

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 24 juillet 2020

Composition : Mme GIROUD WALTHER, présidente
Mmes Crittin Dayen et Cherpillod, juges
Greffier : M. Valentino

Art. 678 CO

Statuant sur l'appel interjeté par **I.**_____, à [...], contre le jugement rendu le 22 juillet 2019 par la Chambre patrimoniale cantonale dans la cause divisant l'appelante d'avec **W.**_____, au [...], la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

En fait :

A. Par jugement du 22 juillet 2019, dont les considérants écrits ont été adressés aux parties le 12 novembre 2019, la Chambre patrimoniale cantonale (ci-après : les premiers juges) a en substance dit que la demanderesse W. _____ n'était pas débitrice de la défenderesse I. _____ des montants figurant dans les factures émises par la défenderesse et [...] pour l'énergie livrée entre le mois de janvier 2016 et le mois de décembre 2017 (I), a dit que la défenderesse devait verser à la demanderesse un montant de 7'446'094 fr., avec intérêts à 5% l'an dès le 31 décembre 2017 sur la somme de 3'278'099 fr. et dès le 31 décembre 2019 sur la somme de 4'167'995 fr. (II), a statué sur les frais et dépens (III à VII) et a dit que toutes autres ou plus amples conclusions étaient rejetées, respectivement irrecevables (VIII).

En droit, les premiers juges, après avoir examiné l'étendue des obligations contractuelles des parties découlant du contrat-cadre conclu entre elles en 2011 fixant de manière globale les conditions de futures commandes d'électricité, ont en substance considéré que l'octroi de la décote de 2 fr./MWh en faveur de la demanderesse, tel que prévu dans le contrat, ne constituait pas une prestation soumise à restitution selon l'art. 678 al. 2 CO. Ils ont ensuite relevé qu'on ne pouvait considérer que les circonstances dans lesquelles le contrat-cadre avait été conclu s'étaient modifiées à tel point que le maintien du contrat ne saurait être exigé, de sorte que les conditions de la *clausula rebus sic stantibus* n'étaient pas réalisées. Les magistrats ont enfin indiqué que dans la mesure où, après le 9 septembre 2014, la défenderesse n'avait plus remis à la demanderesse d'offre ferme à un prix incluant la décote, contrairement à ce qui était prévu dans le contrat, la demanderesse, qui avait choisi de maintenir le contrat mais de renoncer à l'exécution des prestations litigieuses, était fondée à réclamer à la défenderesse le paiement des dommages-intérêts positifs conformément à l'art. 107 al. 2 CO.

B. **a)** Par acte du 13 décembre 2019, E._____ a interjeté appel contre ce jugement, en prenant les conclusions suivantes, avec suite de frais et dépens :

« À la forme

1. Déclarer recevable le présent appel contre le jugement rendu le 22 juillet 2019 par la Chambre patrimoniale cantonale du canton de Vaud dans la cause PT16.042947.

Au fond

Préalablement

2. Ordonner l'audition de M. [...] sur les allégués 22 à 25, 73, 124, 135, 137 à 139, 142 à 149, 183, 186, 187, 205 à 208, 211 à 213, 217 à 220, 226, 230 et 232 à 234 du présent appel.
3. Ordonner l'audition de M. [...] sur les allégués 135, 142, 143, 146, 147, 149 à 154, 157 et 158 du présent appel.
4. Ordonner l'interrogatoire de M. [...] sur l'allégué 249 du présent appel.
5. Ordonner l'interrogatoire de M. [...] sur les allégués 135, 137, 138, 140, 142, 146, 149, 159 à 161, 182, 201, 205 et 226 du présent appel.
6. Ordonner l'interrogatoire de M. [...] sur les allégués 20, 26 à 28, 66 à 68, 80, 82 à 87, 90, 91, 94 à 96, 99 à 102, 108, 137, 141, 180 à 182, 205 et 226 du présent appel.
7. Ordonner l'interrogatoire de M. [...] sur les allégués 64, 86, 95, 96 et 101 à 103 du présent appel.
8. Ordonner l'interrogatoire de M. [...] sur les allégués 10, 15, 16, 20, 22 à 28, 33, 35, 36, 40, 46 à 51, 54 à 58, 70, 73, 74, 80, 83 à 87, 94 à 102, 127 à 132, 149, 163, 164, 239 à 248 et 250 du présent appel.

Principalement

9. Annuler le jugement rendu le 22 juillet 2019 par la Chambre patrimoniale cantonale du canton de Vaud dans la cause PT16.042947.
10. Dire et constater que les articles A 5.6 et A 5.7 de l'annexe 5 au Contrat-cadre "Approvisionnement 2016-2020" du 11 février 2011 violent l'article 678 al. 2 CO en tant qu'ils prévoient une décote de 2 CHF/MWh.
11. Dire et constater que la décote de 2 CHF/MWh prévue aux articles A 5.6 et A 5.7 de l'annexe 5 au Contrat-cadre "Approvisionnement 2016-2020" du 11 février 2011 est nulle.
12. Dire et constater que les quantités d'énergie déjà commandées par W._____ en application du Contrat-cadre "Approvisionnement 2016-2020" du 11 février 2011 ne sont pas sujettes à la décote prévue aux articles A 5.6 et A 5.7 de l'annexe 5.

13. Dire et constater que les offres d'E. _____ pour les quantités d'électricité prévues par le Contrat-cadre "Approvisionnement 2016-2020" du 11 février 2011 n'étaient pas sujettes à la décote prévue aux articles A 5.6 et A 5.7 de l'annexe 5.
14. Condamner W. _____ à payer à E. _____ le montant de CHF 230'376.95 (facture numéro CH 11663 du 22 février 2016), plus intérêts à 5% l'an dès le 29 février 2016.
15. Condamner W. _____ à payer à E. _____ le montant de CHF 217'831.70 (facture numéro CH 11703 du 11 mars 2016), plus intérêts à 5% l'an dès le 21 mars 2016.
16. Condamner W. _____ à payer à E. _____ le montant de CHF 233'537.05 (facture numéro CH 11731 du 14 avril 2016), plus intérêts à 5% l'an dès le 20 avril 2016.
17. Condamner W. _____ à payer à E. _____ le montant de CHF 182'969.30 (facture numéro CH 11786 du 12 mai 2016), plus intérêts à 5% l'an dès le 20 mai 2016.
18. Condamner W. _____ à payer à E. _____ le montant de CHF 189'527.05 (facture numéro CH 11839 du 10 juin 2016), plus intérêts à 5% l'an dès le 20 juin 2016.
19. Condamner W. _____ à payer à E. _____ le montant de CHF 184'498.55 (facture numéro CH 11877 du 13 juillet 2016), plus intérêts à 5% l'an dès le 20 juillet 2016.
20. Condamner W. _____ à payer à E. _____ le montant de CHF 187'997.75 (facture numéro CH 11945 du 30 août 2016), plus intérêts à 5% l'an dès le 22 août 2016.
21. Condamner W. _____ à payer à E. _____ le montant de CHF 191'056.30 (facture numéro CH 11957 du 13 septembre 2016), plus intérêts à 5% l'an dès le 20 septembre 2016.
22. Condamner W. _____ à payer à E. _____ le montant de CHF 184'498.55 (facture numéro CH 11996 du 12 octobre 2016), plus intérêts à 5% l'an dès le 20 octobre 2016.
23. Condamner W. _____ à payer à E. _____ le montant de CHF 230'638.30 (facture numéro CH 12044 du 10 novembre 2016), plus intérêts à 5% l'an dès le 21 novembre 2016.
24. Condamner W. _____ à payer à E. _____ le montant de CHF 225'815.05 (facture numéro CH 12068 du 13 décembre 2016), plus intérêts à 5% l'an dès le 20 décembre 2016.
25. Condamner W. _____ à payer à E. _____ le montant de CHF 232'087.70 (facture numéro CH 12104 du 13 janvier 2017), plus intérêts à 5% l'an dès le 20 janvier 2017.
26. Condamner W. _____ à payer à E. _____ le montant de CHF 114'877.45 (facture numéro CH 12138 du 21 février 2017), plus intérêts à 5% l'an dès le 28 février 2017.
27. Condamner W. _____ à payer à E. _____ le montant de CHF 103'887.35 (facture numéro CH 12152 du 14 mars 2017), plus intérêts à 5% l'an dès le 20 mars 2017.

28. Condamner W._____ à payer à E._____ le montant de CHF 115'737.10 (facture numéro CH 12170 du 12 avril 2017), plus intérêts à 5% l'an dès le 20 avril 2017.
29. Condamner W._____ à payer à E._____ le montant de CHF 94'348.80 (facture numéro CH 12189 du 12 mai 2017), plus intérêts à 5% l'an dès le 22 mai 2017.
30. Condamner W._____ à payer à E._____ le montant de CHF 99'429.10 (facture numéro CH 12206 du 9 juin 2017), plus intérêts à 5% l'an dès le 20 juin 2017.
31. Condamner W._____ à payer à E._____ le montant de CHF 96'007.70 (facture numéro CH 12235 du 13 juillet 2017), plus intérêts à 5% l'an dès le 20 juillet 2017.
32. Condamner W._____ à payer à E._____ le montant de CHF 97'770.25 (facture numéro CH 12253 du 16 août 2017), plus intérêts à 5% l'an dès le 21 août 2017.
33. Condamner W._____ à payer à E._____ le montant de CHF 99'429.10 (facture numéro CH 12266 du 11 septembre 2017), plus intérêts à 5% l'an dès le 20 septembre 2017.
34. Condamner W._____ à payer à E._____ le montant de CHF 95'178.25 (facture numéro CH 12282 du 13 octobre 2017), plus intérêts à 5% l'an dès le 20 octobre 2017.
35. Condamner W._____ à payer à E._____ le montant de CHF 115'002.70 (facture numéro 86055 du 13 novembre 2017), plus intérêts à 5% l'an dès le 20 novembre 2017.
36. Condamner W._____W._____ à payer à E._____ le montant de CHF 111'870.70 (facture numéro 86728 du 11 décembre 2017), plus intérêts à 5% l'an dès le 20 décembre 2017.
37. Condamner W._____ à payer à E._____ le montant de CHF 113'892.50 (facture numéro 87612 du 12 janvier 2018), plus intérêts à 5% l'an dès le 22 janvier 2018.

Subsidairement

38. Annuler le jugement rendu le 22 juillet 2019 par la Chambre patrimoniale cantonale du canton de Vaud dans la cause PT16.042947.
39. Renvoyer la cause à la Chambre patrimoniale cantonale du canton de Vaud pour nouvelle décision.

Plus subsidiairement

40. Annuler les chiffres V., VI. et VII. du jugement rendu le 22 juillet 2019 par la Chambre patrimoniale cantonale du canton de Vaud dans la cause PT16.042947.
41. Procéder à une nouvelle fixation et répartition des frais et dépens de la procédure de première instance.

Dans tous les cas

42. Condamner W._____ en tous les frais judiciaires et dépens.
43. Débouter W._____ de toutes autres ou contraires conclusions. »

L'appelante a produit un bordereau de pièces à l'appui de son appel.

b) Par W._____ ont conclu, avec suite de frais et dépens, préalablement au rejet des conclusions 2 à 8 prises par E._____ dans son appel visant à procéder au renouvellement de l'administration de preuves et principalement à ce que l'appelante soit déboutée de toutes ses conclusions.

