

## N° 447326 – Société Thévenin et Ducrot Distribution

9<sup>ème</sup> et 10<sup>ème</sup> chambres réunies

Séance du 5 février 2021

Lecture du 24 février 2021

### CONCLUSIONS

**Mme Céline Guibé, rapporteur public**

Le ministre chargé de l'énergie peut-il annuler les certificats d'économies d'énergie (CEE) d'une société qui les a acquis de bonne foi, au motif que leur premier détenteur les aurait obtenus par fraude ? Cette question, dont vous aviez réservé la réponse lors de l'examen de l'affaire *SAS Total Réunion* du 24 juillet 2019 (n° 428852, aux tables), vous est aujourd'hui soumise par la voie d'une demande d'avis du tribunal administratif de Dijon.

Vous vous rappelez que le dispositif des CEE, mis en place par la loi du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique, et qui constitue l'un des instruments majeurs de la politique de maîtrise de la demande énergétique en France, impose aux fournisseurs d'énergie de réaliser, pendant une période de référence, un montant minimal d'économies d'énergie déterminé en fonction de leurs volumes de vente. Plusieurs voies s'offrent à eux pour s'acquitter de cette obligation : ils peuvent inciter leurs clients à réaliser des travaux d'efficacité énergétique et obtenir en échange des CEE, déléguer leurs obligations à une structure tierce ou encore faire appel au marché afin d'y acheter des CEE auprès d'autres obligés ou de personnes éligibles à la délivrance des certificats à raison des actions d'économies d'énergies qu'elles réalisent.

La délivrance des CEE relève de la compétence du ministre chargé de l'énergie (art. L. 221-7 du code de l'énergie), et se matérialise par l'inscription des certificats sur un compte individuel ouvert au nom du demandeur dans le registre national des CEE. Ces certificats constituent, par ailleurs, en vertu de l'article L. 221-8 du code de l'énergie, des biens meubles négociables, les transactions dont ils font l'objet étant consignées dans le registre national.

A l'origine, les CEE étaient délivrés au vu d'un dossier comportant l'ensemble des pièces justificatives des opérations réalisées, tels que les devis et les factures des travaux réalisés. Afin d'accélérer et de simplifier la procédure dans un contexte de massification des demandes, un régime déclaratif a été mis en place en 2015<sup>1</sup>, accompagné d'un contrôle *ex post* de l'éligibilité des opérations réalisées et du respect du cadre réglementaire. Allié à la possibilité de revendre les CEE de gré à gré et à la croissance de leur valeur marchande au

---

<sup>1</sup> Conformément aux préconisations du rapport de la Cour des comptes sur les CEE du 16 octobre 2013. Cette réforme procédurale a été accompagnée d'une réforme législative afin, notamment, d'adapter en conséquence le régime de sanctions (loi n° 2015-992 du 17 août 2015, article 30).

rythme de celle des obligations d'économies imposées aux fournisseurs, cet allègement a favorisé le développement de la fraude, au point de justifier une intervention du législateur en 2019 pour renforcer les outils de lutte contre ce phénomène et rétablir une forme de contrôle *a priori*<sup>2</sup>.

Le dossier dont vous êtes saisis constitue l'illustration de cette dérive. A la suite d'un contrôle engagé en 2017, les agents de la direction générale de l'énergie et du climat ont constaté que la société Unergia avait obtenu de manière frauduleuse un volume de CEE d'une valeur de plus de 10 millions d'euros, les opérations d'économies d'énergie déclarées n'ayant jamais été réalisées. Par décisions du 15 juin 2018, le ministre a, en conséquence, prononcé des sanctions administratives à l'encontre de cette société et retiré les décisions par lesquelles il lui avait délivré les certificats concernés. La société Unergia ayant, dans l'intervalle, cédé la quasi-totalité de ces certificats, le ministre a annoncé aux 23 sociétés qui en avaient fait l'acquisition que ce retrait allait se traduire par la suppression des certificats en cause sur leurs propres comptes ouverts dans le registre national des CEE.

C'est l'infortune qu'a connue la société Thévenin et Ducrot Distribution, qui avait acheté en 2016 et 2017 des CEE d'une valeur de 1,257 millions d'euros à des sociétés les ayant elles-mêmes acquis auprès de la société Unergia. Elle a saisi le tribunal administratif de Dijon d'une demande d'annulation de la décision du ministre du 28 juin 2018 procédant au « retrait » de ses certificats<sup>3</sup>. Celui-ci, avant de statuer sur sa demande, a usé de la faculté offerte par l'article L. 113-1 du CJA pour vous poser deux questions. La première porte, nous l'avons dit, sur la possibilité pour l'administration de se fonder sur la fraude du premier détenteur pour retirer les CEE acquis de bonne foi par un autre opérateur. La seconde porte, en cas de réponse positive à la première, sur l'obligation pour l'administration d'apprécier l'opportunité de procéder ou non au retrait en fonction de la gravité de la fraude et des atteintes aux divers intérêts en présence.

