



Centre d'Études et de Recherches Internationales et Communautaires

Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille

Unité Mixte de Recherche 7318 CNRS – Aix Marseille Université

Droit Public Comparé - Droit International et Droit Européen



Le contentieux européen du SEQE relatif aux allocations de quotas à titre gratuit en phase III

UNIVERSITE AIX MARSEILLE

Expertise juridique réalisée par les étudiants du

Master 2 « Droit international et européen de l'environnement »

sous la direction de Marion Lemoine

Février 2013

RAPPEL DU SUJET

SEQE et allocation de quotas gratuits en phase III (2013-2020): quel est l'état du contentieux* entre la Commission européenne, les États membres et les industriels dans la définition des allocations gratuites de quotas pour la phase III ?

Tous les concepts définis dans l'index des termes juridiques en annexe sont marqués d'un astérisque lors de leur première occurrence au fil du texte

SOMMAIRE

SOMMAIRE	3
INTRODUCTION.....	4
PARTIE I - LE CADRE JURIDIQUE DU SEQE	8
Section 1 Le problème de la nature juridique des quotas	8
Section 2 Les compétences de la Commission en phase III	14
Section 3 Les règles spécifiques à l'allocation des quotas à titre gratuit, source potentielle de contentieux.....	17
PARTIE II - LE CONTENTIEUX JURIDIQUE LIÉ AU SEQE	25
Section 1 Les recours ouverts devant la Cour de justice de l'Union européenne	25
Section 2 Présentation du contentieux relatif au SEQE.....	27
Section 3 Le contentieux juridique relatif à la compétence d'allocation et au plafonnement des quotas gratuits	28
Section 4 Le contentieux juridique relatif aux critères d'allocation de quotas à titre gratuit46	
PARTIE III - VERS DE NOUVEAUX ENJEUX POUR LA PHASE III.....	57
Section 1 Perspectives pour l'allocation gratuite des quotas.....	57
Section 2 Enjeux politiques à prendre en considération pour la phase III	59
ANNEXE	63
INDEX DES TERMES JURIDIQUES	67
INDEX DES ABRÉVIATIONS	73
BIBLIOGRAPHIE	74
TABLE DES MATIERES	81

INTRODUCTION

La présente étude fait le point sur l'état du contentieux entre la Commission européenne, les États membres et les opérateurs économiques dans la définition de leurs allocations de quotas gratuits pour la phase III.

Cette analyse s'inscrit dans le cadre du système européen d'échange des quotas d'émission (ci-après : « SEQE ») de gaz à effet de serre (ci-après : « GES »), dont le fonctionnement est établi par un ensemble des normes juridiques européennes et étatiques. Leur interaction met en évidence le rôle et les compétences de la Commission européenne, garante des objectifs poursuivis par l'Union européenne (ci-après : « UE »), et des États membres, soucieux de bénéficier d'une certaine souplesse dans la mise en œuvre des règles de droit, qui s'avèrent sinon très contraignantes pour leur parc industriel. Il n'est pas étonnant que le rapport entre les États membres et la Commission se soit traduit assez souvent devant la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après : « CJUE ») et que ce contentieux évolue au fur et à mesure que l'implantation du SEQE avance.

Devenu l'instrument principal de la lutte contre le changement climatique au sein de l'Union européenne le SEQE a été établi par la directive* 2003/87/CE¹. Dissocié de l'avenir du Protocole* de Kyoto qui n'est entré en vigueur qu'à partir de février 2005, en ce qui concerne ses objectifs et sa durée, le SEQE devrait permettre à l'UE d'atteindre des niveaux de réduction de GES plus ambitieux et plus durable dans le temps.

Suivant une approche graduelle, compte tenu de l'impact sur les entreprises concernées, les objectifs ainsi que règles de fonctionnement du SEQE évoluent selon 3 étapes distinctes :

Phase I : 2005-2007 (la phase pilote)

Phase II : 2008-2012 (la phase de Kyoto)

Phase III : 2013-2020 (la phase post-Kyoto)

Le SEQE consiste à attribuer des quotas d'émission aux entreprises les plus fortement émettrices de GES, qui peuvent ensuite, soit revendre les quotas d'émission qu'elles n'ont pas consommés, soit au contraire acheter les quotas d'émission dont elles ont besoin pour respecter leur dotation initiale. Chaque quota alloué autorise son détenteur à émettre une « tonne métrique d'équivalent dioxyde de carbone ». À la fin de chaque année, les

¹ Directive (CE) n° 2003/87 du Parlement Européen et du Conseil du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas à émission de gaz à effet de serre dans la communauté et modifiant la directive (CE) n° 96/61, J.O. L 275 du 25 octobre 2003, p.32.

installations doivent restituer un nombre de quotas correspondant à leurs émissions réelles. Mais en quoi consistent ces « quotas » ? Peut-on considérer que les installations concernées sont propriétaires d'un bien commun de l'humanité tel que l'atmosphère ou le climat ? À quelle instance revient le pouvoir de déterminer les secteurs concernés, de quantifier le nombre des quotas attribués et de les contrôler ?

Jusqu'à 2012, chaque État élaborait un plan national d'allocation des quotas* d'émission des GES (ci-après : « PNA »), où il indiquait la quantité totale des quotas à allouer et la méthode d'allocation par secteur d'activité concerné par le SEQE. Notifiés aux autres États membres ainsi qu'à la Commission européenne, les PNA ont fait l'objet de contrôle intransigeant par cette dernière.

À cet égard, les phases I et II ont été marquées par une relative autonomie des États membres qui distribuent gratuitement aux exploitants d'installations nationales émettrices de GES un certain nombre de quotas d'émission. Le périmètre d'installations couvertes varie d'un État à l'autre, ou d'une région à l'autre. Il en va de même pour les périodes de référence retenues parmi d'autres critères déterminants qui sont à l'origine des problèmes de concurrence au sein même des États, mais aussi entre États membres.

Le dumping environnemental et la délocalisation démontrent que la générosité d'un État en matière l'allocation de quotas peut déterminer le choix du lieu d'implantation d'une entreprise concernée par le SEQE.