C. La Cour d'appel civile retient les faits pertinents suivants, sur la base du jugement complété par les pièces du dossier :

1. **a)** La demanderesse W._____ est une entreprise de droit public [...] dont l'activité est régie par la loi sur [...]. Elle a son siège à [...] et est inscrite au registre du commerce. Son but est notamment de fournir dans le canton de [...]. Elle est dotée de la personnalité juridique et est autonome, dans les limites fixées par la constitution [...] et par la loi cantonale susmentionnée.

En 2016, la demanderesse a réalisé un bénéfice de 89 millions de francs. Sa note de crédit est d'au moins « A », calculée sur la base de la note de crédit de la Ville de [...] et du Canton de [...], qui détiennent plus de 70% de l'actionnariat de la demanderesse.

b) La défenderesse I._____ est une société anonyme ayant son siège à [...], dont le but est l'acquisition et l'exploitation [...]. Elle est également active dans le règlement de transactions énergétiques et dans le négoce d'énergie.

c) I._____ - anciennement [...] - est une société anonyme ayant son siège à [...]. Elle est active dans la production et le négoce

d'électricité et agit notamment comme fournisseur d'électricité et prestataire de services énergétiques.

2. a) [...], [...], un consortium [...], ainsi que les sociétés [...] et [...] se sont rapprochées pour créer [...],[...].

Le but d' [...] est le suivant : « [...] [...] ».

b) [...] a son siège à Lausanne et est cotée à la bourse suisse SIX. Elle est la société-mère du [...]. Elle détient la défenderesse et l._____, qui font également partie du [...].

Le [...] est un [...]. De 2010 à 2016, le résultat opérationnel (bénéfice avant intérêts, impôts, dépréciation et amortissement) du [...] a baissé de plus de moitié. Entre 2015 et 2016 plus particulièrement, la baisse s'est portée à 85 millions de francs. En 2015, le chiffre d'affaires net du [...] était de 6.715 milliards de francs, mais son résultat net était déficitaire. En 2016, son résultat net s'élevait à 294 millions de francs, à savoir 115 millions de francs de résultat opérationnel et 179 millions d'effets exceptionnels comprenant des dépréciations, des provisions, des effets liés à la cession de parties de l'entreprise et d'autres effets exceptionnels. En 2017, son effectif était d'environ 8'300 employés. Selon différents communiqués de presse, le [...] a subi de lourdes pertes entre les années 2010 et 2015 et a réduit les dividendes ou n'en a pas versé. La note de crédit du [...] est passée de « A » en 2011 à « BBB/BBB - » en 2017. Le coût de l'action [...] a chuté de 77.2% entre le 31 décembre 2010 et le 30 juin 2017.

c) La demanderesse, [...], [...], la Ville de [...] et [...] sont actionnaires d' [...], qui est elle-même actionnaire à hauteur de 31.44% d' [...]. Cette dernière détenant 100% du capital-actions de la défenderesse et d'l._____, la demanderesse est indirectement actionnaire de ces deux sociétés.

3. a) Dans le cadre de la consolidation entre [...], [...] et d'autres acteurs du marché de l'électricité, une convention de consortium a été conclue le 29 septembre 2005. L'annexe 3(i) du 4^e avenant à cette convention, conclu le 5 octobre 2007 (ci-après : l'avenant 4), est intitulée « *Approvisionnement des actionnaires-distributeurs suisses liés à [...]* ». Elle définit les principes relatifs à l'approvisionnement à long terme des actionnaires-distributeurs suisses de la future société [...] (désignée « [...] »). Elle fait notamment état de ce qui suit :

« Compte tenu, d'une part, de la bonne santé économique et du développement de [...], [...] [...] et les actionnaires-distributeurs suisses intéressés envisagent de prendre les engagements suivants :

- Lesdits actionnaires se verront accorder le droit de couvrir leurs besoins respectifs d'approvisionnement nets (c'est-à-dire les besoins à des fins de fourniture des clients moins le total de la production propre et l'approvisionnement contractuel à long terme par des tiers), pour moitié chez [...] au travers de ses disponibilités en Suisse et pour moitié chez [...] sur le marché européen à des prix de marché applicables à de tels contrats sur la base de méthodes de calcul encore à définir. Les livraisons seront effectuées sous la forme d'un ruban (entre 0 et 24 heures tous les jours de l'année) [*i.e. un produit dit « Base » annuel, soit une quantité d'électricité de puissance constante toute l'année*] ou d'un profil de pointe (entre 8 et 20 heures tous les jours de l'année) [*i.e. un produit dit « Peak » annuel, soit une quantité d'électricité de puissance constante pendant une période de pointe*] au plus proche des besoins ;
- [...]
- L'obligation d'approvisionnement pour [...] de ses disponibilités en Suisse est subordonnée à la condition que [...] [*ait*] le double des capacités nécessaires à disposition provenant de grandes centrales existantes et nouvelles en Suisse pour toute la durée contractuelle. ».

Le « prix de marché » (ou prix du marché) est un prix pour un produit donné avec un lieu de livraison et une période de fourniture qui évolue dans le temps.

b) Afin de mettre en œuvre l'avenant 4, il était essentiel que les actionnaires-distributeurs suisses de la future société [...] déterminent précisément leurs besoins nets d'approvisionnement et que ladite société détermine ses capacités de production en Suisse.

c) Il ressort d'une présentation datée du 20 mai 2008, intitulée « *Approvisionnement des actionnaires-distributeurs suisses liés à [...]* », qu'une réunion a été organisée concernant la mise en œuvre de l'avenant 4. Cette présentation mentionne ce qui suit :

« [...]

Couverture des besoins d'approvisionnement

[...]

- L'obligation d'approvisionnement pour [...] à partir de ses disponibilités en Suisse est subordonnée à la condition qu'elle ait au moins le double des capacités nécessaires en provenance de grandes centrales existantes et futures en Suisse pour toute la durée contractuelle. Si ce n'est pas le cas, le solde éventuel, après déduction de la production propre et des contrats long terme des actionnaires-distributeurs à l'étranger, pourra être fourni à partir du marché européen

[...]

Conditions d'approvisionnement

- [...] fournira les produits électriques Base et Peak à [...] [...]
- Les premiers contrats seront négociés avec les actionnaires d' [...] à partir de 2010 pour une fourniture qui commencera le 1^{er} janvier 2016 [...]
- Les quantités mentionnées dans les contrats de fourniture seront basées sur des prévisions remises par l'actionnaire-distributeur. [...]

□ Il appartient aux actionnaires d' [...] de décider s'ils veulent utiliser la possibilité qu' [...] leur revende ces mêmes produits à des conditions plus avantageuses que « les prix de marché applicables à de tels contrats » en utilisant une partie des dividendes reçus de [...].

[...] ».

d) L'idée que l'énergie soit vendue à [...] a été finalement abandonnée, et c'est avec les actionnaires de celles-ci que les discussions se sont poursuivies.

4. a) Dès le mois de janvier 2010, les actionnaires-distributeurs suisses d' [...], à savoir la demanderesse, [...] (ci-après : les actionnaires-distributeurs) ont négocié de manière détaillée avec l._____ un contrat-cadre d'approvisionnement en énergie pour les années 2016 à 2020.

b) Dans ce cadre, la question essentielle de la détermination des besoins nets d'approvisionnement des actionnaires-distributeurs a été longuement discutée. Il s'agissait en particulier de déterminer si la moitié des besoins nets d'approvisionnement des actionnaires-distributeurs serait couverte ou non par de la production indigène d'l._____. Pendant les négociations, les besoins nets d'approvisionnement de chaque actionnaire-distributeur ont été calculés, d'abord provisoirement, puis définitivement. Etant donné que lesdits besoins devaient être couverts pour la période 2016-2020, et qu'il était difficile pour les actionnaires-distributeurs d'anticiper avec précision, en 2010, quels seraient leurs besoins nets d'approvisionnement exacts pour cette période, l._____ a accédé à la demande des actionnaires-distributeurs de prendre comme base de calcul leurs besoins nets d'approvisionnement effectifs de 2009 et de les majorer de 1.5% chaque année jusqu'en 2020. Enfin, les besoins nets d'approvisionnement des actionnaires-distributeurs ont été calculés et décomposés par ces derniers de manière saisonnière (été/hiver), et dans les produits « *Peak* » (heures de pointe) et « *Off-Peak* » (heures creuses), non seulement car les capacités de production d'l._____ avaient été également exprimées de manière saisonnière et dans ces mêmes produits, mais aussi car les besoins en fourniture d'énergie des

actionnaires-distributeur varient selon les heures de la journée et les saisons, en fonction des besoins de leurs propres clients. En décomposant ainsi leurs besoins nets d'approvisionnement, les actionnaires-distributeur avaient la faculté de déterminer de façon relativement précise la manière dont ils pouvaient et souhaitaient voir couverts leurs besoins en énergie.

La couverture des besoins nets d'approvisionnement des actionnaires-distributeur en Suisse, à partir de la production suisse d'I._____, dépendait principalement des capacités de production de cette dernière. Cette question a ainsi également fait l'objet de nombreuses discussions entre la société et les actionnaires-distributeur. Ce n'est que si I._____ disposait au moins du double des capacités de production nécessaires qu'elle devait couvrir 50% des besoins nets d'approvisionnement des actionnaires-distributeur avec sa production indigène. Compte tenu de ce qui précède, il était dans l'intérêt des actionnaires-distributeur que les capacités de production suisse d'I._____ soient calculées de la manière la plus large possible, afin de pouvoir bénéficier de la plus grande couverture possible de leurs besoins nets d'approvisionnement par de la production indigène. I._____ a procédé à un calcul de sa capacité de production nette de manière saisonnière pour les années 2016 à 2020. Les parties ont alors constaté que les capacités de production suisse d'I._____ dans les produits « *Peak* » en hiver, ainsi qu'en été, permettaient en règle générale de couvrir 50% des besoins nets d'approvisionnement des actionnaires-distributeur pour la période 2016-2020, alors qu'elles ne couvraient que 17.80% de ces besoins dans les produits « *Off-Peak* » en hiver pour l'année 2016, 14.4% pour l'année 2017, 12.1% pour l'année 2018, 11.9% pour l'année 2019 et 11.7% pour l'année 2020, ainsi que 12.7% de ces besoins dans les produits « *Off-Peak* » en été pour l'année 2016, 11.4% pour l'année 2017, 9.2% pour l'année 2018, 9% pour l'année 2019 et 8.8% pour l'année 2020.

c) Pour les actionnaires-distributeur, l'avantage majeur d'être au bénéfice d'un contrat d'approvisionnement est de garantir une sécurité

d'approvisionnement en énergie électrique de leurs clients en Suisse, étant précisé que cette sécurité ne concerne que les besoins nets d'approvisionnement faisant l'objet de livraisons en Suisse. Autrement dit, un tel contrat leur évite d'être potentiellement exposés à l'impossibilité de rapatrier leur énergie en Suisse, s'ils avaient dû s'approvisionner directement sur le marché européen. Bien qu'il existe une interconnexion entre les réseaux de transport d'électricité européens permettant des transferts d'énergie transfrontaliers dans diverses circonstances, et notamment lorsque les capacités de transit ne sont pas suffisantes (les capacités de transit d'énergie à la frontière étant limitées), il n'est toutefois plus possible de rapatrier physiquement en Suisse l'énergie acquise sur le marché européen, d'où l'intérêt pour les actionnaires-distributeurs à avoir une partie de leurs besoins nets d'approvisionnement couverts par de la production indigène.

