

N° 428852 – Société Total Réunion
N° 428855 – Société Engie

9^e et 10^e ch. réunies
Séance du 1^{er} juillet 2019
Lecture du 24 juillet 2019

CONCLUSIONS

Mme Marie-Astrid de Barmon, rapporteur public

Compte tenu du volume d'énergie qu'ils proposent à la vente, les sociétés Total et Engie figurent parmi les principaux « obligés » du dispositif des certificats d'économie d'énergie (CEE) mis en place par la loi du 13 juillet 2005 de programme fixant les orientations de la politique énergétique¹.

Comme vous le savez, ce mécanisme, aujourd'hui codifié aux articles L. 221-1 et suivants du code de l'énergie, impose aux fournisseurs d'énergie dont les ventes annuelles dépassent un certain seuil de réaliser, pendant une période de référence, un montant minimal d'économies d'énergie exprimé en kilowattheures « cumulés actualisés » (cumac) d'énergie finale économisés. Ils peuvent s'acquitter de leurs obligations soit en réalisant, eux-mêmes ou via leurs clients, des économies d'énergie leur permettant d'obtenir des certificats d'économies d'énergie, soit en achetant de tels certificats sur le marché auprès d'autres obligés ou de personnes éligibles à la délivrance de ces certificats pour leurs actions génératrices d'économies d'énergie.

Usant de cette dernière possibilité, les sociétés Engie et Total Réunion ont acheté des certificats d'économies d'énergie auprès d'entreprises tierces pour se libérer d'une partie de leurs obligations au titre de la période 2015-2017. La société BHC Energy, filiale à 100 % de la société Total, a acquis le 15 novembre 2016 un CEE représentant 313 millions de kWh cumac auprès de la société Unergia pour environ 1,5 million d'euros, avant de le céder en partie à la société Total Réunion, le 5 décembre 2016, pour un montant d'environ 457 000 euros. La société Engie a quant à elle acquis entre août 2016 et mars 2017 six CEE représentant plus d'1 milliard de kWh cumac, d'une valeur de 6,5 millions d'euros, auprès de différentes sociétés.

Mais par des courriers du 28 juin 2018, le ministre de la transition écologique et solidaire indiquait aux sociétés Total Réunion et Engie que les contrôles diligentés par le pôle national des certificats d'économies d'énergie avaient permis d'établir que les décisions de délivrance des CEE en cause avaient été obtenues de manière frauduleuse. Il les informait en conséquence du retrait de ces décisions, conduisant à la suppression des volumes d'économies

¹ Loi n° 2005-781.

d'énergie correspondants de leurs comptes dans le registre national qui consigne les opérations concernant les CEE.

Les sociétés Engie et Total Réunion ont respectivement saisi les tribunaux administratifs de Paris et de Cergy-Pontoise de demandes d'annulation de ces décisions du 28 juin 2018 et des décisions implicites de rejet de leurs recours gracieux par le ministre. Le TA de Paris, qui n'était pas territorialement compétent puisque la société Engie a son siège à Courbevoie, a transmis la requête de cette dernière au TA de Cergy-Pontoise en application de l'article R. 351-3 du CJA.

A son tour, le président de ce tribunal a estimé sa juridiction incompétente, et vous a transmis les deux requêtes par des ordonnances du 28 février 2019, sur le fondement de l'article R. 351-2 du CJA. Il a en effet regardé les décisions attaquées comme des sanctions prises en application de l'article L. 222-2 du code de l'énergie, dont le contentieux vous est confié en premier ressort par l'article R. 222-12 du même code.

Ces affaires posent une question de fond qui ne manque pas d'intérêt, celle de savoir si le ministre chargé de l'énergie peut retirer des certificats d'économies d'énergie à une société qui les a acquis de bonne foi, au motif que leur premier détenteur les aurait obtenus par fraude. Mais vous ne pourrez pas vous prononcer aujourd'hui sur la légalité des décisions contestées, si vous pensez comme nous, et comme le soutient la société Total Réunion, que le tribunal administratif de Cergy-Pontoise a eu tort de décliner sa compétence pour connaître de ces litiges.

A sa décharge, vous n'avez pas encore eu l'occasion de mettre en œuvre l'article R. 222-12 du code de justice administrative, ni le V bis de l'article 14 de la loi du 13 juillet 2005 applicable avant sa codification. Cet article prévoit un recours de pleine juridiction devant le Conseil d'Etat contre les décisions du ministre chargé de l'énergie prononçant les sanctions prévues à l'article L. 222-2 de ce code. Ce dernier autorise le ministre à infliger une sanction pécuniaire à l'auteur du manquement, à le priver de la possibilité d'obtenir des certificats d'économies d'énergie, à suspendre ou rejeter ses demandes de certificats, et, en son 3°, à annuler des certificats précédemment délivrés à l'intéressé. Le tribunal a estimé que le ministre avait fait usage de cette dernière possibilité en sanctionnant les sociétés Engie et Total Réunion par l'annulation de leurs CEE.

Nous ne voyons pas comment les décisions contestées pourraient être analysées ainsi.

Elles ne font d'abord aucunement référence à l'article L. 222-2 du code de l'énergie. Le ministre a clairement choisi un autre fondement légal à ses décisions de retrait des CEE des deux requérantes : il les a prises en application de l'article L. 241-2 du code des relations entre le public et l'administration, qui a élevé au rang de loi une jurisprudence ancienne (Section, 18 novembre 1966, *Ministre des travaux publics et des transports c. S...*, n° 66124, au Rec. ; Section, *Assistance publique – Hôpitaux de Marseille*, 29 novembre 2002, n° 223027, au Rec. ; 3 avril 2006, *Syndicat intercommunal à vocation unique de l'Amana*, n° 285656, aux T.) en énonçant qu'« un acte administratif unilatéral obtenu par fraude peut être à tout moment abrogé ou retiré ».