À ce stade, la Commission ne fixait pas le volume total de quotas, lequel était l'équivalent à la somme des quotas alloués gratuitement au titre de l'ensemble des PNA. Chargée de contrôler les 27 PNA, la Commission a fait face à un important contentieux révélateur à la fois des limites des compétences qui lui ont été attribuées et des défis propres au fonctionnement de ce système assez inédit à l'échelle de l'UE.

En effet, faute d'avoir l'autorisation de la Commission européenne, plusieurs États membres ont dû revoir leur PNA, les amender et, dans certains cas, chercher à les valider auprès de la CJUE. Indéniablement, l'ensemble du contentieux mettant en cause le contrôle des PNA par la Commission européenne a propagé l'image d'instabilité du système d'allocation et de répartition des quotas.

L'expérience acquise au cours des deux phases précédentes semble indiquer que le système manquait de lisibilité pour tous les acteurs concernés : les États membres, les installations couvertes par le SEQE et les investisseurs.

Afin d'apporter une réponse efficace et rassurante, la Commission européenne a proposé à compter de 2013 plusieurs mesures en faveur d'une harmonisation des règles du SEQE inscrites dans la directive (CE) n°2009/29².

Élément central de cette nouvelle optique, la fixation d'un plafond unique d'émissions de GES pour l'ensemble de l'UE remplace le système actuel des 27 PNA.

Dans le but d'inciter des réductions plus importantes, la mise aux enchères est hérissee à la principale méthode d'allocation des quotas et l'allocation à titre gratuit devient une exception. En 2013, plus de la moitié des quotas seront mis aux enchères, et cette proportion augmentera progressivement chaque année jusqu'à son implémentation totale prévue pour 2027.

Alors que dans des cas exceptionnels, un certain nombre des quotas continueront d'être alloués à titre gratuit, il semble légitime de s'interroger sous quels critères un secteur économique doit s'acquitter de la contrainte carbone tandis que d'autres tout aussi polluants sont exemptés. Un choix d'autant plus difficile qu'il doit être justifié vis-à-vis au principe de l'égalité de traitement au sein de l'UE

La présente étude se concentre sur les questions autour du SEQE révisé par la directive (CE) n°2009/29, tel qu'il est opérant depuis 2013 lors du début de la phase III.

Pour mieux se rendre compte de l'ampleur des changements énoncés ci-dessus, la Partie I de cette étude, « Le cadre juridique du SEQE », est consacrée au cadre juridique du SEQE. L'accent est mis sur deux topiques susceptibles de générer des tensions et des différends entre les acteurs, à savoir, la question pendante de la nature juridique* des quotas d'émission ainsi que les difficultés liées à la définition des secteurs industriels qui continueront à bénéficier des quotas gratuits lors de la mise en place du système d'enchères.

En guise d'orientation pour les futurs développements du contentieux lié au SEQE, la Partie II « Le contentieux juridique lié au SEQE » se livre à l'analyse des litiges opposant les États membres ou les entreprises à la Commission européenne qui ont ponctué les deux phases précédentes, notamment les affaires concernant la compétence en matière de plafonnement d'allocation et aux critères d'attribution des quotas à titre gratuit.

Cette analyse est complétée par la Partie III « Vers les nouveaux enjeux pour la phase III » destinée à s'interroger sur les perspectives de l'allocation des quotas à titre gratuit à partir 2013.

² Directive (CE) n° 2009/29 du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009, modifiant la directive (CE) n° 2003/87 afin d'améliorer et d'étendre le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, J.O. L 140 du 5 juin 2009, p.63.

À l'expiration du Protocole de Kyoto sans un accord équivalent garantissant la continuité ou l'intensification des efforts pour réduire les émissions de GES à l'échelle mondiale, quelle place pour le SEQE dans un environnement industriel déjà très concurrentiel, au risque de pénaliser certains secteurs européens face au marché international ?

Le fonctionnement du SEQE, imposant une contrainte financière de plus en plus lourde aux entreprises européennes, contraste avec le contexte actuel, marqué par l'incertitude des engagements des États quant aux mesures qu'ils sont prêts à prendre au nom de la stabilisation ou de l'atténuation des effets du changement climatique.

Un thème d'envergure capitale comme celui de la lutte contre les changements climatiques soulève des enjeux politiques et économiques incontournables et dépend de choix sociétaux majeurs. Dans ce sens, il importe d'évaluer si le SEQE continuera à avancer comme une entreprise motrice et fédératrice ou si ses engagements jugés trop ambitieux ne contribueront pas paradoxalement à son manque de légitimité.

PARTIE I - LE CADRE JURIDIQUE DU SEQE

Pour amorcer l'analyse du cadre juridique, il convient de s'intéresser à la question de la nature juridique des quotas (Section 1). Seront ensuite étudiées les règles de fonctionnement du SEQE, attribuant en pratique un pouvoir accru à la Commission européenne (Section 2). Enfin, les règles spécifiques à l'allocation des quotas à titre seront envisagées, car elles sont une source potentielle de contentieux (Section 3).

Section 1 Le problème de la nature juridique des quotas

Le SEQE, avec la mise en place des quotas d'émissions, ne cesse d'interroger du point de vue juridique. En effet, de la nature juridique des quotas découleront les règles applicables à leur utilisation³. Au niveau international, le Protocole de Kyoto ne donne pas de définition de la nature juridique des unités-valeurs qu'il a créées⁴. Au niveau européen, la directive (CE) n°2003/87 du 13 octobre 2003 instituant le SEQE n'a pas fait le choix d'une qualification juridique* du quota. L'article 3 de cette directive dispose simplement qu' : « *on entend par : a) « quota », le quota autorisant à émettre une tonne d'équivalent-dioxyde de carbone au cours d'une période spécifiée, valable uniquement pour respecter les exigences de la présente directive, et transférable conformément aux dispositions de la présente directive* ». Ainsi, le soin de régler cette question juridique a ainsi été laissé aux États et cela a induit une certaine hétérogénéité du statut juridique* des quotas au sein de l'Union européenne. Plusieurs États ont fait un choix par défaut, comme l'Allemagne qui a confirmé que les quotas n'étaient pas des valeurs mobilières⁵*. La Grèce et la Belgique ont de leur côté rattaché les quotas à la catégorie des autorisations administratives⁶. Seule la Roumanie a qualifié les quotas d'instruments financiers⁷*. De nombreux États membres n'ont pas encore tranché la question, tels que l'Italie ou l'Irlande. Or, selon la nature juridique retenue pour le quota, les règles

³ BANCAL (J.C.), GRANGER (A.), « Nature juridique des unités-valeurs », *JurisClasseur Environnement et Développement durable*, Fasc. 3360 Droit du marché Carbone, 3 août 2011, p. 105.