d) Au moment des négociations, les prix du marché de l'énergie couvraient largement les coûts de production de cette même énergie. Il était entendu que les quantités effectives d'énergie à fournir et les prix y relatifs seraient fixés ultérieurement, selon un processus décrit dans le contrat-cadre. Les discussions prévoyaient que le contrat-cadre couvrirait des commandes à effectuer entre 2013 et 2018 pour des livraisons intervenant entre 2016 et 2020, à savoir des commandes « *forward* » pour lesquelles le prix est fixé d'avance lors de la commande mais payé au moment de la livraison.

e) Dans le courant de l'année 2010, l._____ a proposé aux actionnaires-distributeurs une palette de produits pour couvrir leurs besoins nets d'approvisionnement avec trois modèles de prix différents, qui devaient permettre de trouver une méthode pour obtenir un niveau de prix le plus proche possible des prix du marché, comme requis par l'avenant 4.

aa) Dans son modèle de prix n° 1 (prix fixe), l._____ a proposé la fourniture d'un produit « *Base* » annuel et/ou d'un produit « *Peak* » annuel à un prix fixe. Selon ce modèle, les parties devaient se

mettre d'accord en 2010 sur le prix de l'énergie pour chacun de ces deux produits pour des livraisons en 2016, 2017, 2018, 2019 et 2020.

bb) Le modèle de prix n° 2 (prix indexé) consistait à proposer la fourniture d'un produit « *Base* » annuel au prix du marché en EUR/MWh, qui devait être calculé, de mois en mois, au moment de la livraison, au moyen d'une formule de prix indexée sur le prix du charbon, du gaz et du gaz carbonique, étant précisé que la formule devait demeurer identique en été comme en hiver et devait concerner toute la période allant de 2016 à 2020.

cc) Le modèle de prix n° 3 (prix à terme) proposé par I. _____ était décomposé en deux sous-modèles. Le premier prévoyait la fourniture d'un produit « *Base* » et d'un produit « *Peak* », ainsi que des produits saisonniers (« *Base* » hiver/été et « *Peak* » hiver/été), dont les prix devaient être définis à terme. Plus particulièrement, ce modèle prévoyait la remise d'offres d'une à quatre fois par an durant l'année « a », pour une livraison les années « a+1 » et « a+2 ». Le second permettait de couvrir un éventuel solde [non-couvert] au terme de la remise des offres de fourniture d'énergie par des livraisons offertes au prix « *spot* », à savoir au prix fixé par le marché pour une livraison le lendemain de la commande.

dd) Dans l'esprit d'I. _____, ces trois modèles de prix étaient complémentaires. L'application combinée de ces trois modèles devait assurer, tant pour I. _____ que pour les actionnaires-distributeurs, une répartition des risques de hausse et de baisse des prix du marché telle que la fixation d'un prix plancher et/ou d'un prix plafond n'était pas nécessaire, étant précisé que dans le cas d'espèce, la fixation d'un prix plancher et/ou d'un prix plafond supposait l'accord des parties sur un prix de référence (« *Base* » et/ou « *Peak* »).

f) Plusieurs réunions ont eu lieu dès le début de l'année 2010 pour discuter des modalités et des termes du contrat-cadre d'approvisionnement.

aa) Une première réunion a eu lieu le 20 janvier 2010. Ont notamment été discutées lors de cette réunion l'identification des actionnaires d' [...] concernés par une fourniture d'électricité, la question des besoins nets d'approvisionnement des actionnaires-distributeurs ainsi que la fixation des prix de vente de l'énergie électrique aux actionnaires-distributeurs. S'agissant de l'identification des actionnaires, il a été précisé que ne seraient concernés par une fourniture d'électricité aux conditions de l'avenant 4 que les actionnaires-distributeurs, sous réserve pour chacun d'eux d'avoir des besoins nets d'approvisionnement à couvrir. Il était par ailleurs prévu que les besoins nets d'approvisionnement des actionnaires-distributeurs correspondraient à leurs « *besoins à des fins de fourniture des clients moins le total de la production propre et l'approvisionnement contractuel à long terme par des tiers* ». La présentation de la réunion indique en outre à propos des conditions auxquelles l. _____ devait fournir l'énergie que l'obligation de fourniture en Suisse était soumise à la condition qu'l. _____ dispose au moins du double des capacités nécessaires, le solde pouvant alors être fourni depuis le marché européen. Elle mentionne également que pour garantir l'équité entre les actionnaires suisses et l'actionnaire étranger - à savoir la société française [...] - le transfert d'énergie devait se faire aux conditions du marché. Le compte-rendu de la réunion indique enfin ce qui suit :

« [...]

4. Prix de marché

L'avenant N° 4 prévoit que les contrats seront conclus à des prix de marché. Une telle approche permet de garantir l'équité de traitement entre les actionnaires suisses preneurs d'énergie et l'actionnaire étranger ([...]), respectivement les actionnaires suisses non-preneurs d'énergie. [...]

12. Dividendes partiels

S'appuyant sur une présentation du 20 mai 2008, [...] [*i.e. un représentant du [...]*] demande si en réduisant les dividendes, une fourniture à des conditions plus favorables que les prix de marché peut être envisagée. Cette question concerne en réalité [...] et non

pas l._____. Il ressort cependant de la discussion qu'on ne compte pas s'orienter dans cette voie.

[...] ».

bb) Les actionnaires-distributeurs et des représentants d'l._____ se sont réunis une nouvelle fois le 2 mars 2010. La question des besoins nets d'approvisionnement des actionnaires-distributeurs a été à nouveau abordée par les participants, de même que les capacités de production d'l._____ en Suisse, la fixation des prix de vente de l'énergie aux actionnaires-distributeurs, ainsi que la structure contractuelle envisagée.

En vue d'augmenter la couverture de leurs besoins nets d'approvisionnement par de la production indigène, les actionnaires-distributeurs ont proposé d'ajouter aux capacités de production d'l._____ ses capacités de production issues des contrats long terme conclus avec [...]. Le compte-rendu de la séance mentionne à cet égard qu' « [u]ne question qui a cependant été discutée est de savoir si les contrats LT avec [...] [...], actuellement considérés comme une disponibilité l._____ en France, pouvaient être considérés comme une disponibilité en Suisse », et que « [c]es contrats prévoient la frontière franco-suisse comme lieu de livraison sans préciser de quel côté de la frontière la fourniture va avoir lieu ».

Concernant la question du prix de l'énergie, l._____ a proposé qu'une partie des volumes d'énergie commandés puisse être vendue à un prix fixe, une autre à un prix indexé et une troisième à des prix à terme communiqués à des dates à convenir. A cet égard, un représentant de la demanderesse et un représentant du [...] ont demandé que les variantes « prix fixe » et « prix à terme » aient un prix plafond et un prix plancher. Un représentant d'l._____ s'est déclaré « *plutôt défavorable à cette proposition* », mais a indiqué qu'il étudierait cette question en interne avant de prendre position.

S'agissant de la structure contractuelle devant régir cet approvisionnement, I. _____ a proposé la conclusion non seulement d'un contrat-cadre, mais également de plusieurs contrats individuels de livraison.

cc) La question de la détermination des besoins nets d'approvisionnement des actionnaires-distributeurs a été à nouveau discutée lors d'une réunion qui s'est tenue le 26 mars 2010.

dd) Une autre réunion s'est déroulée le 3 mai 2010. Les parties ont poursuivi leurs discussions sur la question du calcul des besoins nets d'approvisionnement des actionnaires-distributeurs, ainsi que des divers modèles de fixation des prix de vente de l'énergie.

Soucieuse de faire avancer les négociations, I. _____ a accepté d'inclure les contrats long terme conclus avec [...] dans le calcul de ses capacités de production suisse, à la condition toutefois qu'elle (ndr : I. _____) ait l'assurance de disposer de la capacité d'importer l'énergie à la frontière au moment de la remise d'offre.

I. _____ a communiqué aux actionnaires-distributeurs sa vision des prix pour les années futures. A cette occasion, elle a expliqué les différents fondamentaux susceptibles d'affecter le prix de l'énergie électrique dans le futur. Elle a ainsi présenté différents scénarios d'évolution des prix de l'énergie long terme, qu'elle a intitulés (i) autarcie, (ii) planète verte, (iii) Europe verte et (iv) frontières ouvertes. Chacun de ces scénarios devait avoir un impact différent sur l'évolution des prix de l'énergie long terme. Pour I. _____, seuls les produits « *Base* » et/ou « *Peak* » devaient être utilisés pour couvrir les besoins nets d'approvisionnement des actionnaires-distributeurs, conformément à l'avenant 4 qui prévoit une couverture par ces deux produits uniquement. Certains actionnaires-distributeurs ont toutefois exprimé le souhait d'intégrer d'autres produits.

Lors de la séance, un représentant d'I._____ a indiqué que du point de vue de celle-ci, il n'était pas utile de prévoir un prix plafond et un prix plancher. Un représentant de la demanderesse a alors insisté pour que cette question soit à nouveau abordée.

ee) Lors d'une réunion qui s'est tenue le 26 mai 2010, les discussions sur la question du calcul des besoins nets d'approvisionnement des actionnaires-distributeurs, ainsi que des divers modèles de fixation des prix de vente de l'énergie se sont poursuivies.

A cette occasion, I._____ a remis aux actionnaires-distributeurs ses premières « conditions de prix indicatives » pour le modèle de prix n° 1. Les prix indicatifs communiqués étaient tous exprimés en EUR/MWh sur la base de l'année 2010 (sans inflation). I._____ a spécifié que « *les prix indicatifs mis à jour puis les prix définitifs ser[ai]ent communiqués après l'été* ». [...] a demandé à I._____ si le modèle de prix n° 1 pouvait contenir des offres reprenant la segmentation des besoins nets d'approvisionnement, à savoir une fourniture de produits « *Peak* » et « *Off-Peak* », en lieu et place de produits « *Base* » et « *Peak* ». I._____ a répondu qu'une conversion théorique pouvait être effectuée par l'actionnaire entre « *Base/Peak* » et « *Peak/Off-Peak* », mais que le modèle de prix n° 1 resterait uniquement constitué de produits standards, à savoir un « *Base* » et un « *Peak* ». Lors de la séance, I._____ a indiqué qu'elle n'envisageait pas de proposer une formule de prix avec un prix plafond et un prix plancher. Elle a par ailleurs proposé une formule de prix pour le modèle de prix n° 2.

