditions permettant aux partenaires commerciaux de se départir d'un contrat par la suite, par exemple la théorie de l'imprévision (*clausula rebus sic stantibus*), ne seraient pas remplies. Un tel avantage économique de la société anonyme face à d'autres agents économiques ne se justifie en rien et la sécurité des transactions juridiques s'y oppose. On relèvera ensuite que la disproportion doit être examinée en tenant compte de l'ensemble des éléments qui ont conduit les parties à s'engager aux prestations et contre-prestations litigieuses. Le contexte de la conclusion du contrat doit ainsi notamment être pris en considération et le but recherché par la société à travers la conclusion du contrat pris en compte dans la valeur de la contre-prestation reçue (cf. ATF 140 III 603 consid. 8.1.2). Cet élément en particulier impose d'examiner l'existence d'une disproportion non au moment de l'exigibilité ou de la fourniture par la société de sa prestation, mais au moment où celle-ci s'est engagée à la fournir, soit en principe au moment du contrat. Enfin, dès lors que c'est le pouvoir d'appréciation de la société qui doit être protégé par l'art. 678 al. 2 CO, la question d'une disproportion évidente doit être examinée au moment où la société exerce ce pouvoir en prenant la décision litigieuse, respectivement l'engagement

- 57 - litigieux, et non au moment de l'exigibilité ou de l'exécution de cet engagement. 6.5 En l'espèce, l'appelante ne conteste pas que la question de la disproportion devrait être examinée au moment de la conclusion du contrat. Elle invoque toutefois qu'il existerait en réalité plusieurs contrats : le contrat-cadre conclu en 2011 et les « contrats individuels de livraison d'énergie » postérieurs. Ce serait au moment de la conclusion de chacun de ces « contrats individuels », en 2013 et 2014, qu'il conviendrait d'examiner si le rabais désigné sous le terme de décote serait en disproportion évidente avec la contre-prestation des intimés. 6.5.1 La prestation que l'appelante estime en disproportion évidente avec la contre-prestation des intimés est le rabais sur le prix de l'énergie, désigné par le terme de décote et s'élevant à 2 fr./MWh, octroyé par elle aux intimés. Ce rabais, proposé initialement par [...], a été arrêté dans le « contrat-cadre approvisionnement 2016-2017 » (ci-après le contrat-cadre) conclu en 2011 entre les intimés et I._____, dont la position a été reprise par l'appelante selon contrat du 16 juin 2016. Selon son préambule, le contrat-cadre devait permettre aux intimés, désignés comme « actionnaires-distributeurs », de se voir accorder le droit de couvrir à travers I._____ leurs besoins d'approvisionnement d'énergie et à I._____ de sécuriser une partie de la position longue issue de ses ouvrages en Suisse. Par la conclusion du contrat-cadre, ses signataires ont convenu début 2011 qu'I._____, puis l'appelante, aurait l'obligation de présenter aux intimés, à des dates fixes, des offres de livraison d'énergie pour l'approvisionnement des intimés pour les années 2016 à 2020. Les intimés étaient alors en droit d'accepter l'offre ainsi faite et de commander jusqu'à une certaine quantité maximale d'énergie. Le contrat-cadre stipulait que cette commande lierait l'appelante qui devrait ainsi livrer les quantités d'énergie commandées. Par la conclusion du contrat-cadre, les parties ont