Les conditions auxquelles est subordonnée la recevabilité d'une demande d'avis sont remplies. La question est nouvelle. Elle est susceptible de se poser dans de nombreux litiges, compte tenu du nombre significatif des fraudes à l'obtention de CEE au cours de la période récente et de la pratique retenue par l'autorité administrative d'annuler les certificats correspondants entre les mains de leurs derniers détenteurs. La question n'est en outre, pas évidente, comme nous allons le voir maintenant.

Le ministre a expressément fondé la décision contestée sur les dispositions de l'article L. 241-2 du CRPA, lequel a consacré au niveau législatif le principe général du droit reconnu de longue date par votre jurisprudence, selon lequel une décision administrative obtenue par fraude ne crée pas de droits au profit de son titulaire et peut être retirée à tout moment<sup>4</sup>. Dans ses observations devant vous, il précise que cette décision ne constitue pas, à proprement

---

<sup>2</sup> Loi n° 2019-1147 du 8 novembre 2019 relative à l'énergie et au climat, article 36. Voir le rapport de l'Assemblée nationale n° 2063 du 20 juin 2019 sur le projet de loi énergie et climat, tome II.

<sup>3</sup> Il a été jugé, dans la décision *SAS Total Réunion* précitée, que de telles décisions ne sont pas au nombre des décisions de sanction qui, en vertu de l'article R. 222-12 du code de l'énergie, peuvent être contestées devant le Conseil d'Etat statuant en premier ressort.

<sup>4</sup> Ass. 12 avril 1935 *Sarovitch* p. 520, Sect. 17 juin 1955 *Silberstein* p. 334 ; Sect., 29 novembre 2002, *Assistance publique – Hôpitaux de Marseille* ; Sec., 30 mars 2016 *Société Diversité TV France*, n° 395702, au rec.

parler, un retrait fondé sur l'article L. 241-2 du CRPA, mais qu'elle tire les conséquences légales de la décision du 15 juin 2018 procédant au retrait pour fraude de la décision initiale de délivrance des CEE au bénéfice de la société Unergia.

Pour répondre au tribunal, il vous faut d'abord déterminer si le ministre est en droit de procéder au retrait d'une décision délivrant des CEE obtenue par fraude, alors que le code de l'énergie comporte des dispositions spécifiques relatives aux conditions dans lesquelles sont sanctionnés les manquements à la réglementation relative aux CEE.

Quatre types de sanctions sont prévues par l'article L. 222-2 de ce code : le ministre peut prononcer une sanction pécuniaire à l'encontre de l'auteur du manquement, le priver de la possibilité d'obtenir des CEE, suspendre ou rejeter ses demandes de certificats et, selon le 3° de cet article, « *annuler des certificats d'économies d'énergie de l'intéressé, d'un volume égal à celui concerné par le manquement* ». Relevons qu'outre ces sanctions administratives, l'article L. 222-8 prévoit que le fait de se faire délivrer indûment, par quelque moyen frauduleux que ce soit, un certificat d'économies d'énergie est puni des peines prévues aux articles 441-6 et 441-10 du code pénal, et, pour les personnes morales, par celles de l'article 441-12 de ce code. Les peines encourues à ce titre correspondent à une amende de 30.000 euros, portée à 150.000 euros pour les personnes morales, ainsi que diverses peines complémentaires parmi lesquelles figure la confiscation du produit de la fraude.

Se pose ainsi la question de savoir si la loi spéciale de l'article L. 222-2 du code de l'énergie ne fait pas obstacle à l'application du principe général de droit rappelé par l'article L. 241-2 du CRPA. Vous ne pourrez trouver aucun éclaircissement sur ce point dans les travaux préparatoires des lois du 13 juillet 2005 et du 17 août 2015<sup>5</sup>, dont est issue la version de cet article applicable au litige. Mais il nous semble que la réponse peut être déduite de l'économie de ce texte.

Celle-ci exclut selon nous que le ministre puisse se fonder sur l'article L. 241-2 du CRPA pour procéder à l'annulation des certificats obtenus par fraude figurant sur le compte de l'auteur de l'infraction. D'abord parce que le ministre peut procéder à cette annulation en se fondant directement sur le 3° de l'article L. 222-2 du code de l'énergie, ce qui prive le détour par le terrain de la fraude de son utilité. Ensuite parce que le code de l'énergie entoure la sanction de garanties spécifiques au profit de l'intéressé. L'article L. 222-3 prévoit l'envoi d'une notification de griefs et la faculté pour l'intéressé de consulter le dossier et présenter ses observations, assisté, le cas échéant, par une personne de son choix. L'article L. 222-5 du code de l'énergie précise également que le ministre ne peut être saisi de faits remontant à plus de trois ans en l'absence d'acte tendant à leur recherche et leur constatation<sup>6</sup>. Or nous ne sommes pas convaincue que le législateur ait entendu permettre au ministre d'échapper à ces garanties procédurales et à la prescription en se plaçant sur le terrain de la fraude. L'utilisation de l'article L. 241-2 du CRPA alors que le 3° de l'article L. 222-2 serait applicable nous semble ainsi s'apparenter à un détournement de procédure.