Afin de satisfaire les demandes de certains actionnaires sur la saisonnalité des produits (à savoir une répartition de la production été/hiver), I._____ a accepté de remettre de nouvelles « conditions de prix indicatives » pour le modèle de prix n° 1, mises à jour le 31 mai 2010, dans lesquelles les produits « *Base* » et « *Peak* » étaient décomposés en périodes été/hiver.

ff) Lors d'une séance informelle qui s'est tenue le 15 juin 2010, l'actionnaire-distributeur [...] a indiqué que le niveau de prix donné par I._____ était de 10 à 12 euros plus élevé que les offres qu'il avait reçues début 2010 et près de 20 euros plus élevé que les résultats des modèles des actionnaires.

gg) Une nouvelle réunion s'est tenue le 21 juin 2010, lors de laquelle a à nouveau été abordée la question de la détermination des besoins nets d'approvisionnement des actionnaires-distributeurs.

A cette occasion, la demanderesse a indiqué que le modèle de prix n° 2 n'était pas acceptable à ses yeux pour des raisons politiques, en substance car il n'était pas envisageable d'indexer le prix de livraison en Suisse sur le prix du charbon, à savoir un type d'énergie primaire. L'opposition de la demanderesse à la prise en compte du charbon rendait *de facto* obsolète le modèle de prix n° 2, lequel a dès lors été abandonné par I._____.

Lors de la séance, I._____ a proposé aux actionnaires-distributeurs une variante du modèle de prix n° 1 consistant en la fourniture de produits allant du plus standard vers le moins standard. Cette variante était une combinaison des modèles de prix n^{os} 1 et 3. La palette de produits proposée était la suivante :

- (i) un « *Base* » annuel, à savoir la fourniture d'électricité à une puissance constante durant chaque heure d'une année donnée ;
- (ii) un « *Base* » hiver ou un « *Base* » été, à savoir la fourniture d'électricité à une puissance constante, durant chaque heure d'une année donnée, du 1^{er} janvier au 31 mars et du 1^{er} octobre au 31 décembre (« *Base* » hiver), ou du 1^{er} avril au 30 septembre (« *Base* » été) ;
- (iii) un « *Peak* » annuel ou un « *Off-Peak* » annuel, à savoir la fourniture d'électricité à une puissance constante, durant chaque heure d'une année donnée, du lundi au vendredi de 8 heures à 20 heures (« *Peak* » annuel), ou du lundi au

vendredi de 20 heures à 8 heures et les 24 heures du week-end (« *Off-Peak* » annuel) ; et

- (iv) un « *Peak* » hiver ou un « *Off-Peak* » hiver, respectivement un « *Peak* » été ou un « *Off-Peak* » été, à savoir la fourniture d'électricité à une puissance constante, durant chaque heure d'une année donnée, du lundi au vendredi de 8 heures à 20 heures du 1^{er} janvier au 31 mars et du 1^{er} octobre au 31 décembre (« *Peak* » hiver), ou du lundi au vendredi de 20 heures à 8 heures et les 24 heures du week-end du 1^{er} janvier au 31 mars et du 1^{er} octobre au 31 décembre (« *Off-Peak* » hiver), du lundi au vendredi de 8 heures à 20 heures du 1^{er} avril au 30 septembre (« *Peak* » été), ou du lundi au vendredi de 20 heures à 8 heures et les 24 heures du week-end du 1^{er} avril au 30 septembre (« *Off-Peak* » été).

Les produits « *Peak* » hiver/été et « *Off-peak* » hiver/été sont les moins standards, et donc les moins liquides. Leur niveau de prix sur le marché est plus difficile à calculer.

Lors de la réunion, un représentant d'I._____ a soulevé que « *le fait de laisser la liberté complète aux actionnaires pour les produits Peak/Off-Peak, été/hiver pourrait conduire à une désoptimisation du portefeuille I._____, ce qui n'est pas souhaité par I._____* ». Il a par ailleurs été convenu de modifier les tableaux présentés afin de prendre en compte les contrats long terme d'I._____ avec [...]. Certains actionnaires-distributeurs ont indiqué qu'ils considéraient les prix proposés par I._____ comme étant trop élevés. Un représentant de la demanderesse a expliqué à ce sujet qu'il estimait qu'il y avait une différence de prix de 20 EUR/MWh entre la vision des prix d'I._____ et celle des actionnaires.

hh) La question de la détermination des besoins nets d'approvisionnement des actionnaires-distributeurs a été à nouveau discutée lors d'une réunion qui s'est tenue le 1^{er} juillet 2010.

A cette occasion, la demanderesse a rappelé qu'il y avait un différentiel de prix de l'ordre de 20 EUR/MWh entre la vision des prix d'I._____ et celle de la demanderesse. Cette position était partagée par [...]. [...] a alors relancé l'idée d'un prix plafond et d'un prix plancher, mais I._____ a émis des réserves quant à cette proposition, qui, selon elle, ouvrirait des risques tant pour elle que pour les actionnaires-distributeurs, si le prix plafond ou le prix plancher étaient atteints.

ii) Les actionnaires-distributeurs et I._____ se sont à nouveau réunis le 21 septembre 2010.

A l'issue de cette réunion, les actionnaires-distributeurs ont décidé d'opter non pas pour une couverture de leurs besoins nets d'approvisionnement au moyen de la palette de produits proposée par [...], mais par le biais uniquement des produits « *Peak* » hiver/été et « *Off-Peak* » hiver/été.

jj) Par courrier du 6 octobre 2010, I._____ a annoncé aux actionnaires-distributeurs qu'elle annulait la séance prévue le 8 octobre 2010 et que la direction allait informer le conseil d'administration de l'avancement des négociations afin de revenir avec une nouvelle proposition vers la mi-novembre 2010.

kk) Le 30 novembre 2010, les modèles de prix proposés jusqu'alors n'ayant pas fait l'objet d'un accord, I._____ a présenté aux actionnaires-distributeurs de nouveaux modèles concernant la détermination du prix de l'approvisionnement pour la fourniture d'électricité en Suisse, en France et en Allemagne, prévoyant également la fourniture d'un « *Base* » annuel, d'un « *Peak* » annuel et celle de produits saisonniers (« *Peak* » hiver/été et « *Off-peak* » hiver/été).

Quatre points principaux ont été proposés s'agissant des prix de l'énergie et de l'octroi d'une éventuelle décote. Premièrement, les prix seraient fixés au fur et à mesure pour la période de livraison 2016-2020. Deuxièmement, la détermination des prix aurait lieu deux à trois ans

avant les livraisons d'énergie. En d'autres termes, les prix du marché applicables au moment des commandes d'électricité devaient être déterminants. Troisièmement, quatre offres seraient faites par année, à compter du début de l'année 2013. Cette présentation indiquait enfin qu'I._____ « accorde[rait] une décote par rapport au prix de marché pour les livraisons en Suisse, correspondant à une diminution de risque ». Afin de calculer cette décote, I._____ a proposé de fixer en 2010 un prix de référence pour le produit « Base » annuel livré en Suisse pour chacune des années de 2016 à 2020, et de comparer ce prix de référence avec le prix du marché effectif lors de chaque remise d'offre d'énergie par I._____ à un actionnaire-distributeur. Autrement dit, la décote devait varier en fonction du niveau des prix du marché par rapport à un prix de référence préalablement fixé. La décote aurait alors varié entre 1 fr./MWh et 3 fr./MWh, selon le calcul suivant :

« [...]

- En fonction de **l'écart entre le prix de référence et le prix effectif**, la décote est calculée comme suit :
 - 1 CHF/MWh si $\text{Prix effectif} \leq (\text{Prix de référence} - 15 \text{ CHF/MWh})$
 - 3 CHF/MWh si $\text{Prix effectif} \geq (\text{Prix de référence} + 15 \text{ CHF/MWh})$ ».

Le graphique et les explications présentées anticipaient ainsi aussi bien une baisse du prix de référence (prix du marché), reflétée par la première hypothèse de calcul, qu'une hausse, reflétée par la deuxième hypothèse de calcul. La décote devait ainsi évoluer à la hausse en cas de hausse des prix du marché, ou à la baisse en cas de baisse des prix du marché.

Lors de la séance, [...] a demandé à I._____ de lui expliquer « l'idée sur laquelle se base la décote du coût du risque pour les fournitures en Suisse ».

L'octroi d'une telle décote paraissait à l'époque justifié au regard de trois éléments.

Le premier élément était la réduction des coûts de fourniture d'énergie. En effet, l._____ n'aurait pas eu à rechercher de contrepartie pour fournir les quantités d'énergie prévues dans le contrat-cadre. l._____, en tant que gros producteur, dispose en effet d'une position « longue » naturelle. En d'autres termes, elle a trop d'énergie électrique à vendre par rapport aux engagements d'achat que ses contreparties ont conclus avec elle. La demanderesse et les autres actionnaires-distributeurs ont quant à eux une position « courte » naturelle. Autrement dit, ils ne disposent pas, en règle générale, de production propre en quantité suffisante pour leur permettre de couvrir l'intégralité de leurs besoins. La demanderesse ne produit par exemple qu'environ 25% de ses besoins en approvisionnement – à savoir la quantité d'énergie électrique à fournir à ses clients finaux – grâce à ses ouvrages de production propres (barrages sur le [...], usine d'incinération des déchets, centrales photovoltaïques), et acquiert le solde nécessaire à fournir ses clients auprès de producteurs ou de vendeurs d'énergie en gros. Un transfert à long terme d'énergie d'l._____ aux actionnaires-distributeurs permet ainsi de réduire les risques de part et d'autre.

Le deuxième élément avait trait au risque lié à la nature peu liquide du marché de l'électricité suisse en 2011. La commercialisation de quantités d'énergie importantes aurait eu pour effet une baisse des prix dumarché.

Le troisième élément concernait le risque de crédit, qui était limité en raison de la bonne solvabilité des actionnaires-distributeurs, garantie notamment par leur nature étatique (ou leur détention majoritaire par l'Etat).

II) Les actionnaires-distributeurs n'ont pas accepté l'offre telle qu'elle avait été formulée par l._____ le 30 novembre 2010. Le 9 décembre 2010, l._____ a adressé à [...] un courrier dans lequel elle informait cette dernière de ce qui suit :

« [...]

Les négociations concernant la fourniture d'énergie électrique aux actionnaires durant la période 2016 à 2020 ont permis, à ce jour, de trouver un accord sur les besoins nets d'approvisionnement à couvrir, sur la capacité nette de production d'I. _____ en Suisse et sur la structure contractuelle. Le point crucial en suspens est le niveau des prix. [...] ».

mm) Il ressort d'un tableau daté du 14 décembre 2010, intitulé « Modèles de livraison : Demande des actionnaires - Propositions I. _____ - Feedback actionnaires », que les actionnaires-distributeurs ont demandé à I. _____ qu'une décote fixe de 2 fr./MWh, en lieu et place d'une décote variable, leur soit accordée sur toutes leurs commandes d'énergie, en substance car il était difficile de convenir d'un prix de référence pour la détermination de la décote. I. _____ a accepté cette demande.

I. _____ a également accepté la demande des actionnaires-distributeurs consistant à leur permettre de commander librement, à chacune des dates de remise d'offres, soit un produit « *Peak* » hiver, soit un produit « *Peak* » été, soit un produit « *Off-Peak* » hiver, soit un produit « *Off-Peak* » été.