également arrêté la « structure du prix » de l'énergie qui

- 58 - devait être proposée, puis, si commandée, livrée, ainsi que cela résulte des chiffres 5.6 et 5.7 du contrat-cadre (cf. let. C/ 5a supra). Il résulte de ce qui précède que les parties au contrat-cadre ont décidé, au moment de la conclusion, respectivement de la ratification de celui-ci par le conseil d'administration d'I._____, le 27 avril 2011, des critères de fixation du prix auquel l'énergie devrait être vendue par cette dernière aux intimés, s'ils la commandaient les années suivantes. Elles ont donc décidé à ce moment que le prix de l'énergie qui serait livrée les prochaines années correspondrait aux conditions du marché au moment de l'offre, dont à déduire un rabais de 2 fr./MWh. Elles ont donc convenu au moment de la conclusion du contrat-cadre que lors de la formulation des offres, que l'appelante devait soumettre aux intimés à dates fixes, l'appelante n'aurait aucune marge de manœuvre quant au fait d'accorder ou non ce rabais. Les parties étaient pleinement conscientes que cet engagement les liait pour plusieurs années et que le prix du marché de l'énergie comme son coût de production pouvaient varier dans cet intervalle. Elles ont toutefois pris chacune, en 2011, la décision de s'engager, par le contrat-cadre, à une structure de prix à référence fixe – les prix du marché moins une décote – pour l'ensemble de l'énergie commandée par les intimés pour les années 2016 à 2020. Autrement dit, la décision des parties de fixer la livraison d'énergie à un certain prix comprenant une décote n'était pas prise lors de chaque offre ou chaque commande, mais l'avait été, de la volonté claire et concordante des parties, une fois pour toute lors de la conclusion du contrat-cadre, en 2011. L'appelante invoque ainsi à tort que le contrat-cadre ne lui aurait imposé aucune obligation. L'obligation de livrer de l'énergie en accordant une décote était certes subordonnée à la condition que les intimés, à réception des offres d'I._____, respectivement de l'appelante, commandent de l'énergie. Cela ne change toutefois rien au fait que l'obligation d'I._____, respectivement de l'appelante de fournir à un certain prix comprenant une décote trouvait son fondement uniquement dans le contrat-cadre et non dans l'échéance postérieure de l'offre et dans une éventuelle commande

- 59 - par les intimés. C'est ainsi au moment de la conclusion du contrat-cadre et à ce moment seulement que le conseil d'administration d'I._____ a exercé son pouvoir d'appréciation s'agissant du prix de l'énergie qu'elle s'engageait à fournir durant les années suivantes. C'est donc à ce moment que l'existence de la disproportion évidente invoquée concernant la prestation que l'appelante s'était engagée à fournir sur plusieurs années, moyennant commande des intimés, doit être examinée. 6.5.2 A cet égard, l'argument de l'appelante selon laquelle la quantité et les produits que les intimés commanderaient n'étaient pas déterminés avant la commande est sans portée ici. Ces paramètres sont en effet sans pertinence sur l'existence d'une disproportion entre prestation et contre-prestation et l'appelante ne le soutient d'ailleurs pas : que les intimés commandent beaucoup ou peu et quoi qu'ils commandent le problème était le même, celui-ci dépendant uniquement du prix, prix dont les paramètres avaient été fixés définitivement lors de la conclusion du contrat-cadre. Un tel argument ne saurait donc permettre de fixer le moment de l'examen au jour où les intimés passaient commande, dès lors qu'à ce moment l'élément ici seul litigieux était déjà arrêté. 6.5.3 Au vu de ce qui précède (cf. supra consid. 6.4.4 deuxième paragraphe), il conviendra dans le cadre de l'examen de l'existence de la disproportion évidente invoquée de prendre en compte l'ensemble des circonstances ayant prévalu au moment de la conclusion du contrat-cadre, en 2011, et notamment l'ensemble des intérêts qu'I._____ avait à accepter de fixer ainsi les prix de l'énergie qu'elle s'engageait à

livrer durant les années à venir. L'évolution qui a eu lieu après la conclusion du contrat-cadre, et notamment la chute du prix de l'énergie sur le marché, l'état de liquidité du marché suisse de l'électricité en 2013 et 2014 ou encore la santé financière d'E._____ en 2013 et 2014, ne sont en revanche pas pertinents pour cet examen. Le fait que l'octroi de la décote n'aurait « plus » (appel. p. 10) eu aucune justification d'un point de vue économique en 2013 et 2014 est ainsi sans portée sur la validité de