⁴ *Ibid.*

⁵ PRADA (M.), « La régulation des marchés du CO2 », avril 2010, p. 61, disponible sur le site du Ministère de l'Économie et des Finances, disponible sur : <http://www.minefe.gouv.fr/services/rap10/100419rap-prada.pdf> (page consultée le 26/01/2013).

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

applicables ne seront pas les mêmes, surtout au niveau du transfert des quotas, et du point de vue comptable et fiscal.

L'hétérogénéité de ces règles est susceptible d'entraîner un contentieux, qui n'est toutefois pas spécifiquement relatif à l'allocation gratuite des quotas. Pour expliquer l'origine de ce contentieux potentiel, nous allons envisager la qualification juridique choisie par un État en particulier en prenant l'exemple de la France (A), avant d'envisager l'articulation de cette qualification avec celle de l'Union européenne (B).

§ 1 Variété des définitions du quota entre les pays membres de l'Union européenne : l'exemple de la France

Du fait d'une absence de définition du quota par l'UE, les États membres ont dû élaborer leur propre définition au regard des catégories juridiques existantes en interne. Analysons le cas de la France pour mieux comprendre les incidences d'une qualification juridique du quota sur les contentieux ultérieurs d'allocation. La transposition de ce concept européen ne s'est pas faite sans difficulté, car il ne correspond pas aux catégories juridiques classiques du droit français. Le problème tient à ce que l'autorisation administrative* octroyée par l'État permettant à une entreprise d'émettre, est à l'origine un instrument réglementaire (c'est-à-dire un acte juridique pris par une autorité administrative) et devient par son attribution à une installation privée, un instrument économique négociable sur un marché. Par conséquent, le quota semble être dans un premier temps soumis aux règles du droit public*, dans la mesure où l'État émet une autorisation administrative, et change de nature dans un second temps lorsqu'il est attribué. Il peut alors être négocié entre acteurs privés, qui utiliseront les règles du droit civil*.

Pour résoudre ce problème de double nature juridique, le législateur français, dans son ordonnance* n° 2004-330 du 15 avril 2004, a décidé de soumettre le quota au régime juridique* existant du droit civil. En effet, d'après l'article L. 229-15 du Code de l'environnement, les quotas d'émission de GES sont « *des biens meubles exclusivement matérialisés par une inscription en compte*. Ces titres « *sont négociables, transmissibles par virement de compte à compte et confèrent des droits identiques à leurs détenteurs. Ils peuvent*

être cédés dès leur délivrance »⁸. Par conséquent, on se référera au Code civil pour connaître les règles de transfert des quotas ou leur utilisation dans le domaine des sûretés. Le quota bénéficiera ainsi des règles de droit privé pour son encadrement.

La qualification du quota en bien meuble* a pour conséquence de le soumettre à la TVA lorsqu'il est cédé⁹. De manière générale, de la qualification juridique retenue dépendra le régime fiscal applicable. Par conséquent, si chaque État membre retient une qualification juridique du quota différente, il en découlera un régime fiscal différent susceptible d'entraîner des distorsions de concurrence, pouvant conduire à un contentieux. Prenons l'exemple de la France pour l'illustrer. On a assisté entre l'automne 2008 et juin 2009 à une fraude massive à la TVA sur les quotas de CO₂¹⁰. Pour pallier ce problème, le droit français a décidé d'exonérer les quotas de TVA. La justification donnée était que comme les instruments financiers dérivés, les quotas d'émission font aujourd'hui l'objet de transferts sur des marchés publics de négociation et d'échange. Aussi, il y a lieu de considérer que les opérations portant sur ces droits bénéficient de l'exonération mentionnée à l'article 261 C. 1° e. du Code Général des Impôts. Ainsi, les cessions, au comptant ou à terme, de gré à gré ou sur un marché de négociation, de quotas d'émission, ainsi que les prestations de négociation portant sur ces droits, sont exonérées de la TVA. Après la décision* du 8 juin 2009 d'exonérer temporairement de la TVA les échanges de quotas, la fraude s'est déplacée dans d'autres États membres de l'Union européenne. Europol a évalué les pertes fiscales pour l'ensemble des États membres de l'Union européenne à environ cinq milliards d'euros¹¹. La fraude à la TVA qu'a subi la plateforme d'échange Bluenext avant sa fermeture récente illustre bien le phénomène.

On constate donc que des distorsions de concurrence peuvent découler des régimes fiscaux différents dans l'Union européenne et seraient susceptibles de conduire à un contentieux. Il ne s'agit toutefois pas d'un contentieux relatif à l'allocation gratuite des quotas, mais à un contentieux sur les distorsions de concurrence en droit de l'Union européenne*.

Pour éviter ces distorsions et aller vers plus d'homogénéité dans le traitement des quotas, la doctrine française s'est posée la question du rattachement du quota à la législation* financière, afin de faire directement bénéficier le quota du régime fiscal appliqué aux instruments financiers, sans passer par l'exonération. En réponse à cela, le gouvernement

⁸ Code de l'environnement, art. L.229-15.

⁹ Code Général des impôts, art. L.256.

¹⁰ Cour des comptes, « La fraude à la TVA sur les quotas de carbone », février 2012, disponible sur: www.ccomptes.fr/content/.../Fraude_TVA_sur_quotas_carbone.pdf (consulté le 26/01/2013).