5. a) I. _____, en qualité de vendeuse d'électricité, et la demanderesse en qualité d'acheteuse sur le marché de gros, ont signé un document daté du 11 février 2011, intitulé « *Contrat-cadre "Approvisionnement 2016-2020"* » (ci-après : le contrat-cadre 2016-2020), dont des extraits sont reproduits ci-dessous :

« [...] »

b) Des contrats-cadres aux termes identiques ont été conclus avec les autres actionnaires-distributeurs.

c) Le document intitulé « *General Agreement concerning the Delivery and Acceptance of Electricity* » (Contrat-cadre concernant la livraison et l'acceptation d'électricité) du 25 janvier 2005, auquel il est fait

référence à l'article 2 du contrat-cadre 2016-2020, est un contrat-cadre rédigé par l' [...], utilisé par les acteurs du marché de l'électricité pour régler toutes les questions relatives à la fourniture d'énergie au niveau du commerce de gros. Les acteurs du marché de l'électricité se réfèrent à ce contrat-cadre en utilisant l'abréviation « contrat [...] ». Le contrat [...], qui est un modèle standard, a été adapté par la demanderesse et l. _____ - dont la raison sociale était alors [...] - au moyen d'un acte intitulé « *Election Sheet to the General Agreement* » (Fiche de précisions au contrat-cadre).

d) Le contrat-cadre 2016-2020 prévoit un mécanisme d'approvisionnement dit « *forward* », en ce sens que les commandes sont passées deux ou trois ans avant que la livraison ne soit effectuée. De même, la détermination du prix relatif à ces commandes est également effectuée avant la livraison, le prix étant toutefois payé mensuellement après la livraison.

e) Concernant la commande de quantités d'électricité et la confirmation de la commande, le contrat-cadre 2016-2020 prévoit le mécanisme suivant :

- (i) l. _____ soumet quatre fois par année (à une date fixée au préalable entre la société et les actionnaires-distributeurs, ou, à défaut d'accord à ce sujet, le dernier mercredi de chaque trimestre) par courriel à chaque actionnaire-distributeur une offre ferme à passer commande - pour de l'énergie provenant de ses propres centrales ou de celles d' [...] - indiquant notamment le type de produit offert, le prix en EUR/MWh, le taux de change CHF/EUR sur le « *spot* » et le différentiel du cours à terme, la décote de 2 fr./MWh, le prix final en fr./MWh et les quantités qui peuvent être commandées (en MWh) ;
- (ii) Lors du jour de soumission de l'offre, l. _____ remet d'abord une offre indicative à 9 heures, puis l'offre ferme à 11 heures, chaque actionnaire-distributeur disposant

alors d'une fenêtre de 15 minutes pour passer sa commande, étant précisé qu'il n'a aucune obligation contractuelle de passer commande, et qu'il peut dès lors décliner l'offre d'I. _____ ;

- (iii) En cas d'acceptation de l'offre, l'actionnaire-distributeur envoie à I. _____ une commande par courriel, en reprenant le contenu de l'offre et en ajoutant la puissance pour chaque produit commandé ;
- (iv) Si une commande est passée, I. _____ en accuse réception puis adresse à l'actionnaire-distributeur concerné une confirmation indiquant en particulier le volume total commandé (en MWh), le prix par MWh, le prix total de la commande et la période de livraison, étant précisé que la décote est prise directement en compte dans la confirmation, qui indique ainsi le prix, déduction faite de la décote.

f) L'acceptation de l'offre mène à la conclusion d'un contrat individuel de fourniture d'énergie, dont l'exécution est régie par les dispositions du contrat [...]. Le contrat [...] conclu entre la demanderesse et I. _____ prévoit à cet égard que la demanderesse a l'obligation de payer le prix de l'énergie commandée suivant la livraison de l'électricité commandée au plus tard à la dernière date entre (a) le vingtième jour du mois civil et, si ce jour n'est pas un jour ouvré, le premier jour suivant ou (b) le cinquième jour ouvré suivant la réception d'une facture.

g) La demanderesse, comme chaque actionnaire-distributeur, possède un portefeuille contenant sa production propre, soit les quantités d'énergie produites grâce à ses ouvrages (barrage hydraulique, production au fil de l'eau, centrale photovoltaïque, etc.), ainsi que les quantités d'énergie achetées auprès de producteurs ou de vendeurs d'énergie électrique en gros, afin de faire face à ses obligations de fourniture vis-à-vis de ses propres clients. Le contrat-cadre 2016-2020 constitue une source d'approvisionnement de ce portefeuille, mais pas la seule. Il en est de même pour les autres actionnaires-distributeurs. En effet, les

actionnaires-distributeur ont également la possibilité de se fournir auprès d'autres producteurs d'énergie sur le marché suisse ou sur le marché européen (notamment le marché allemand). Ils peuvent par ailleurs s'approvisionner auprès d'I. _____ en dehors des contrats-cadres conclus avec celle-ci.

Pour la demanderesse, le contrat-cadre 2016-2020 est un instrument d'approvisionnement important permettant de réaliser des « *swaps géographiques* », à savoir une opération permettant de couvrir les besoins en énergie sur un marché voisin (par exemple le marché allemand), pour ensuite échanger cette énergie contre une quantité d'énergie équivalente sur le marché suisse dès qu'un volume correspondant est disponible. Cette méthode permet à la demanderesse de « rapatrier » de l'énergie en Suisse tout en gérant les limites de volumes et de prix définies dans son règlement interne. Plus particulièrement, le contrat-cadre 2016-2020 offre à la demanderesse la possibilité d'acheter de l'électricité livrée en Suisse en passant commande à I. _____ aux dates prévues tout en revendant ses positions achetées par le passé en Allemagne et ce afin de bénéficier d'énergie électrique en Suisse, en maîtrisant ses risques, et ainsi fournir ses clients conformément à ses obligations légales tout en réduisant ses coûts d'approvisionnement.

6. a) Pour calculer le prix « *correspondant aux conditions de marché au moment de l'offre* », I. _____ s'est basée sur la *Price Forward Curve* (ci-après : la PFC), à savoir une courbe de prix prévisionnelle préparée quotidiennement par les analystes d'I. _____ afin de tenir compte de l'évolution du marché. La PFC a pour objectif de refléter une vision, à un moment donné (par exemple à la clôture du marché), des prix du marché à une date future, à la maille horaire, calculée à partir des derniers prix du marché cotés des produits standards. La structure horaire des prix est interpolée sur la base du comportement passé du marché « *spot* ». Par définition, la PFC est un instrument qui représente, à un moment donné, la projection des prix horaires futurs. La construction du modèle mathématique permettant d'obtenir une PFC horaire nécessite des connaissances analytiques spécifiques et suppose de prendre en compte

des hypothèses (par exemple vision du marché ou saisonnalité) forcément subjectives. Par conséquent, les PFC horaires construites par les diverses sociétés de négoce ou fournisseurs d'électricité peuvent être très différentes entre elles. De surcroît, la PFC varie avec les prix des produits. Ainsi, le jour de l'offre, la PFC de la veille (clôture du marché) est actualisée par les analystes d'I. _____ sur la base des prix du « *Base* » annuel et du « *Peak* » annuel (cotés si disponibles ou selon la meilleure estimation du trader dans le cas contraire). Cette PFC permet alors à I. _____ de décomposer le prix de l'énergie en « *Peak* » hiver, « *Off-Peak* » hiver, « *Peak* » été et « *Off-Peak* » été. I. _____ dispose également d'une PFC FX, pour tenir compte des évolutions du taux de change, étant donné que ses offres sont soumises en francs suisses alors que le marché de base pour l'électricité est en euros.

b) Dans son mémorandum du 22 mars 2011, [...], membre du conseil d'administration de l'appelante et membre de la direction générale d' [...], a exposé ce qui suit :

« il est crucial pour [...] de s'engager à long terme pour la fourniture d'énergie à ses actionnaires-distributeurs suisses. (...) le contrat-cadre permet à [...] de dégager des gains économiques de différents ordres.

- La conclusion anticipée d'un contrat-cadre permet à [...] de s'abstenir de la recherche de contreparties pour la livraison de ces quantités d'énergie, et d'économiser les coûts liés à ce processus opérationnel.

- Le contrat-cadre prévoit une détermination du prix en référence au prix de marché. Il permet donc de s'affranchir du risque lié à la faible profondeur du marché suisse. En effet, la commercialisation de quantités importantes telles que prévues dans le contrat-cadre risquerait d'avoir un impact significatif à la baisse sur le prix de marché. Plus précisément, ce mode de calcul permet à [...] d'économiser le différentiel lié au *bid-ask spread* en Suisse. Compte tenu de la faible liquidité du marché suisse, ce différentiel est en effet sensiblement plus élevé que sur les marchés limitrophes (...).

- Les actionnaires-distributeurs d' [...] présentent un niveau de solvabilité particulièrement satisfaisant, puisqu'il s'agit dans leur intégralité de sociétés publiques ou semi-publiques. Ainsi, par rapport aux différentes contreparties du marché, le risque de crédit est inférieur à la moyenne, ce qui permet une économie de 0.35 CHF/MWh.

L'ensemble de ces gains a été évalué à 2 CHF/MWh, que traduit la décote prévue dans le contrat-cadre. »

7. a) I. _____ a fait appel au cabinet d'audit [...] et à l'étude d'avocats [...] pour valider les termes du contrat.

Dans son mémorandum du 29 mars 2011, [...] a indiqué que malgré la décote pour risque qui a été consentie, la direction d'I. _____ part du principe que (i) les conditions de prix correspondent aux prix du marché, et que (ii) en considération de la solvabilité accrue des distributeurs d'énergie suisses en tant que sociétés (semi-)publiques ainsi que de certains autres facteurs qui ne sont pas spécifiés, il en résulterait pour I. _____ un gain final qui se reflète dans la décote de prix. Il est également précisé que ce gain est notamment dû à la relativement faible liquidité du marché suisse de l'énergie, qui conduirait, en cas de vente d'une quantité si importante d'énergie sur le marché « *spot* » de l'énergie, à des réductions de prix considérables. Il est par ailleurs mentionné que la garantie de l'approvisionnement représente un des rôles principaux du Groupe [...] en Suisse, et que pour être perçue comme actrice principale dans l'exécution de ce mandat en Suisse, il est indispensable pour I. _____ de s'engager sur le long terme avec les actionnaires-distributeurs, en particulier car la perception du rôle d'I. _____ comme actrice principale dans le secteur de l'énergie suisse a une influence conséquente dans l'obtention de concessions pour le développement de nouvelles capacités de production nucléaires, thermiques ou hydrauliques ainsi que pour le maintien et la consolidation de sa position en vue des renouvellements imminents des concessions hydrauliques en Suisse.

Sur la base des documents remis par I. _____, [...] a remis au [...] le 13 avril 2011 une analyse dans laquelle elle a rappelé que la direction d'I. _____ considérait que l'octroi d'une décote était justifié au regard de trois éléments, à savoir la 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.

b) Par courrier du 2 mai 2011, l. _____ a fait état de ce qui suit à la demanderesse :

« [...]

Comme prévu, le contrat-cadre « Approvisionnement 2016-2020 » a de nouveau été présenté à notre Conseil d'Administration du 27 avril 2011. Les éclaircissements demandés par certains des administrateurs lors de la séance précédente du 17 mars 2011 ont été apportés.