- 60 - l'engagement d'I._____, en 2011, repris par l'appelante, d'accorder un rabais pour les années suivantes. Pour ce motif encore, aucune instruction complémentaire n'a à être menée sur cette évolution. L'appelante se réfère à de multiples reprises à des avis qu'elle a fait établir pour les besoins de la cause. Outre qu'on ignore sur quelle base factuelle exacte ceux-ci reposent, ces avis constituent au plus de simples allégations de partie (TF 5D_59/2018 du 31 août 2018 consid. 4.2.1). Dès lors qu'ils portent sur une question juridique, ils ne lient en outre pas l'autorité de céans, compte tenu du principe « jura novit curia », et sont impropres à remettre en question l'appréciation qui précède. L'appelante indique encore que d'autres actionnaires- distributeurs auraient conclu avec elle un accord transactionnel supprimant l'octroi d'un rabais. Outre qu'un tel accord n'est pas décisif ici s'agissant de savoir si l'octroi d'un rabais en 2011 contrevenait à l'art. 678 al. 2 CO, on relève que cet accord transactionnel prévoit semble-t-il non pas la suppression pure et simple de la décote convenue avec ces actionnaires, mais l'octroi d'une indemnité, validant ainsi l'admissibilité du fait que l'énergie ne soit pas fournie au prix du marché, mais à un prix net – indemnité déduite – moindre. 6.6 6.6.1 S'agissant de l'octroi de la décote en 2011, l'instruction n'a pas établi qu'il l'aurait été au motif que les intimés étaient les actionnaires de l'actionnaire de la holding détenant I._____ et l'appelante. Qu' [...] n'ait choisi de contracter, de manière générale et indépendamment des modalités des rapports entre parties, qu'avec des actionnaires directs ou indirects ne l'implique pas. Les éléments soulignés par l'appelante et examinés ci-dessus (cf. supra consid. 4.2 troisième paragraphe) attestent au demeurant du contraire, la qualité d'actionnaire indirect n'assurant aucunement l'octroi d'une décote. Ce n'était donc clairement pas l'élément décisif. L'appelante se réfère encore sur ce point à la convention de consortium ou son avenant 4. Ces textes n'imposaient, ni n'excluaient l'octroi d'une décote. Ils ne sauraient partant impliquer, outre la

- 61 - conclusion d'un contrat entre les parties, que la décote prévue dans celui-ci n'aurait été accordée par l'appelante aux intimés que du fait de leur qualité d'actionnaires-distributeurs. Ne pas le retenir n'a en tout cas rien de critiquable. 6.6.2 Au contraire, l'instruction a établi qu'au moment des négociations entre les parties, les prix du marché de l'électricité couvraient largement les coûts de production de cette même énergie. De la sorte, l'appelante, si elle avait obtenu de livrer au prix du marché, aurait réalisé une marge importante, que l'on comprend que ses partenaires commerciaux, agents importants sur le marché, ne veuillent pas sans discussion lui laisser entièrement. Il a ensuite été établi que les modalités du contrat-cadre ont été âprement discutées entre les deux parties, qui agissaient ainsi comme des partenaires commerciaux ordinaires, indépendamment du fait qu'une partie était indirectement actionnaire – pour une part inconnue – de l'autre. Il a enfin et surtout été établi qu'au moment du contrat-cadre, la décote litigieuse était jugée justifiée par le conseil d'administration d' [...] lui-même, pour toute la durée d'application du contrat-cadre, non en raison de la qualité d'actionnaires indirects des intimés mais en raison de plusieurs motifs économiques ayant notamment trait aux intérêts alors poursuivis par

[...]. Il s'agissait principalement des trois motifs suivants : la réduction des coûts de fourniture d'énergie, la nature peu liquide du marché de l'électricité suisse en 2011 et le risque de crédit, qui était limité en raison de la bonne solvabilité des actionnaires-distributeurs, garantie notamment par leur nature étatique. Ces motifs ont été répétés à plusieurs reprises, tout d'abord par [...], membre du conseil d'administration de l'appelante et membre de la direction générale d' [...], qui a expressément indiqué dans son mémorandum du 22 mars 2011 que le contrat-cadre permettait à [...] de « dégager des gains économiques de différents ordres », en particulier d'économiser les coûts liés au processus de recherche de contreparties pour la livraison de ces quantités d'énergie et de « s'affranchir du risque lié à la faible profondeur du marché suisse », compte tenu notamment du « niveau de solvabilité particulièrement satisfaisant » que présentaient les actionnaires-distributeurs d' [...].