¹¹ *Ibid.*

français a confié une mission à un groupe d'experts. Les auteurs du rapport de cette mission proposent d'écarter la définition en instruments financiers des quotas et invitent « à réfléchir à une nouvelle catégorie d'actifs, empruntant aux biens meubles la facilité d'échanges et aux autorisations administratives le caractère réglementaire »¹². Par souci de clarté, le législateur français a choisi de ne soumettre le quota qu'au régime du droit civil. Pour autant, cette solution est incomplète, dans la mesure où le caractère réglementaire, c'est-à-dire le fait que le quota naît d'une autorisation donnée par l'État, n'apparaît pas dans l'option française. C'est pourquoi la doctrine propose de créer une nouvelle catégorie d'actifs. Cette recommandation s'accompagne d'une préconisation de la « mise en place d'un cadre de régulation adapté aux spécificités du marché du CO₂, jugé préférable à une extension de la réglementation financière *stricto sensu* »¹³. En effet, il semblerait plus opportun de créer un nouveau cadre de régulation pour cette nouvelle catégorie d'actifs que serait le quota, qui est un instrument présentant des spécificités, plutôt que de chercher à étendre un régime déjà existant et peu adapté.

Faute de définition européenne existante lors de la création des quotas, chaque État membre a dû définir d'après ses catégories existantes en droit interne, la qualification qu'il allait donner au quota, afin de le faire bénéficier d'un régime juridique. La France a choisi de définir le quota comme un bien meuble, donc de le soumettre au régime du droit civil. Or, la Commission européenne a récemment donné une qualification du quota différente de celle de la France.

§ 2 La définition du quota de la Commission européenne pour la phase III

En décembre 2010, une première évaluation des niveaux de protection du marché du carbone conclut que la législation relative aux marchés financiers est adaptée aux réalités du marché du carbone. En effet, les transactions de quotas sont réalisées par des intermédiaires financiers, sont surveillées conformément aux dispositions réglementaires applicables aux marchés financiers et impliquent l'utilisation d'instruments financiers¹⁴. Par ailleurs, on trouve

¹² PRADA (M.), « La régulation des marchés du CO₂ », *op. cit.*

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Commission européenne, Communication de la Commission au Parlement et au Conseil européen, « *Vers une surveillance renforcée du marché relatif au système européen d'échange de quotas d'émission* », COM (2010) 796 Final, Bruxelles, décembre 2010.

une définition juridique du quota dans l'article 37 du règlement*(UE) n°1193/2011 de la Commission du 18 novembre 2011 qui a pour objet d'établir un registre communautaire unique¹⁵ : un quota est un instrument fongible* et dématérialisé* échangeable sur le marché et l'enregistrement sur le registre de l'Union constitue une preuve à première vue de la propriété du quota. Enfin, le 20 octobre 2011, dans sa proposition de révision de la directive sur les marchés d'instruments financiers (MIF) 2004/39/CE², la Commission a ajouté le quota d'émission de CO₂ en créant une catégorie distincte des valeurs mobilières, des dérivés et contrats financiers déjà couverts. Par conséquent, la création dans la proposition de révision de la directive MIF de cette nouvelle catégorie pour les quotas aux côtés d'autres instruments financiers entraîne la qualification des quotas en instrument financier. Ils seront ainsi soumis à l'ensemble des règles protectrices du corpus MIF. De ce fait, la Commission européenne préfère un encadrement des quotas par un cadre juridique existant, celui des marchés financiers, plutôt que l'institution d'un cadre *sui generis*, c'est-à-dire un cadre unique en son genre.

La qualification du quota en tant qu'instrument financier au niveau de l'Union européenne a des implications juridiques reconnues¹⁶ qui, si elles ne font pas l'objet de contentieux vis-à-vis de l'allocation gratuite de quotas, peuvent être source de problèmes futurs, et ainsi, méritent d'être mentionnées ici. Du fait de cette qualification, tous les quotas seraient soumis à la même législation, soit la législation financière, alors qu'aujourd'hui, seuls les produits dérivés (qui sont des contrats dont la valeur dépend de celle d'un autre actif¹⁷ et parmi lesquels on trouve entre autres les *forwards**, *futures**, *options** et *swaps**) y étaient soumis. Par conséquent, les quotas bénéficient tous des mêmes règles. Cependant la Commission précise qu'il faudra conserver un traitement ad hoc pour les quotas dans la législation financière. Cette question n'a pas été développée et pourra poser des problèmes. De plus,

¹⁵ Règlement (UE) n° 1193/2011 de la Commission du 18 novembre 2011 établissant le registre de l'Union pour la période d'échanges débutant le 1^{er} janvier 2013 et pour les périodes d'échanges suivantes du système d'échange de quotas d'émission de l'Union conformément à la directive (CE) n° 2003/87 du Parlement européen et du Conseil et à la décision (CE) n° 280/2004 du Parlement européen et du Conseil et modifiant les règlements de la Commission (CE) n° 2216/2004 et (UE) n° 920/2010, J.O. L 315 du 29 novembre 2011, p. 1.

¹⁶ PATAY (M.), ALBEROLA (E.), « L'EU ETS placé sous la réglementation des marchés d'instruments financiers : quelles sont les implications ? », *Point Climat, Éclairage sur l'économie du changement climatique*, CDC Climat, Paris, n° 16, mai 2012, disponible sur : http://www.cdclimat.com/IMG/pdf/12-06_point_climat_no16_-_1_eu_ets_dans_la_mif_revisee.pdf (page consultée le 26/01/2013).

¹⁷ BEITONE (A.), CAZORLA (A.), DOLLO (C.), DRAI (A.-M.), *Dictionnaire des sciences économiques*, Paris, Armand Colin, 2007, 2e édition, p. 387.

l'articulation entre la MIF et le règlement des enchères¹⁸ comporte des zones d'incertitude, car une partie des quotas (ceux du marché primaire) est soumise au règlement « enchères », alors que l'autre (en l'occurrence les quotas du marché secondaire) est soumise à la directive.