Ces compléments d'information ayant donné satisfaction aux administrateurs, le contrat-cadre « Approvisionnement 2016-2020 » a été approuvé, sous réserve de l'accord des acheteurs concernant un point relatif aux aspects fiscaux. En effet, [...] ayant constaté l'existence d'un faible risque fiscal, le Conseil d'Administration a décidé d'ajouter la disposition suivante, visant à ce que les acheteurs reprennent ce risque à des conditions financières néanmoins neutres pour eux. [...] ».

Les actionnaires-distributeurs ont accepté la proposition d'l. _____.

8. a) Depuis la conclusion du contrat-cadre 2016-2020, les prix de l'énergie électrique ont chuté. Cette chute constante des prix est le résultat (i) d'un subventionnement massif des énergies renouvelables en Allemagne, (ii) d'une baisse généralisée de la demande en énergie, (iii) de la remise en marche des centrales à charbon à la suite de la baisse des prix du charbon et (iv) des prix bas du gaz carbonique.

b) Il ressort de pièces produites en première instance par la défenderesse (i) qu'en 2010 et 2011, les prix du marché de l'électricité de gros étaient supérieurs aux coûts de production bruts d'l. _____, ainsi qu'à ses coûts de production réels (qui incluent des coûts supplémentaires aux coûts de production bruts, tels que les coûts du capital externe et interne, les salaires ou les frais administratifs), (ii) qu'en 2012, les prix du marché étaient supérieurs aux coûts de production bruts d'l. _____, mais inférieurs à ses coûts de production réels, et (iii) que de 2013 à 2016, les

prix du marché étaient inférieurs aussi bien aux coûts de production bruts d'I. _____ qu'à ses coûts de production réels.

9. a) Dans le cadre de l'exécution du contrat-cadre 2016-2020, I. _____ a remis à la demanderesse sept offres fermes à un prix incluant la décote de 2 fr./MWh les 21 mars, 19 juin, 18 septembre et 13 novembre 2013, ainsi que les 26 mars, 25 juin et 9 septembre 2014.

La demanderesse n'a pas donné suite aux offres des 19 juin et 18 septembre 2013. Elle a par contre passé commande les 21 mars et 13 novembre 2013, ainsi que les 26 mars, 25 juin et 9 septembre 2014, pour une livraison d'électricité en 2016 et 2017. Lors de ces commandes, le prix n'a pas été négocié. La demanderesse a commandé de l'énergie provenant des aménagements d'I. _____ en Suisse, ainsi que de contrats long terme entre I. _____ et [...].

b) A partir de l'automne 2014, I. _____ a communiqué aux actionnaires-distributeurs, dont la demanderesse, des doutes quant à la validité de la décote prévue dans le contrat-cadre 2016-2020. Selon l'opinion exprimée par I. _____, dans la mesure où la demanderesse est indirectement son actionnaire, le mécanisme de la décote violerait l'interdiction de restitution des versements aux actionnaires et constituerait un dividende caché.

c) Le 5 novembre 2014, I. _____ a adressé à la demanderesse un courrier comportant les lignes suivantes :

« [...]

I. _____ est confrontée à une problématique double. Le premier problème est lié à la décote dont l'effet s'est fortement accru en raison des prix de marché actuellement bas. [...]

Conformément à la nouvelle stratégie, I. _____ propose de remplacer les contrats existants par des contrats long terme avec

des quantités fermes à des conditions assurant la couverture des coûts et une stabilité plus grande des prix.

Pour éviter que, pendant la période de négociation, de nouvelles transactions soient conclues avec la décote mentionnée ci-dessus, nous souhaitons déplacer la date de remise d'offre du 4^{ème} trimestre 2014 (en principe le 26 novembre 2014) au 1^{er} trimestre 2015 (en principe le 25 mars 2015). [...] ».

Par courrier du 18 novembre 2014, la demanderesse a répondu ce qui suit à I. _____ :

« [...]

Après analyse auprès de nos experts métiers en interne, nous imaginons votre position au sujet de ce contrat long terme, mais ne souhaitons pas entrer en matière et vous demandons de maintenir nos contrats selon les conditions actuelles.

Toutefois, nous restons ouverts à une discussion de façon coordonnée avec les autres partenaires d' [...].

[...] ».

Le 26 novembre 2014, I. _____ a informé la demanderesse de ce qui suit :

« [...], six actionnaires ont accepté de reporter la date de la remise d'une offre Appro16 et quatre d'entre eux ont refusé. Afin d'assurer l'égalité de traitement entre les dix actionnaires distributeurs suisses, **I. _____ remettra une offre le mercredi 26 novembre 2014.**

I. _____ souhaite néanmoins solliciter des avis formels pour vérifier (a) si les termes du contrat demeurent contraignants et obligatoires pour I. _____ à ce jour, au regard des changements de circonstances (conditions du marché modifiées et développement économique et sain d'I. _____ modifié), et (b) si la décote est licite ou non au regard de la loi suisse.

Notre intention est de donner à une société d'audit ainsi qu'à un bureau d'avocats le mandat de réaliser une étude sur les deux points mentionnés ci-dessus. [...] ».

d) Comme elle l'avait indiqué dans son courrier du 26 novembre 2014, I._____ a remis le même jour aux actionnaires-distributeurs une offre ferme avec un prix ne comprenant pas la décote, en précisant que *« cette offre est valable uniquement dans le cas où l'analyse du contrat Appro 2016 - 2020 conclut que ce contrat est encore contraignant pour I._____ »*, et que *« [c]omme déjà mentionné dans la lettre envoyée, l'offre « ferme » est remise provisoirement (jusqu'à ce que l'expertise clarifie si l'octroi de la décote est licite ou pas) sans garantie d'accorder le rabais de 2.00 CHF/MWh »*.

La demanderesse n'a pas donné suite à cette offre, étant précisé qu'elle avait déjà commandé la totalité du volume possible selon le contrat-cadre 2016-2020 pour l'année 2016, en utilisant deux tirs en 2013 et deux tirs en 2014, ainsi que la moitié du volume disponible pour 2017.

e) Conformément à ce qu'elle avait annoncé, I._____ a mandaté des experts indépendants pour qu'ils se prononcent sur la validité de la décote octroyée aux actionnaires-distributeurs. Dans ce cadre, trois expertises juridiques et une expertise économique ont été réalisées. I._____ a fait parvenir à la demanderesse les expertises juridiques par courrier du 17 février 2015 et l'expertise économique par courriel du 26 février 2015. En substance, les expertises juridiques privées commandées par I._____ concluent au caractère illicite de la décote. Il ressort par ailleurs de l'expertise économique datée du 9 janvier 2015 réalisée par [...] que la situation financière d'I._____ s'est fortement détériorée depuis 2011, en raison de la baisse des prix de l'électricité qui a touché l'ensemble du marché de l'électricité. Selon cette analyse, *« [s]i l'on intègre le prix total (y compris overhead costs, external and internal financing costs, PPA and other IFRS retreatments), les coûts de production d'I._____ excèdent le prix actuel de l'électricité en Suisse »*.

[...] a procédé à l'analyse des trois éléments au regard desquels l'octroi de la décote paraissait justifié au moment de la conclusion du contrat-cadre 2016-2020.

aa) [...] a considéré que le premier élément, à savoir la réduction des coûts de fourniture d'énergie, n'était plus valable dans la mesure où le marché suisse était devenu plus profond et plus liquide depuis 2010. Plus particulièrement, elle a relevé ce qui suit :

« [...] Le volume des transactions a augmenté d'un facteur 5.57x entre 2009 et 2010, passant de 1.84 TWh en 2009 à 10.25 TWh en 2010. Entre 2010 et 2012 (10.62 TWh), les volumes annuels de transactions sont restés constants. Après 2012, le processus s'est à nouveau accéléré : les volumes de transactions ont augmenté de 10.62 TWh (2012) à 25.08 TWh (2014). Ils ont ainsi plus que doublé au cours des deux dernières années. [...]

Le bid-ask spread sur le forward à un an a été irrégulier au cours des années 2007 à 2010 : Il évoluait entre CHF 0 et CHF 11 (en moyenne autour de CHF 1.77) et se situait donc souvent au-dessus de CHF 2 durant la période en question. Depuis 2011, il a baissé et se situe principalement entre CHF 0 et CHF 2, avec une moyenne de CHF 0.35 [...]. Sur la base des données qui nous ont été fournies par l._____, le bid-ask spread était supérieur à CHF 2 pendant 36% des heures de négoce entre 2007 et 2010, ce qui dans la période 2011-2014 n'était le cas que pendant 1% des heures de négoce (7 jours) [...] ».

Le « *bid-ask spread* » correspond à l'écart de valeur entre le prix que les acquéreurs d'énergie sont prêts à payer pour acquérir de l'énergie (prix de la demande) et le prix de l'énergie auquel les vendeurs d'énergie sont prêts à vendre leur énergie (prix de l'offre). Le prix de l'offre est systématiquement supérieur au prix de la demande et la différence entre ces deux prix constitue le « *bid-ask spread* ». Plus celui-ci est petit, plus le marché est considéré comme liquide.

bb) Concernant le deuxième élément, à savoir l'élimination du risque lié au marché de la vente d'électricité en Suisse, [...] a relevé qu' « [e]n plus de l'argument précédent, selon lequel le marché suisse de l'énergie est devenu plus transparent et plus liquide [...], il est à mentionner qu'l._____ peut à tout moment vendre sa production sur le

marché allemand, si le marché suisse ne présente pas une liquidité suffisante », et qu' « [a]ujourd'hui, les marchés européens de l'énergie se sont rapprochés et I._____ jouit d'un bon accès aux marchés des pays voisins ».

cc) Au sujet du troisième élément, soit la bonne solvabilité des actionnaires-distributeurs, [...] a indiqué qu'il était peu courant d'octroyer une décote à des clients disposant d'une meilleure solvabilité, le risque lié à la solvabilité d'un partenaire étant plus fréquemment couvert par des garanties ou des limites d'engagements en montants et en volumes.

dd) Sur la base de ces constats, [...] a considéré que les trois éléments précités avaient perdu de l'importance au fil du temps, qu'au jour de l'expertise le contrat-cadre 2016-2020 n'offrait plus de prime adéquate pour I._____, et que pour les années 2013 et 2014, aucun acteur du marché (I._____ compris) n'offrirait un tel contrat à un tiers. [...] est ainsi arrivée à la conclusion qu'il existait, du point de vue économique, une disproportion évidente et identifiable et que selon les données fournies par I._____, si celle-ci continuait à accorder une décote sans recevoir de prime d'option adéquate, ladite décote contreviendrait à l'objectif de développement économique pérenne et profitable fixé dans les contrats de 2011.

f) Le 19 mars 2015, I._____ a proposé aux actionnaires-distributeurs de reporter la remise d'offre prévue le 25 mars 2015, afin de permettre aux intéressés de trouver une solution concernant la question de la décote.

La demanderesse et d'autres actionnaires-distributeurs ayant refusé ce report, I._____ a remis aux actionnaires-distributeurs le 25 mars 2015 une offre ferme avec un prix ne comprenant pas la décote. La demanderesse n'a pas donné suite à cette offre.

g) La demanderesse s'est également adressée à des experts indépendants s'agissant de la question de la validité de la décote. Le 11

juin 2015, elle a remis à I._____ une expertise juridique et une expertise économique, établies sur mandat de la demanderesse et d'autres actionnaires-distributeurs, concluant en substance à la validité de la décote.