En outre, la qualification retenue par le tribunal ne reflète pas la portée des décisions attaquées, motivées par le fait que « *l'établissement de l'existence d'une fraude conduit au retrait de la décision de délivrance des CEE, qui a pour conséquence sa disparition juridique pour l'avenir comme pour le passé, ainsi que de ces effets pour le bénéficiaire des droits et les tiers* ». Le ministre n'a pas entendu sanctionner les requérantes ; il a seulement voulu tirer les conséquences sur ces tiers d'une sanction visant les précédents détenteurs des CEE, qui faisait selon lui obstacle à leur prise en compte pour le respect des obligations d'économies d'énergie incombant aux sociétés Total Réunion et Engie. Le raisonnement du ministre est simple : puisque le dispositif des CEE a pour finalité la réalisation d'économies d'énergie, il y a lieu de retirer du marché la « fausse monnaie » que constituent des certificats frauduleux ne correspondant pas à de réelles économies d'énergie, et les malheureux propriétaires de cette monnaie de mauvais aloi ne peuvent l'utiliser pour s'acquitter de leurs obligations en la matière. Mais cela ne fait pas des détenteurs de ces CEE des faux-monnayeurs et les décisions litigieuses ne visent pas à les sanctionner comme tels.

De fait, aucun manquement n'a été reproché aux sociétés Total Réunion et Engie par le ministre, qui n'a pas mis en œuvre à leur égard la procédure spécifique pouvant aboutir au prononcé d'une des sanctions prévues à l'article L. 222-2 du code de l'énergie. La décision de sanction ne peut intervenir sur ce fondement qu'après que l'intéressé a reçu une notification de griefs, et a été mis à même, dans le cadre d'une procédure contradictoire, de consulter le dossier et de présenter ses observations, assisté le cas échéant de la personne de son choix, en vertu des articles L. 222-3 et L. 222-5 du code. Les sociétés Total Réunion et Engie ont bien reçu, avant les décisions attaquées, un courrier les informant que le ministre envisageait de retirer les CEE, mais on ne peut y voir une notification de griefs en bonne et due forme, et si les sociétés ont pu faire valoir leurs objections, l'accès au dossier de contrôle ayant conduit à établir la fraude dans l'obtention des CEE leur a été refusé. L'article L. 222-6 exige aussi que les décisions de sanction prises dans le cadre de l'article L. 222-2 soient publiées au Journal officiel, ce qui n'est pas le cas des décisions contestées.

Enfin, les sociétés Engie et Total Réunion ne pouvaient faire l'objet d'une sanction définie à cet article, réservées aux détenteurs initiaux des CEE, c'est-à-dire aux personnes auxquels ont été délivrés les certificats en question. L'article R. 222-6 indique expressément que le manquement sanctionné est le fait pour un premier détenteur de CEE d'avoir obtenu des certificats en méconnaissance de la législation applicable ; il résulte aussi des articles R. 222-4 et R. 222-7 que c'est le primo-détenteur d'un CEE qui peut faire l'objet d'un contrôle et est alors tenu de mettre à disposition de l'administration les documents justificatifs et les données techniques et financières relatives aux actions d'économies d'énergie sous-jacentes. Le ministre ne pouvait sanctionner que les sociétés ayant obtenu les CEE vendus ensuite aux requérantes, a fortiori pour fraude, car le manquement tombe alors sous le coup de l'article L. 222-8 qui dispose que le fait de se faire délivrer indûment un CEE par un moyen frauduleux est un délit puni des peines prévues aux articles 441-6 et 441-10 du code pénal. Même si ces dispositions sont hors de cause en l'espèce, le principe de personnalité des peines s'oppose résolument à une interprétation extensive des personnes pouvant être sanctionnées pour des CEE obtenus par fraude.

Rien ne permet donc de regarder les décisions attaquées comme des sanctions prises illégalement sur le fondement de l'article L. 222-2, dont vous seriez compétents pour connaître.

Dans l'affaire Total Réunion, le ministre a d'ailleurs adopté le 15 juin 2018, en application de ces dispositions, une décision publiée au JO prononçant à l'encontre de la société Unergia, premier détenteur du CEE acheté par la requérante, une sanction pécuniaire de plus de 11 millions d'euros, assortie de la privation de la possibilité d'obtenir des CEE et du rejet des demandes de CEE faites par cette société. C'est cette décision qui relève de l'article R. 222-12 du code de l'énergie et aurait pu à ce titre faire l'objet d'un recours introduit directement devant vous. Votre compétence ne s'étend pas à celles notifiées aux sociétés Engie et Total Réunion. Il s'agit de décisions individuelles n'ayant pas le caractère de sanction, que le ministre a cru devoir adopter par voie de conséquence des décisions prises concernant les premiers détenteurs des CEE litigieux qui, seules, pouvaient éventuellement ressortir de votre compétence de premier ressort.

Vous devrez donc renvoyer, au sens propre, les deux affaires au tribunal administratif de Cergy-Pontoise. Ce jeu de ping-pong entre les juridictions n'est guère satisfaisant pour le justiciable, notamment pour la société Engie dont la requête a déjà été soumise à trois juridictions sans trouver son juge, mais le respect des voies de recours, impliquant ici un double examen des recours pour excès de pouvoir par les juges du fond avant de vous parvenir en cassation si les parties le décident, est aussi un élément essentiel d'une bonne administration de la justice.

Par ces motifs, nous concluons au renvoi des deux affaires au tribunal administratif de Cergy-Pontoise.