Mais le problème le plus notable vient du fait que la Commission européenne a précisé que cette classification en instrument financier au niveau européen n'impose pas automatiquement une requalification juridique nationale du quota en instrument financier et, donc, n'amènerait pas a priori une convergence de la qualification juridique entre les États membres¹⁹. Cela peut être sujet à contentieux, car en cas d'infraction dans l'avenir, il pourrait y avoir des différences entre les responsabilités civiles* ou pénales* des États membres. Il s'agit d'un contentieux possible, mais qui n'a pas encore eu lieu dans la mesure où la directive MIF est actuellement en train d'être réformée. Nos propos ne s'y attarderont donc pas dans la seconde partie.

Le SEQE, mis en place par la directive de 2003, pose un certain nombre de problèmes du point de vue de la qualification juridique des quotas. En l'absence de toute définition juridique européenne du quota, chaque membre de l'UE a pu retenir une définition différente en fonction de ses propres catégories juridiques. Cela provoque une grande hétérogénéité dans l'appréhension juridique du quota dans l'UE. De cette qualification juridique éclatée découle le risque d'un traitement fiscal et comptable différent entre les États, ce qui peut constituer une source de distorsion de concurrence. En effet, cela peut entraîner un transfert important de quotas sur les registres des pays de l'Union ayant une fiscalité ou un traitement comptable plus avantageux. Pour la phase III, la Commission européenne propose enfin une définition européenne²⁰. Cependant, elle n'oblige pas les États à l'harmonisation. Les problèmes d'hétérogénéité dans le traitement juridique des quotas par les États membres sont donc persistants et pourraient être source de contentieux.

¹⁸ Règlement (UE) n° 1031/2010 de la Commission du 12 novembre 2010 relatif au calendrier, à la gestion et aux autres aspects de la mise aux enchères des quotas d'émission de gaz à effet de serre conformément à la directive (CE) n° 2003/87 du Parlement européen et du Conseil établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté, J.O. L 302 du 18 novembre 2010, p.1.

¹⁹ Commission européenne, proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant les marchés d'instruments financiers abrogeant la directive (CE) n° 2004/39 du Parlement européen et du Conseil, SEC(2011) 1226, 20 octobre 2011.

²⁰ Règlement (UE) n° 1193/201, *op. cit.*

Au-delà de la question de la nature juridique des quotas, d'autres règles de droit relatives au fonctionnement du SEQE méritent une analyse développée. En effet, la directive (CE) n°2009/29 bouleverse profondément les règles de fonctionnement du SEQE. Se faisant, cette directive renforce le rôle de la Commission.

Section 2 Les compétences de la Commission en phase III

Au cours des phases I et II du SEQE, les États décidaient du plafond des quotas alloués sur leur territoire, ainsi que de la répartition de ces quotas entre les différents exploitants nationaux. En outre, en vertu de l'article 9 (3) de la directive (CE) n°2003/87, la Commission pouvait contrôler les PNA des États, mais ces contrôles ont donné lieu à de nombreux litiges. Or, à l'occasion de ces différends, les juridictions européennes ont consacré une marge de manœuvre importante au profit des États, et au détriment de la Commission qui a vu son pouvoir de contrôle limité.

Sur la question du plafonnement des quotas, il a été reconnu qu'il appartenait aux États de définir le nombre de quotas à allouer, la Commission ne pouvant exercer qu'un contrôle restreint sur cette compétence étatique. De même, sur la question de l'allocation individuelle des quotas, il a été admis que revenait aux États le soin de répartir les quotas entre les différents exploitants nationaux, le contrôle de la Commission sur cette répartition demeurant limité. Cette liberté des États a notamment posé des problèmes de concurrence, car ces derniers ont pu avoir des attitudes protectionnistes envers certaines industries.

La directive (CE) n°2009/29 vient donc répondre à un besoin pressant d'harmonisation, ainsi qu'aux problèmes soulevés par les économistes. Mais, se faisant, la directive et les instruments juridiques pris sur son fondement ont considérablement renforcé le rôle et les pouvoirs de la Commission.

D'une part, l'article 9 de la directive de 2009 instaure un plafond européen de la quantité totale de quotas délivrés chaque année pour l'ensemble des États membres. Cette quantité totale de quotas diminuera, de manière linéaire, d'un facteur de 1,74 % par rapport au total annuel moyen de quotas alloués par les États conformément aux décisions de la Commission relatives à leurs PNA pour la période 2008-2012. Ainsi, le système des 27 plafonds d'émissions nationaux, mis en œuvre au travers des PNA, sera remplacé par un plafond

unique pour toute l'Union européenne. Or, il est revenu à la Commission le soin de déterminer ce plafond, fixé à 1,927 milliard de quotas pour l'année 2013. Les États se voient donc retirer la possibilité de définir eux-mêmes la quantité totale de quotas alloués sur leur territoire. Dans le même temps, le pouvoir de la Commission se trouve renforcé. De ce fait, les contentieux passés opposant la Commission aux États, et portant sur la quantité totale de quotas délivrés sur le territoire de ces derniers, devraient être limités lors de la phase III.

D'autre part, pour la phase III, le principe de la gratuité des quotas est supprimé au profit d'un système d'enchères qui répond mieux à la logique de marché, et sur lequel la Commission exercera un contrôle étendu. Faire de la mise aux enchères le principe de base pour l'allocation permet de répondre au besoin d'harmonisation des règles d'allocation, et aux objectifs de transparence et de simplicité nécessaires pour que le marché fonctionne de manière efficace. Il s'agit du mode d'allocation « le plus simple et le plus efficace »²¹ car l'allocation aux enchères est transversale et assure une concurrence ouverte et transparente. De ce fait, les problèmes de concurrence et les effets non désirés de redistribution constatés pendant les deux premières phases devraient être évités. Mais surtout, les contentieux opposant la Commission aux États membres et aux industriels, et relatifs à la répartition des allocations individuelles, devraient être réduits lors de la phase III, puisque cette répartition ne relèvera plus de la compétence des États, mais sera soumise à la logique du marché.