L'expertise économique privée datée du 12 mai 2015 a été réalisée par [...]. Elle consiste principalement en une critique de l'analyse de [...] s'agissant des trois éléments au regard desquels l'octroi de la décote paraissait justifié au moment de la conclusion du contrat-cadre 2016-2020. Concernant le premier élément, à savoir la réduction des coûts de fourniture d'énergie, [...] a en particulier relevé que le marché suisse pouvait toujours être considéré comme semi-liquide peu transparent et peu efficient. S'agissant du deuxième élément, à savoir l'élimination du risque lié au marché de la vente d'électricité en Suisse, elle a expliqué que « [l]e rapprochement des marchés permet la commercialisation de la production d'I._____ en Allemagne, toutefois à des prix moins élevés, ce qui en contrecoût annule cette même option de commercialisation ». A propos du troisième élément, soit la bonne solvabilité des actionnaires-distributeurs, elle a souligné que « [l]a situation et l'évolution actuelle sur le marché trading allemand va à l'encontre de l'affirmation [selon laquelle] la bonne solvabilité des actionnaires est peu importante », et qu' « [a]u vu de la situation actuelle du marché, il est important d'un point de vue de gestion des risques d'avoir accès à des partenaires d'excellente solvabilité en Suisse ».

Selon [...], (i) l'analyse de la liquidité du marché réalisée par [...] ne se baserait que sur un paramètre (le « *bid-ask spread* »), et un produit (le « CAL Base »), alors qu'il conviendrait de se fonder comme elle sur plusieurs paramètres et produits, (ii) [...] n'aurait pas analysé les options alternatives d'action, contrairement à elle, et (iii) les conclusions de [...] ne seraient pas motivées, alors que les siennes seraient basées sur des options d'action évaluées avec une analyse des implications pour toutes les parties. [...] a par ailleurs soutenu que la flexibilité de livraison accordée par I._____ à la demanderesse était assez courante sur les marchés en transition.

Dans son expertise économique, [...] est arrivée à la conclusion que le contrat-cadre 2016-2020 devait être considéré comme un élément clé d'une stratégie de commercialisation de la production d'I._____, minimisant les risques du marché et de crédit dans un marché semi-liquide et inefficace. Selon cette expertise, l'état du marché suisse en 2015 laisserait peu de place à la gestion de la production et de la vente d'énergie. S'agissant de la décote, [...] a relevé que la raison d'être formulée dans le préambule du contrat-cadre 2016-2020 « *forme [...] de façon claire le fondement de la décote, à savoir la couverture des volumes à long terme des deux parties contractantes et ainsi la minimisation du risque* ». Il résulte en outre de l'expertise que dans le contexte d'une couverture à long terme de la production aux prix du marché suisse et une minimisation des risques, la décote serait justifiée. Pour [...], la décote de 2 fr./MWh était toujours justifiée en 2013 et en 2014.

Contrairement à ce que sous-entend l'expertise de [...], l'expertise réalisée par [...] ne discute pas la possibilité pour I._____ de vendre physiquement sa production sur le marché allemand, perdant au passage le différentiel de prix entre le marché allemand et le marché suisse. L'expertise de [...] discute en réalité la possibilité pour I._____ d'utiliser l'Allemagne comme couverture de substitution à terme (« *proxy hedge* »). En d'autres termes, les marchés de vente à terme suisse et allemand étant corrélés, les acteurs suisses utilisent régulièrement le marché allemand, plus liquide que le marché suisse, à des fins de couverture temporaire (« *hedging* »). Selon ce principe, si la demande devait être momentanément plus faible sur le marché suisse, I._____ pourrait (provisoirement) vendre son énergie en Allemagne, dans l'attente qu'une possibilité de vente à un acheteur se présente en Suisse. Une fois ce produit devenu liquide en Suisse, les positions préalablement vendues en Allemagne seraient ensuite rachetées et vendues simultanément en Suisse.

h) Les actionnaires-distributeurs alémaniques n'ont remis aucune expertise en rapport avec la licéité de la décote.

i) Selon le souhait des actionnaires-distributeurs, la remise d'offre prévue le 25 juin 2015 a été reportée.

j) Dès le mois de septembre 2015, des négociations ont été entamées entre I. _____ et les actionnaires-distributeurs, dans l'espoir de trouver un compromis.

Un accord a été trouvé entre les autres actionnaires-distributeurs et I. _____, mais pas entre cette dernière et la demanderesse.

k) Par la suite, I. _____ a cessé de remettre à la demanderesse des offres pour la fourniture d'énergie.

10. Pour pallier au manque causé par la cessation d'I. _____ d'approvisionner la demanderesse en énergie sur la base du contrat-cadre 2016-2020, la demanderesse a dû effectuer des transactions de remplacement, qui consistent à acquérir de l'énergie électrique sur le marché de gros à d'autres contreparties. Ces transactions ont été effectuées aux moments qui semblaient les plus opportuns pour la demanderesse, en fonction de l'évolution des prix du marché et des disponibilités des quantités requises d'énergie sur les marchés allemand et suisse. Autrement dit, la demanderesse a cherché à minimiser autant que possible son dommage.

11. a) Dans une expertise complémentaire datée du 23 mai 2017, [...] s'est prononcée sur la question du dommage subi par la demanderesse suite au refus d'I. _____ d'approvisionner la demanderesse en énergie sur la base du contrat-cadre 2016-2020. Il ressort notamment de cette expertise que la fourniture de produits « *Peak* » et « *Off-Peak* » était importante pour la demanderesse. Selon les conclusions de [...], le dommage total subi par la demanderesse serait de 7'459'273 francs.

b) Les premiers juges ont relevé que le calcul des volumes d'énergie que la demanderesse aurait eu le droit de commander selon le contrat-cadre d'approvisionnement 2016-2020 effectué par [...] était erroné, dès lors que cet expert (privé) avait utilisé les tables 7.2 et 7.5 dudit contrat, au lieu des tables 7.3, 7.4, 7.6 et 7.7. Le dommage total subi par la demanderesse auquel aurait dû arriver l'expertise était dès lors de 7'446'094 fr. et non de 7'459'273 fr., à savoir (i) aucun dommage concernant les commandes passées en 2013 pour une livraison en 2016 et celles passées ou qui auraient dû être passées en 2014 pour une livraison en 2016 et 2017, (ii) un dommage de 2'207'664 fr. s'agissant des commandes qui auraient dû être passées en 2015 pour une livraison en 2017 et 2018, (iii) un dommage de 2'140'870 fr. pour les commandes qui auraient dû être passées en 2016 pour une livraison en 2018 et 2019, (iv) un dommage de 2'065'968 fr. concernant les commandes qui auraient dû être passées en 2017 pour une livraison en 2019 et 2020 et enfin (v) un dommage de 1'031'592 fr. s'agissant des commandes qui auraient dû être passées en 2018 pour une livraison en 2020.

12. Dès le mois de janvier 2016, l._____ a commencé à livrer à la demanderesse les premières quantités d'énergie commandées pendant les années 2013 et 2014.

a) Le 22 février 2016, l._____ a adressé à la demanderesse deux factures relatives à l'énergie livrée en janvier 2016, à savoir une facture référencée CH 11662 tenant compte de la décote de 2 fr./MWh, et une facture référencée CH 11663, correspondant au montant de la décote.

La demanderesse a réglé la facture référencée CH 11662, mais ne s'est pas acquittée de la facture référencée CH 11663 d'un montant de 230'376 fr. 95.

Par courrier du 29 février 2016, la demanderesse a informé l._____ qu'elle refusait de payer la facture relative au montant de la décote pour la livraison d'énergie facturée le 22 février 2016, mais

également pour toute livraison future d'énergie en exécution du contrat-cadre 2016-2020.

Par courrier du 11 mars 2016, I. _____ a à nouveau contesté la validité de la décote et a mis en demeure la demanderesse de payer immédiatement la facture référencée CH 11663.

Entre le 11 mars et le 13 juillet 2016, I. _____ a adressé à la demanderesse plusieurs factures relatives à l'énergie livrée entre février et juin 2016. La demanderesse a réglé les factures référencées CH 11702, CH 11730, CH 11785, CH 11838 et CH 11876 tenant compte de la décote de 2 fr./MWh, mais ne s'est pas acquittée des factures référencées CH 11703, CH 11731, CH 11786, CH 11839 et CH 11877 portant sur des montants respectifs de 217'831 fr. 70, 233'537 fr. 05, 182'969 fr. 30, 189'527 fr. 05 et 184'498 fr. 55 correspondant au montant de la décote.

b) Consécutivement au transfert de patrimoine intervenu entre la défenderesse et I. _____, selon contrat du 16 juin 2016, la première s'est substituée à la seconde dans l'exécution du contrat-cadre 2016-2020.

c) Par courrier du 12 août 2016, la défenderesse a adressé à la demanderesse deux factures relatives à l'énergie livrée en juillet 2016, à savoir une facture référencée 0074910 tenant compte de la décote de 2 fr./MWh et une facture référencée 0074911 correspondant au montant de la décote, en précisant ce qui suit :

« [...]

Comme indiqué dans nos précédents courriers, le contrat-cadre « Approvisionnement 2016-2020 » ainsi que les contrats de trading (tels que le Contrat-cadre [...]I. _____ du 25 janvier 2005 et les contrats individuels [...] y relatifs) ont été valablement transférés d'I. _____ à E. _____ le 22 juin 2016. A la suite de ce transfert, il appartient dès lors à E. _____ (et non plus à I. _____) de facturer

les livraisons aux W._____, et ce à compter du mois de juillet 2016 ».

Etant donné que la demanderesse a indiqué à l._____ qu'elle s'opposait au transfert du contrat-cadre 2016-2020, celle-ci a accepté que les paiements de la demanderesse soient effectués provisoirement en ses mains. Les factures référencées 0074910 et 0074911 ont ainsi été annulées et remplacées par de nouvelles factures émises au nom d'l._____.

La demanderesse a réglé la facture référencée CH 11944 (anciennement numérotée 0074910), mais ne s'est pas acquittée de la facture référencée CH 11945 (anciennement numérotée 0074911) d'un montant de 187'997 fr. 75.

Entre le 13 septembre 2016 et le 12 janvier 2018, la défenderesse a adressé à la demanderesse plusieurs factures relatives à l'énergie livrée entre août 2016 et décembre 2017. La demanderesse a réglé les factures référencées CH 11956, CH 11995, CH 12045, CH 12067, CH 12103, CH 12137, CH 12151, CH 12169, CH 12188, CH 12205, CH 12236, CH 12254, CH 12267, CH 12283, 86054, 86727 et 87611 tenant compte de la décote de 2 fr./MWh, mais ne s'est pas acquittée des factures référencées CH 11957, CH 11996, CH 12044, CH 12068, CH 12104, CH 12138, CH 12152, CH 12170, CH 12189, CH 12206, CH 12235, CH 12253, CH 12266, CH 12282, 86055, 86728 et 87612 portant sur des montants respectifs de 191'056 fr. 30, 184'498 fr. 55, 230'638 fr. 30, 225'815 fr. 05, 232'087 fr. 70, 114'877 fr. 45, 103'887 fr. 35, 115'737 fr. 10, 94'348 fr. 80, 99'429 fr. 10, 96'007 fr. 70, 97'770 fr. 25, 99'429 fr. 10, 95'178 fr. 25, 115'002 fr. 70, 111'870 fr. 70 et 113'892 fr. 50 correspondant au montant de la décote.