---

<sup>5</sup> Loi n° 2015-992, article 30.

<sup>6</sup> Ce délai a été porté à 6 ans par la n° 2019-1147, ce qui couvre en pratique la durée de validité des CEE, laquelle ne peut excéder la fin de la période (triennale) suivant celle au cours de laquelle ils ont été délivrés aux termes du 7° de l'article L. 221-12 du code de l'énergie.

Vous pourriez certes estimer qu'une décision fondée sur l'article L. 241-2 du CRPA ne revêt pas de portée répressive, mais a pour seul objet de rétablir l'ordre public économique en enlevant du marché les CEE qui ne correspondent à aucune économie d'énergie effective. Le retrait pourrait alors se combiner avec les sanctions administratives. Une telle lecture se heurte cependant à de réelles difficultés. En effet, en sus de son objet répressif, l'annulation de certificats prévue par le 3° de l'article L. 222-2 du code de l'énergie nous semble déjà répondre, en pratique, à la préoccupation de corriger les effets de la fraude. La mise en œuvre concurrente du retrait et de la sanction aboutirait d'ailleurs à l'annulation d'un volume de certificats supérieur à celui concerné par la fraude, hypothèse qui n'a pas été envisagée par le législateur.

Enfin et surtout, nous peinons à admettre qu'une mesure de retrait fondée sur une infraction commise par le bénéficiaire de la décision en cause puisse être réduite à une simple mesure de police, dépourvue de coloration répressive.

Il est vrai qu'en l'espèce, le ministre n'a pas fait application du 3° de l'article L. 222-2 du code de l'énergie à l'encontre de l'auteur de la fraude, lui préférant une sanction pécuniaire de 11 millions d'euros. Ceci s'explique par le fait que cette voie était fermée à la date de son intervention, la société Unergia ayant déjà revendu plus de 99% des certificats frauduleux. Le ministre n'a, de toute évidence, eu recours au retrait des décisions de délivrance qu'à la seule fin de pouvoir procéder à l'annulation des certificats dans les comptes des tiers qui en avaient fait l'acquisition.

Mais nous ne pensons pas que l'on puisse ainsi prendre les choses à l'envers et justifier la décision de retrait prononcée à l'égard du premier détenteur, qui intervient à raison du seul comportement de ce dernier, par le but ultime poursuivi vis-à-vis de tiers étrangers à la fraude. Si vous êtes comme nous convaincus que les dispositions spéciales du code de l'énergie excluent que le ministre puisse se fonder sur l'article L. 241-2 du CRPA pour annuler les certificats entre les mains du premier détenteur, elles lui interdisent aussi d'utiliser cet article pour les annuler entre les mains de tiers auxquels ils auraient été cédés. En d'autres termes, les dispositions spéciales du code de l'énergie définissent, de manière exhaustive, l'ensemble des conséquences légales susceptibles de résulter de la fraude.

Si vous ne nous suiviez pas dans cette analyse et que vous estimiez que la voie du retrait demeure ouverte en cas de fraude, il nous semble que vous devriez parvenir à un résultat équivalent pour les tiers, mais vous devriez pour cela surmonter d'autres difficultés.

En vertu de l'adage *fraus omnia corrumpit*, vous jugez que l'annulation d'un acte obtenu par fraude entraîne par voie de conséquence celle des actes ultérieurs pris sur son fondement, notion qui ne se réduit pas aux actes dont la décision frauduleuse constituerait la base légale, mais vise, selon les mots du président Bonichot, la situation acquise en conséquence<sup>7</sup>. Ont ainsi été annulées les promotions accordées à un militaire rappelé à l'activité au vu d'un dossier mensonger (CE, 10 avril 1957, Beune, p. 249), les nominations d'un agent public ayant dissimulé lors de sa première nomination qu'il avait été admis à la retraite (CE, 19

---

<sup>7</sup> Conclusions sous Sect. 12 décembre 1986, Tshinbangu, n° 577789, au rec ; RFDA 1987, p. 419.

janvier 1983, Dalanson, n° 21554), ou encore des certificats et des diplômes délivrés à la suite d'examens universitaires frauduleux (CE, 8 avril 1961, Marville, p.218).