Néanmoins, si une partie du contentieux devait être éliminée, d'autres difficultés risquent de voir le jour. En effet, à compter de 2013, la mise aux enchères concernera 100 % des quotas pour le secteur de l'électricité et 20 % des quotas pour les autres secteurs, part qui augmentera régulièrement jusqu'à 70 % en 2020 puis 100 % en 2027. Au final, au moins 50 % des quotas seront mis aux enchères en 2013. Il apparaît que le régime le plus restrictif s'applique au secteur de l'électricité pour lequel les producteurs seront obligés de recourir intégralement à la mise aux enchères pour l'achat de quotas²². Toutefois, comme il sera expliqué ci-après²³, l'article 10 *quater* de la directive de 2009 permet aux États membres de déroger à cette règle et d'accorder, sous certaines conditions et à titre transitoire, des quotas gratuits à certaines installations du secteur de l'électricité. Toutefois, **la mise en œuvre de cette dérogation est soumise à une autorisation de la Commission et à un contrôle annuel**

²¹ Directive (CE) n° 2009/29, *op. cit.*, considérant 15.

²² Directive (CE) n° 2009/29, *op. cit.*, art. 10 *bis*.

²³ Voir *supra* Partie I, Section 3, p. 17.

de la part de cette dernière. Dès lors, il est probable que le pouvoir de la Commission sur cette question soulève des contentieux dans les années à venir.

De plus, comme il sera détaillé plus précisément ci-après²⁴, des mesures dérogatoires au principe de la mise aux enchères sont prévues pour d'autres secteurs, et notamment les secteurs exposés aux « fuites de carbone »²⁵. Or, ces secteurs, qui bénéficieront d'allocations gratuites, ont dû être déterminés par la Commission et seront révisés tous les cinq ans par cette dernière. De plus, chaque année, la Commission pourra, de sa propre initiative ou sur requête d'un État membre, ajouter un secteur ou un sous-secteur à la liste²⁶. Une fois de plus, il apparaît que le pouvoir de la Commission sera accru, et de nombreux contentieux sur ces questions sont susceptibles d'être soulevés dans le futur.

La directive de 2009 instaure donc une centralisation du système, avec un rôle prépondérant de la Commission. Ce nouveau système aura certainement pour avantage de réduire une partie du contentieux. Néanmoins, la directive de 2009 conserve en partie le concept de l'allocation gratuite de quotas, et renforce les pouvoirs de la Commission sur le contrôle de cette allocation gratuite. On peut donc penser légitimement que ces compétences attribuées à la Commission feront de cette dernière un acteur majeur du contentieux futur.

Durant la phase III, le système sera largement centralisé et les pouvoirs de la Commission seront accrus. Il en résultera certainement la disparition d'une partie du contentieux. Néanmoins, la directive de 2009 ne supprime pas complètement le concept de l'allocation gratuite. Il convient donc d'étudier plus précisément les règles portant spécifiquement sur l'allocation des quotas à titre gratuit.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Directive (CE) n° 2009/29/CE, *op. cit.*, art. 10 *bis*.

²⁶ Directive (CE) n° 2009/29/CE, *op. cit.*, art. 10 §13.

Section 3 Les règles spécifiques à l'allocation des quotas à titre gratuit, source potentielle de contentieux

Nous allons nous intéresser aux modalités d'allocation des quotas en troisième période (2012-2020). À ce titre, nous analyserons la directive (CE) n°2003/87 qui met en place le SEQE et la directive (CE) n°2009/29 qui vient la compléter.

La directive (CE) n°2003/87 établit le SEQE mais se concentre sur ses deux premières périodes de vie, jusqu'à 2012, les phases I et II. Il faut attendre la directive (CE) n°2009/29 pour comprendre comment va évoluer le SEQE après 2012. Comme nous l'avons vu, un changement fondamental est introduit par cette directive : la règle en matière d'allocation des quotas devient celle des enchères et l'exception la gratuité. Nous allons voir pourquoi une telle exception très controversée a été conservée, comment la directive de 2009 l'aborde et quelles sont les modifications apportées sur ce sujet par les décisions de la Commission prises en application de cette directive. Lors de cette analyse, nous essaierons de voir dans quelle mesure les dispositions des directives et décisions sont génératrices de contentieux.

Les institutions européennes sont habilitées, en vertu des traités européens, à adopter un certain nombre d'actes unilatéraux : règlements, directives, décisions, recommandations et avis. Ici nous nous intéressons particulièrement aux directives et aux décisions, toutes deux obligatoires pour les États. Une directive impose aux États un résultat à atteindre en leur laissant le choix des moyens* pour l'atteindre. Son incorporation dans les ordres juridiques nationaux nécessite l'intervention des États, elle n'est donc pas directement applicable. La directive laisse une marge de manœuvre aux États et peut se voir complétée par d'autres actes de l'Union européenne. Dans le cas de la directive (CE) n°2003/87, celle-ci est une directive-cadre, générale qui demande aux institutions de prendre d'autres actes en vue de compléter et de préciser certaines de ses dispositions.

Une décision est, au contraire directement applicable aux États, car elle est automatiquement reconnue par les ordres juridiques nationaux. L'ensemble des dispositions d'une décision est obligatoire pour tous ses destinataires. Les décisions qui nous intéressent viennent compléter la directive de 2003 en matière d'allocation à titre gratuit. Elles permettent de détailler et d'approfondir certaines dispositions particulières.

On se rend compte que dans toute matière où les institutions européennes interviennent, il y a un enchevêtrement d'actes juridiques plus ou moins précis et détaillés dont l'ensemble permet de comprendre et d'aborder l'intégralité d'un sujet.

§ 1 Les directives de 2003 et de 2009

La directive de 2009 vient compléter, en priorité, l'article 10 de la directive (CE) n°2003/87, en lui ajoutant les articles 10 *bis*, *ter* et *quater*, pour qu'il organise l'allocation des quotas à titre onéreux et à titre gratuit pour la période de 2013 à 2020. Pour 2013, la quantité totale de quotas pour l'ensemble de l'UE est calculée en fonction des plans nationaux, acceptés par la Commission et mis en place entre 2008 et 2012 (art. 9). Seuls 5 % de cette quantité totale est réservée aux nouveaux entrants. Les États membres vont mettre aux enchères l'intégralité des quotas qui ne sont pas délivrés à titre gratuit. Il faut donc savoir quels sont ces quotas délivrés à titre gratuit.