- 62 - 6.6.3 Ces motifs ont ensuite été portés à la connaissance de l'étude d'avocats mandatée par [...] avant la ratification du contrat-cadre. La direction d' [...] lui avait à cette occasion affirmé qu'en considération de la solvabilité accrue des distributeurs d'énergie suisses en tant que sociétés (semi-)publiques ainsi que de certains autres facteurs qui n'étaient pas spécifiés, il en résulterait pour elle un gain final qui se reflétait dans la décote de prix. Cette étude, réputée et supposée connaître parfaitement la teneur de l'art. 678 al. 2 CO, n'a pas remis en cause le bien-fondé des motifs justifiant la décision d' [...] d'octroyer une décote pour toutes les livraisons à intervenir. Alors qu'elle a notamment examiné la question de l'égalité entre actionnaires (cf. art. 717 al. 2 CO), elle n'a à aucun moment évoqué que cette décote pourrait tomber sous le coup de l'art. 678 al. 2 CO. Or il ne fait pas de doute qu'elle l'aurait fait ou aurait émis une réserve sur ce point si elle avait pensé que tel aurait pu être le cas. Son silence dans ces circonstances, alors qu'elle connaissait la teneur du contrat-cadre, confirme autant que de besoin le bien-fondé des motifs économiques justifiant en 2011 l'octroi d'une décote sur toutes les quantités d'énergie qui seraient commandées dans les années suivantes. Il exclut à tout le moins que l'on puisse considérer comme établi que cette décote, au moment de la conclusion du contrat-cadre, respectivement de son approbation, se trouvait en disproportion évidente avec les contreparties convenues en faveur d'I. _____, condition nécessaire pour que l'art. 678 al. 2 CO puisse trouver application. 6.6.4 Avant la ratification du contrat-cadre par le conseil d'administration d'I. _____, le CFO d' [...], actionnaire unique d'I. _____ et de l'appelante, a également soumis le projet de contrat-cadre à une entreprise d'audit réputée. Celle-ci devait notamment examiner les conséquences fiscales si la décote (alors seulement sur l'énergie provenant de Suisse) n'était pas reconnue par les autorités fiscales. A cette occasion, [...] a à nouveau exposé les motifs économiques justifiant la décote, en rappelant que la direction d'I. _____ considérait que l'octroi d'une décote était justifié au regard de trois éléments, à savoir la

- 63 - réduction des coûts de fourniture d'énergie, l'élimination du risque lié au marché de la vente d'électricité en Suisse et la diminution du risque de crédit liée à la bonne solvabilité des actionnaires-distributeurs. Ici encore la décote n'était donc pas motivée par la qualité d'actionnaire indirect du cocontractant d'I. _____. Selon l'art. 58 let. b 5e tiret LIFD, le bénéficiaire net imposable comprend les distributions ouvertes ou dissimulées de bénéficiaire et les avantages procurés à des tiers qui ne sont pas justifiés par l'usage commercial. En d'autres termes et comme le relève l'entreprise d'audit, les transactions avec des proches, pour être admises par les autorités fiscales, doivent avoir lieu aux conditions du marché.

Après examen de tous les documents fournis par [...], l'entreprise d'audit a conclu que les arguments fournis par [...] pour justifier la décote leur paraissaient compréhensibles et semblaient pouvoir justifier une réduction du prix au regard du droit fiscal. En d'autres termes, l'entreprise d'audit a estimé que les justifications apportées ne permettaient pas de penser que les transactions n'auraient pas lieu aux conditions du marché. Un tel avis ne permet aucunement d'étayer la thèse de l'appelante que les engagements échangés au moment du contrat-cadre auraient été en disproportion les uns avec les autres, encore moins qu'ils l'auraient été de manière évidente. Si tel avait été le cas, l'entreprise d'audit l'aurait à tout le moins relevé. Que les intimés aient accepté en mai 2011, à certaines conditions, d'assumer le faible risque fiscal susceptible de résulter de l'application du contrat-cadre dans une vue très pessimiste, n'impliquait aucunement que les intimés aient par là admis l'existence d'une disproportion évidente au sens de l'art. 678 al. 2 CO au moment de la conclusion dudit contrat-cadre. On relève par ailleurs sur ce point que l'appelante n'a jamais prétendu ni établi que les autorités fiscales auraient estimé que la décote octroyée était infondée économiquement, qui plus est de manière évidente. 6.6.5 Au vu de ces éléments, les déclarations des représentants ou d'anciens employés de l'appelante faites en cours de la présente procédure ne sauraient suffire à établir le contraire, soit que la décote