Vous avez jusqu'à présent accepté de reconnaître un tel « effet domino » uniquement dans l'hypothèse où les actes ultérieurs concernaient l'auteur de la fraude lui-même, ce qui est naturel. Vous n'avez pas non plus, selon nos recherches, eu à connaître de l'hypothèse du retrait d'un acte entaché de fraude dont le bénéficiaire aurait transféré les droits à un tiers de bonne foi, tel qu'un permis de construire par exemple. En tout état de cause, la situation d'espèce ne peut s'apparenter ni à l'une, ni à l'autre de ces hypothèses dans la mesure où l'acquéreur des certificats n'est pas le titulaire d'une décision administrative créatrice de droit que le ministre pourrait retirer, mais le propriétaire de biens meubles, selon la qualification donnée aux CEE par la loi. Et c'est un ou plusieurs actes de droit privé, correspondant à la vente de gré à gré des certificats, qui s'interposent en l'occurrence entre la décision entachée de fraude et la situation du tiers.

Il est vrai que la Cour de cassation admet que l'annulation d'un acte administratif puisse conduire, du fait de son caractère rétroactif, à remettre en cause un acte de droit privé conclu de bonne foi (Cass. 3e civ., 14 avr. 2016, n° 15-15.781, s'agissant de l'annulation d'une autorisation d'exploiter des terres agricoles ayant pour effet de priver de validité un bail rural). Mais le ministre de l'énergie n'est, à l'évidence, pas compétent pour constater la nullité de transactions de droit privé ni pour en tirer les conséquences juridiques.

Valider la solution du ministre supposerait d'admettre, pour contourner l'interposition de cet acte de droit privé, que le retrait de la décision de délivrance des CEE entraîne, par elle-même et directement, la « destruction » avec effet rétroactif de biens meubles, ce qui constitue un pas que nous avons pour notre part quelque mal à franchir. Même si les CEE sont nés d'une fraude, ils n'en ont pas moins une existence propre, que le retrait de la décision de délivrance qui leur a donné naissance ne saurait avoir pour effet de supprimer. Le retrait constitue une décision distincte de l'annulation des CEE sur le compte de leur détenteur et aucun texte ne donne compétence au ministre pour procéder à une telle annulation dans la configuration en litige.

Nous voudrions pour finir vous dire quelques mots des observations présentées par le ministre.

Celui-ci fait valoir que la persistance de CEE obtenus par fraude conduirait à ce que le dispositif finance des structures usant de moyens frauduleux pour obtenir des certificats, sans qu'aucune conséquence ne puisse être tirée lorsque ces dernières organisent leur insolvabilité, ce qui est probablement le cas en général. A quoi l'on peut répondre, d'une part, que le code de l'énergie permet d'apporter un remède en infligeant aux fraudeurs de lourdes sanctions administratives et pénales et, d'autre part, qu'il ne nous apparaît pas légitime en l'occurrence de faire peser les conséquences de la fraude sur les tiers de bonne foi. Si le ministre fait valoir que ceux-ci conservent la possibilité de se retourner contre les vendeurs, cette option apparaît difficile à mettre en œuvre lorsque le premier détenteur organise son impécuniosité. Il nous semble que les carences du dispositif des CEE, caractérisé au cours des années en cause par une délivrance sur la base d'un régime déclaratif, couplée à des contrôles *a posteriori*

susceptibles de déboucher plusieurs années après la création et la revente des certificats, plaident au contraire dans le sens de la protection des intérêts des tiers de bonne foi.

Nous ne voyons par ailleurs pas en quoi le maintien de ces CEE contreviendrait, comme le soutient le ministre, à l'atteinte des objectifs fixés par la directive européenne 2012/27/UE du 26 octobre 2012 relative à l'efficacité énergétique, dès lors qu'il n'y a pas lieu de comptabiliser les certificats en cause pour justifier des économies d'énergie effectivement réalisées en France auprès des institutions de l'Union.

Nous vous proposons donc de répondre au tribunal administratif de Dijon qu'en l'absence de disposition du code de l'énergie l'y habilitant, le ministre chargé de l'énergie ne peut, dans l'hypothèse où des certificats d'économie d'énergie acquis de manière frauduleuse par leur premier détenteur ont été cédés à un tiers, faire procéder à leur annulation dans le compte du nouveau détenteur.

Si vous nous suivez, vous n'aurez pas besoin de répondre à la deuxième question, que le tribunal n'a posé que dans l'hypothèse où vous retiendriez la solution opposée. Relevons simplement que la décision *Société Cora* (5 février 2018, n° 407149 407198, aux tables) évoquée dans la demande d'avis ne saurait, en tout état de cause, être transposée au cas d'espèce puisqu'elle concerne l'hypothèse inverse dans laquelle l'autorité administrative refuse de faire usage de son pouvoir d'abroger ou de retirer un acte administratif obtenu par fraude.

Tel est le sens de nos conclusions.