Ce sont les articles 10 *bis* et 10 *quater* qui vont s'intéresser à l'allocation à titre gratuit qui est dorénavant l'exception. Nous allons voir pourquoi cette exception existe, dans quels secteurs et dans quelles conditions, uniquement au regard de la directive de 2003 renforcée. L'ensemble des articles auxquels il est fait référence dans cette partie est tiré de la directive de 2003 modifiée par celle de 2009.

A / Pourquoi conserver une allocation à titre gratuit ?

Il ne faut pas oublier que le SEQE est par nature un système progressif qui entend promouvoir à la fois intérêts économiques et impératifs climatiques. C'est à ce titre que l'article 10 *bis* alinéa 5 de la directive de 2003 vient préciser que la quantité totale de quotas délivrée à titre gratuit ne doit pas être supérieure au pourcentage d'émission de l'ensemble des installations hors producteurs d'électricité sur la période de 2005-2007. Ce taux diminuera linéairement jusqu'à la suppression en 2027 de tous les quotas alloués à titre gratuit. Mais cette allocation à titre gratuit doit être justifiée.

Précisément, c'est surtout pour protéger les secteurs énergivores et soumis à un important risque de « *fuite* » de carbone, que la directive prévoit une période de transition supplémentaire à leur avantage, pendant laquelle ils bénéficieront de quotas gratuits. Ce sont des secteurs de l'économie susceptibles de devoir faire face à une concurrence déloyale ou pour lesquels l'achat de quotas ou la modification de leur processus de production représenterait un coût beaucoup trop important les incitant à délocaliser.

B / Comment déterminer les secteurs soumis au risque de fuite de carbone ?

Pour déterminer si tel ou tel secteur est éligible à ce régime d'exception, la Commission devra prendre en compte la capacité du secteur en question à transférer le coût des quotas ainsi que les coûts indirects liés à une augmentation des prix de l'électricité (secteur qui ne peut pas bénéficier de quotas gratuits) sur le prix de ses produits sans pour autant souffrir d'une perte de parts de marché (article 10 *bis* alinéa 14).

L'alinéa 15 de l'article 10 *bis* établit des critères qui vont permettre à la Commission de déterminer si une entreprise est soumise au risque de fuite de carbone. Au plus tard le 30 juin 2010, la Commission devait rendre un rapport au sujet des fuites de carbone, pour évaluer si les méthodes de calcul énoncées dans cette directive sont adéquates, notamment au regard des négociations internationales et leurs résultats. Les décisions qui suivent cette directive sont en effet plus détaillées quant aux méthodes d'allocation des quotas à titre gratuit. De la précision de ces méthodes dépend leur légitimité et l'apparition ou non de contentieux.

C / Quels sont les avantages tirés par ces secteurs d'une allocation à titre gratuit ?

100 % des quotas alloués à ces secteurs le seront à titre gratuit (article 10 *bis* alinéa 12) jusqu'en 2020. Pour déterminer le nombre exact de quotas attribué à chaque entreprise, la Commission doit mettre en place des référentiels *ex ante*.

Ces référentiels listent les produits de chaque secteur concerné par la fuite de carbone et les tonnes de CO₂ devant être émises pour produire une tonne d'un produit particulier (*benchmarks*). Pour les mettre en place, la Commission travaille en partenariat avec les industriels des secteurs concernés et prend comme point de départ les 10 % d'industries les moins consommatrices de CO₂ (article 10 *bis* alinéa 2).

On attribue aux entreprises un nombre de quotas en fonction du référentiel et de leur production entre 2007 et 2008. Si cette entreprise est moins efficace que les industries prises comme référence, l'ensemble des quotas que va lui allouer la Commission ne va pas correspondre à 100 % de ses émissions mais, plus généralement, à 70 ou 80 % de ses émissions réelles. Ce mécanisme incite donc les industries à changer leur processus de production pour être au moins aussi efficaces que les industries qui servent de référence, ou alors à acheter leurs quotas manquants sur le marché.

Il existe une critique importante adressée à ce mode de calcul. Vu la crise économique traversée par l'Europe, la plupart des industriels ont vu leur production réduire. Or, si on calcule le nombre de quotas alloué à titre gratuit pour 2013 sur la base de leur production entre 2007 et 2008, qui depuis s'est réduite, le risque de sur-allocation va peut-être réapparaître.

L'ensemble des mesures d'exécution, que la Commission prend en application de cette directive, devait être pris au plus tard le 31 décembre 2010 pour permettre une harmonisation au niveau européen de l'allocation des quotas à titre gratuit.

D / Le cas particulier du secteur de l'électricité

La directive pose le principe selon lequel les installations de production d'électricité ne recevront pas d'allocation à titre gratuit. Cependant, l'article 10 *quater* permet aux États membres de déroger à cette règle et d'accorder à titre transitoire des quotas gratuits à des installations en activité avant le 3 décembre 2008 sous certaines conditions. Ces conditions tiennent à l'état du réseau national d'électricité en 2007, la dérogation est valable si, notamment, ce dernier n'était pas, à cette date, raccordé ou que très faiblement au réseau exploité par l'Union pour la coordination du transport d'électricité (UCTE). Cependant, un maximum de 70 % des émissions annuelles moyennes de ces installations peut être couvert par des quotas gratuits et ce taux devra diminuer progressivement jusqu'à disparaître en 2020. Enfin, les États qui comptent mettre en œuvre cette dérogation doivent présenter une demande à la Commission au plus tard le 30 septembre 2011. S'ils obtiennent l'accord de la Commission, ils devront, chaque année, se livrer à un contrôle des producteurs d'électricité qui bénéficient de quotas à titre gratuit, et devront en rendre compte à la Commission.

La Commission est venue par la suite compléter la directive de 2003 modifiée en 2009 par trois décisions, précisant en détail certains aspects du régime juridique de l'allocation des quotas à titre gratuit.