- 64 - n'était pas justifiée économiquement en 2011, mais uniquement accordée aux intimés car ils étaient actionnaires très indirects d'I._____. 6.6.6 Compte tenu des éléments qui précèdent et notamment des indications écrites d' [...] elle-même, qui ont été répétées et dont la justesse a de plus été contrôlée par des tiers avisés, la Cour retient que la décote convenue dans le « contrat-cadre approvisionnement 2016-2017 » était justifiée économiquement en 2011 par les différents intérêts en présence, de sorte qu'elle n'était à ce moment nullement en disproportion, qui plus est évidente, avec les contre-prestations reçues par I._____. Deux des conditions cumulatives posées par l'art. 678 al. 2 CO n'étant pas remplies, cette disposition ne saurait trouver application. L'appelante ne saurait en conséquence se fonder sur cette disposition pour obtenir le paiement de l'entier du prix de l'énergie livrée sans décote, soit en l'espèce le paiement du montant correspondant à la décote qui avait été déduite du prix facturé aux intimés. Elle n'est pas non plus fondée à obtenir le constat de la nullité des dispositions prévoyant cette décote. 6.7 On relève encore que l'appelante – comme ses conseils – était pleinement consciente en 2011 que le contrat était conclu pour plusieurs années et donc que les prix pouvaient augmenter ou diminuer. Ainsi I._____ l'avait-elle notamment expressément indiqué dans un graphique en novembre 2010. Elle a donc contracté en connaissance de cause, en partant de l'idée que ce contrat, décote comprise, lui serait profitable à travers les années. Au vu des faits constatés, il s'avère toutefois que l'appelante a fait de mauvaises prévisions au moment de la conclusion du contrat-cadre en liant les prix de l'énergie à livrer aux prix du marché, alors supérieurs aux coûts de production de l'énergie, mais en accordant une décote afin d'obtenir la sécurisation, par la conclusion d'un contrat portant sur plusieurs années, d'une partie de la position longue issue de ses ouvrages en Suisse (cf. préambule du contrat-cadre). Au vu de la chute des prix de l'énergie par la suite, les prévisions auxquelles avaient procédé [...] et ses analystes lors de la conclusion du contrat-cadre,

- 65 - tablant sur un maintien à tout le moins des prix du marché au-dessus des coûts de production, se sont révélées par la suite erronées et conduisant à un désavantage pour l'appelante. L'art. 678 al. 2 CO n'a toutefois pas vocation de récupérer les décisions prises objectivement par la société, dans son intérêt, au motif qu'il s'avérerait ensuite qu'elles ne

seraient pas conformes aux projections (cf. supra consid. 6.2.2). 6.8 L'appelante voit une violation de l'art. 8 CC dans le fait pour l'autorité précédente de lui reprocher de ne pas avoir prouvé qu'il n'existait aucune possibilité qu'une décote puisse être octroyée à un tiers non actionnaire. Dès lors qu'il est établi que les intimés n'ont pas obtenu la décote à cause de leur qualité d'actionnaires indirects et ainsi que les prestations, du fait des intérêts de chaque partie au moment de la conclusion du contrat-cadre, n'étaient pas en disproportion évidente au sens de l'art. 678 al. 2 CO, la question de savoir si l'appelante aurait également accordé une décote à des tiers est sans pertinence pour le sort de la cause. Il n'y avait partant pas à instruire sur ce point, respectivement à retenir ou non ce fait. Le grief de violation de l'art. 8 CC est sans fondement. 6.9 L'appelante elle-même déclare que la question de savoir si la théorie de l'imprévision (clausula rebus sic stantibus; cf. ATF 127 III 300 consid. 5b ; ATF 135 III 1 consid. 2.4) était applicable ne se posait pas. Il n'y a par conséquent pas lieu d'examiner la cause sous cet angle, faute de grief de l'appelante sur ce point. Le refus d'appliquer cette théorie, dûment motivé par l'autorité précédente (cf. jugement de première instance, p. 56 et 57), ne prête au demeurant pas le flanc à la critique. 6.10 Au vu de ces éléments, c'est à juste titre que l'autorité précédente a considéré que les montants facturés aux intimés par l'appelante à titre de paiement de la décote pour les mois de janvier 2016 à décembre 2017 n'étaient pas dus et que les montants réclamés par les intimés à titre de dommages-intérêts positifs (art. 107 CO) l'étaient, cette