13. **a)** Le 26 septembre 2016, la demanderesse, au bénéfice d'une autorisation de procéder délivrée le 25 mars 2016, a déposé une demande en paiement à l'encontre de la défenderesse et d'l._____, en concluant en substance à ce qu'il soit notamment constaté que le « contrat-cadre

approvisionnement 2016-2020 » du 11 février 2011 est valable juridiquement et qu'il ne constitue pas une violation de l'art. 678 al. 2 CO (2) et que la demanderesse ne soit pas débitrice des montants de 230'367 fr. 95, 217'831 fr. 70, 233'537 fr. 05, 182'969 fr. 30, 189'527 fr. 05, 184'498 fr. 55, 187'997 fr. 75 et 191'056 fr. 30 figurant sur les factures adressées par la défenderesse entre le 22 février et 13 septembre 2016 (3 à 10) et des montants figurant dans les futures factures qui lui seront adressées par la défenderesse (11) et à ce que celle-ci soit condamnée à lui verser un montant de 3'303'024 fr., plus intérêts à 5% l'an dès le 31 décembre 2017 (12).

La défenderesse et I. _____ ont déposé une réponse et demande reconventionnelle le 6 mars 2017, en concluant en substance à ce qu'il soit notamment constaté que les articles A 5.6 et A 5.7 de l'annexe 5 au « contrat-cadre approvisionnement 2016-2020 » du 11 février 2011 violent l'art. 678 al. 2 CO en tant qu'ils prévoient une décote de 2 fr./MWh, et à ce que la demanderesse soit condamnée à lui payer divers montants figurant sur les factures qui lui ont été adressées entre le 22 février 2016 et le 28 février 2017.

La demanderesse a déposé une réplique et réponse sur demande reconventionnelle le 29 mai 2017, dans laquelle elle a pris sept nouvelles conclusions relatives au paiement de nouvelles factures.

Le 16 août 2017, la défenderesse a déposé une duplique et réplique sur demande reconventionnelle.

Par duplique sur demande reconventionnelle du 20 octobre 2017, la demanderesse a pris six nouvelles conclusions relatives au paiement de nouvelles factures.

Le 22 février 2018, la défenderesse s'est déterminée sur la duplique sur demande reconventionnelle du 20 octobre 2017 et a déposé de nouveaux allégués en lien avec de nouvelles livraisons et facturations. Elle a pris six nouvelles conclusions concernant des factures postérieures

au dépôt de son écriture du 16 août 2017, deux nouvelles conclusions en lien avec les expertises judiciaires sollicitées par les parties, et a retiré d'autres conclusions.

La demanderesse s'est déterminée le 8 mars 2018.

b) L'audience d'instruction et de premières plaidoiries s'est tenue le 8 mars 2018 en présence des parties et de leurs conseils.

c) Le 13 mars 2018, le Juge délégué de la Chambre patrimoniale cantonale a pris acte du désistement d'action de la demanderesse concernant l'action dirigée contre I. _____ pour avoir les effets d'une décision entrée en force et a rayé la cause du rôle s'agissant d'I. _____ sans frais ni dépens.

d) Par courriers du 16 avril 2018, les parties ont communiqué aux premiers juges une déclaration commune par le biais de laquelle celles-ci sont convenues de ce qui suit :

« 1. Sous réserve de la précision au point 2 ci-dessous, les Parties acceptent la méthodologie et le calcul du dommage tel qu'effectué par [...] dans son expertise.

2. Les Parties conviennent que les volumes à prendre en considération pour le calcul sont ceux découlant des tables 7.3, 7.4 ainsi que 7.6 et 7.7 du Contrat-cadre, et non les tables 7.2 et 7.5, de telle sorte que le montant total du dommage subi par W. _____ s'élève à CHF 7'446'093 [*sic*], et non à CHF 7'459'273.

3. Sans préjudice de ce qui précède, il est ici rappelé que E. _____ conteste la validité de la décote et donc toute prétention de la part W. _____.

De la même manière, sans préjudice de ce qui précède, E. _____ précise que l'acceptation de l'expertise de [...] selon le point 1 ci-dessus n'emporte pas acceptation du fait que le marché suisse de l'électricité ne serait pas liquide ou que des opérations de *proxy hedging* étaient nécessaires. Dès lors, et nonobstant les indications contenues dans le rapport de [...], E. _____ pourra invoquer les caractéristiques du marché suisse de l'électricité pour faire valoir

ses arguments juridiques en lien avec la validité de la décote (analyse des conditions de l'article 678 al. 2 CO).

Il est en revanche admis que si le principe de la validité de la décote est retenu par le Tribunal, la réserve faite par E._____ au sujet de la liquidité du marché de l'électricité ou du caractère non-nécessaire des opérations de *proxy hedging* serait sans incidence sur la question du calcul du dommage. Ainsi si le Tribunal devait retenir que la décote est juridiquement valable et qu'un dédommagement est dû à la demanderesse, le montant de ce dommage mentionné au point 2) ci-dessus (CHF 7'446'093 [*sic*]) serait alors considéré comme établi à satisfaction de droit. [...] s'engage à ne pas le remettre en cause, notamment en cherchant à le contester en utilisant des arguments relatifs à la liquidité/illiquidité du marché suisse et/ou de la nécessité ou non d'effectuer des opérations de *proxy hedging* pour W._____.

4. Sur la base des éléments qui précèdent, W._____ renoncent à l'expertise judiciaire sollicitée aux fins de la détermination du dommage.

5. Pour le surplus, les expertises soumises de part et d'autre par les parties en tant qu'elles concernent la validité de la décote sont maintenus par celle des parties qui les a produites et contestées par l'autre. ».

A cette occasion, la demanderesse a modifié ses conclusions relatives au dommage qu'elle prétend avoir subi.

e) Une ordonnance de preuves a été rendue le 20 juillet 2018. Conformément au chiffre VI du dispositif de celle-ci, le juge délégué de la Chambre patrimoniale cantonale a refusé d'ordonner l'expertise requise par la défenderesse à la conclusion n° 4 de ses déterminations sur les allégués de la duplique sur demande reconventionnelle du 22 février 2018, aux motifs que cette requête - intervenue après la clôture de la phase de l'allégation - était tardive et que l'expertise requise ne portait pas sur l'examen de points de fait mais sur une question juridique.

f) Les auditions des représentants des parties et de deux témoins se sont tenues les 14 novembre et 12 décembre 2018. Les déclarations du témoin [...], employé par la défenderesse depuis 2003, et du témoin [...], employé par la défenderesse depuis 2010, n'ont été retenues par les premiers juges que dans la mesure où elles n'étaient pas contredites par d'autres éléments du dossier. Les déclarations des parties n'ont quant à elles été retenues que lorsqu'elles étaient corroborées par d'autres éléments probants.

g) Le 20 juin 2019, la demanderesse a déposé des notes de plaidoiries écrites, au pied desquelles elle a pris les conclusions suivantes :

[...]

La défenderesse a également déposé un mémoire écrit le 20 juin 2019, en tête duquel elle a pris les conclusions qui suivent :

[...]

h) Les parties ont été convoquées à l'audience de plaidoiries finales et de jugement qui s'est tenue le 10 juillet 2019.

En droit :

1.

1.1 L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC) au sens de l'art. 236 CPC, dans les causes patrimoniales dont la valeur litigieuse au dernier état des conclusions devant l'autorité précédente est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC). Ecrit et motivé, il doit être introduit dans les trente jours à compter de la notification de la décision motivée ou de la notification postérieure de la motivation (art. 311 al. 1 CPC).

1.2 Formé en temps utile par une partie qui y a un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC) et portant sur des conclusions supérieures à 10'000 fr., l'appel est recevable.

2.

2.1 L'appel peut être formé pour violation du droit ou pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge, et doit le cas échéant appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC. Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance et vérifie si le premier juge pouvait admettre les faits qu'il a retenus (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1 ; TF 4A_238/2015 du 22 septembre 2015 consid. 2.2).

2.2 Selon l'art. 311 al. 1 CPC, l'appel doit être motivé, soit démontrer le caractère erroné de la motivation attaquée. L'appelant doit expliquer en quoi son argumentation peut influencer sur la solution retenue par les premiers juges (TF4A_607/2019 du 22 avril 2020 consid. 4.5 ; TF 4A_474/2013 du 10 mars 2014 consid. 3.1 ; TF 5A_438/2012 du 27 août 2012 consid. 2.2, in RSPC 2013 p. 29 ; TF 4A_659/2011 du 7 décembre 2011 consid. 3 et 4, in SJ 2012 I 131). La motivation doit être suffisamment explicite pour que l'instance d'appel puisse la comprendre aisément, ce qui suppose une désignation précise des passages de la décision que l'appelant attaque et des pièces du dossier sur lesquelles repose sa critique (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1 ; TF 4A_610/2018 du 29 août 2019 consid. 5.2.2.1 ; TF 5A_396/2013 du 26 février 2014 consid. 5.3.1). Si la motivation de l'appel ne contient que des critiques toutes générales et superficielles de la décision attaquée, elle ne satisfait pas aux exigences de l'art. 311 al. 1 CPC et l'instance d'appel ne peut entrer en matière (TF 4A_218/2017 du 14 juillet 2017 consid. 3.1.2). A défaut de motivation suffisante, l'appel est irrecevable (TF 4A_610/2018 précité ; TF 5A_209/2014 du 2 septembre 2014 consid. 4.2.1 ; TF 4A_101/2014 du 26 juin 2014 consid. 3.3).

3.

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).

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

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 n^{os} 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.

4.

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

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 permettraient 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.

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

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.

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

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.

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

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 Chenaux/Alexandre Gachet, *Commentaire romand*, CO II, 2^e 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, 5^e 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.

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 (Chenau/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 ; Chenau/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,

op. cit., n. 17ad 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 ; Chenaux/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'l. _____ 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

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'*a 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

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 apparait 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

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 prestation et contre-prestation 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

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

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

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

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 contrevient 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

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' [...].

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 contre-prestations 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

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'l._____.

Selon l'art. 58 let. b 5^e tiret LIFD, le bénéfice net imposable comprend les distributions ouvertes ou dissimulées de bénéfice 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

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,

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

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

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).

Par ces motifs,
la Cour d'appel civile
p r o n o n c e :

- I. L'appel est rejeté dans la mesure où il est recevable.
- II. Le jugement est confirmé.

III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 50'000 fr. (cinquante mille francs), sont mis à la charge de l'appelante E._____.

IV. L'appelante E._____ versera aux intimés W._____ la somme de 25'000 fr. (vingt-cinq mille francs) à titre de dépens de deuxième instance.

V. L'arrêt est exécutoire.

La présidente :

Le greffier :

Du

Le présent arrêt, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Mes Philippe Bärtsch et Sebastiano Nessi (pour E._____),
- Mes Daniel Tunik et Michael Fischer (pour W._____),

et communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- La Chambre patrimoniale cantonale.

La Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 francs.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral – RS 173.110), le cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la

contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Le greffier :