- 66 - dernière appréciation n'étant par ailleurs aucunement contestée pour elle-même par l'appelante. 7. 7.1 L'appelante conteste la quotité des frais et dépens arrêtés en première instance, au motif que la valeur litigieuse retenue pour les calculer serait erronée. 7.2 L'émolument forfaitaire de décision pour une contestation patrimoniale en procédure ordinaire est fixé en principe, pour une valeur litigieuse de 500'001 fr. et plus, à 15'500 fr. plus 1,5% de la valeur litigieuse dépassant 500'000 fr., mais au maximum à 300'000 fr. (art. 18 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; BLV 270.11.5]). La valeur litigieuse est calculée conformément aux art. 91 à 94 CPC (art. 4 al. 2 TFJC). Pour les causes dont la valeur litigieuse est supérieure à 500'000 fr., l'émolument peut être réduit en tenant compte de la complexité de l'affaire et des travaux accomplis par la cour et le greffe (art. 22 al. 8 TFJC). 7.3 7.3.1 En l'espèce, les intimés avaient pris des conclusions en constatation du fait qu'ils n'étaient pas débiteurs des factures établies entre le 22 février 2016 et le 12 janvier 2018 par l'appelante. Ces factures visaient le remboursement de la décote dont l'appelante estimait que les intimés n'auraient pas dû profiter pour l'énergie livrée entre le mois de janvier 2016 et le mois de décembre 2017. A la suite de la cessation par l'appelante de l'approvisionnement des intimés, ceux-ci ont effectué des transactions de remplacement, leur causant un dommage qu'ils ont chiffré à 3'298'099 fr. et 4'167'995 francs. Les premiers montants ne s'opposent pas aux deuxièmes, de sorte qu'ils doivent être additionnés afin d'établir la valeur litigieuse nécessaire pour fixer l'émolument forfaitaire prévu par l'art. 18 TFJC (cf. art. 93 al. 1 CPC). Leur somme s'élève à 11'214'350 fr. 25

- 67 - Au vu de ce montant, l'émolument forfaitaire de décision au sens de l'art. 18 TFJC s'élevait à 176'215 fr. 25. Il pouvait donc, une fois réduit conformément à l'art. 4 al. 2 TFJC, s'élever à 150'000 fr., auxquels s'ajoutaient les frais de la procédure de conciliation par 1'200 francs. Le grief est infondé. 7.3.2 Compte tenu de la valeur litigieuse qui précède, de la nature et de la complexité de la cause, ainsi que des écritures auxquelles elle a donné lieu, l'autorité précédente a sans violation de l'art. 4 TDC (tarif du 23 novembre 2010 des dépens en matière civile ; BLV 270.11.6) – qui prévoit pour une valeur litigieuse supérieure

à 5'000'000 fr. un défraiement allant de 40'000 fr. à 2% de la valeur litigieuse – fixé les dépens dus par l'appelante aux intimés à 220'500 francs. Ce grief est donc également infondé. 8. Au vu de ce qui précède, l'appel doit être rejeté dans la mesure de sa recevabilité et le jugement attaqué confirmé. Vu le rejet de l'appel, les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 50'000 fr. (art. 62 al. 1 TFJC), seront mis à la charge de l'appelante, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC). Celle-ci versera en outre aux intimés des dépens de deuxième instance, fixés à 25'000 fr. (art. 3 al. 2 et 7 TDC).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.