§ 2 Les décisions de la Commission de 2010, 2011 et 2012

Par le biais de trois décisions, la Commission européenne est venue préciser en premier lieu quels sont les secteurs et sous-secteurs exposés à un risque important de fuite de carbone et en second lieu quelles sont les règles transitoires s'appliquant à l'allocation des quotas d'émission à titre gratuit pour la phase III du SEQE.

A / La détermination des secteurs et sous-secteurs exposés à un risque important de fuite de carbone

La décision de la Commission 2010/2 du 24 décembre 2009 établit, conformément à la directive (CE) n°2003/87 du Parlement européen et du Conseil, la liste des secteurs et sous-secteurs considérés comme exposés à un risque important de fuite de carbone. Selon l'article 1^{er} de la décision, ces derniers sont précisés en annexe. Ces secteurs sont déterminés suivant les critères de l'article 10 *bis* (13), de cette même directive. La Commission, dans la détermination de ces secteurs et sous-secteurs, s'appuie sur le code NACE qui représente la nomenclature statistique des activités économiques dans l'Union européenne, un système de classification des activités économiques consistant en un code à cinq positions. Des exemples de secteurs et sous-secteurs considérés comme à haut risque de fuites de carbone sont : la fabrication de vêtements en cuir, la sidérurgie, la fabrication de papier et de carton, etc. En 2010, la Commission analysera d'autres secteurs industriels qui ne relèvent pas des codes NACE évalués, mais qui sont susceptibles d'être couverts par les dispositions du SEQE relatives à la fuite de carbone.

Les critères permettant l'établissement de cette liste de secteurs et sous-secteurs soumis à un important risque de fuite de carbone sont posés par l'alinéa 15 de l'article 10 *bis* de la directive (CE) n°2003/87. Ces critères doivent être clairs et compréhensibles, afin d'être

reconnus comme légitimes. Dans le cas contraire, certains industriels pourront se sentir lésés et des contentieux pourraient apparaître. En effet, l'enjeu est important, l'inclusion d'un secteur ou d'un sous-secteur dans cette liste permet, pour les installations concernées, l'attribution de quotas à titre gratuit de manière bien plus avantageuse, comme décrite dans la décision de la Commission 2011/278/UE.

Par la décision (UE) n°2012/498 du 17 août 2012, la Commission modifie les décisions (UE) n°2010/2 et n°2011/278 en ce qui concerne les secteurs et sous-secteurs exposés à un risque important de fuite de carbone.

B / L'établissement des règles transitoires concernant l'allocation harmonisée des quotas d'émissions à titre gratuit

La décision de la Commission 2011/278/UE du 27 avril 2011 définit des règles transitoires pour l'ensemble de l'Union concernant l'allocation harmonisée de quotas d'émission à titre gratuit conformément à l'article 10 *bis* de la directive (CE) n°2003/87 du Parlement européen et du Conseil. La décision s'applique à l'allocation de quotas d'émission à titre gratuit pendant les périodes d'échanges à partir de 2013, à l'exception de l'allocation transitoire de quotas d'émission gratuits pour la modernisation de la production d'électricité en application de l'article 10 *quater* de la directive (CE) n°2003/87.

L'article 5 de cette décision précise que chaque État membre identifie toutes les installations situées sur son territoire qui remplissent les conditions d'allocation de quotas à titre gratuit conformément à l'article 10 *bis* de la directive (CE) n°2003/87. Il peut diviser ces installations en sous-installations suivant qu'elles sont à référentiel de produit, à référentiel de chaleur, à référentiel de combustibles, ou à référentiel d'émission de procédé. Les « sous-installations à référentiel de produit » sont, par exemple, des installations utilisant des ressources pour leur production, ou produisant certains types de produits pour lesquels un référentiel a été défini à l'annexe 1 de cette décision. Les « sous-installations à référentiel de chaleur » produisent ou utilisent de la chaleur provenant d'une autre installation sur le territoire de l'Union. La justification et la méthode d'établissement de ces différentes catégories de sous-installations doivent être explicitées, claires et légitimes. En effet, les méthodes de calculs de l'allocation des quotas à titre gratuit diffèrent selon la catégorie

d'installations. Certains industriels pourraient se sentir lésés de ne pas se voir appliquer les mêmes règles de calculs, ce qui pourrait être source de contentieux.

D'après l'article 7, les États membres récoltent des données de référence auprès de ces différentes sous-installations afin de déterminer un risque ou non de fuite de carbone. Ces données sont importantes car, par exemple, lorsqu'il s'agit d'une sous-installation à référentiel d'émission de procédé appartenant à un secteur ou sous-secteur exposé à un risque important de fuite de carbone, les méthodes de calculs permettant l'allocation de quotas à titre gratuit sont différentes, et cela afin de les avantager.

L'article 8, quant à lui, précise que, concernant la collecte des données, les États membres n'acceptent que celles reconnues satisfaisantes par un vérificateur. Les États membres s'assurent alors que le vérificateur est indépendant de l'exploitant et exerce ses activités avec un professionnalisme sérieux et objectif. Le choix du vérificateur de données semble donc laissé à l'appréciation de l'État membre. Comment ce choix s'effectue-t-il en pratique ? Comment déterminer que le vérificateur agira avec indépendance ? Comment s'assurer que les critères d'objectivité soient les mêmes dans chaque État ? Il est possible d'imaginer un futur contentieux relatif à la question du choix du vérificateur de données par les États membres. Surtout en sachant que le rôle du vérificateur de données est important, du fait que ces données permettent de déterminer ou non un risque de fuite de carbone, et du fait également que l'article 8 de la décision 2011/278/CE stipule que les États membres n'allouent aucun quota d'émission à titre gratuit à une installation lorsque les données la concernant n'ont pas été reconnues satisfaisantes.

L'article 10 précise que sur la base de ces mêmes données recueillies conformément à l'article 7, les États membres calculent pour chaque année le nombre de quotas d'émission alloués à titre gratuit à partir de 2013 à chacune des installations en place situées sur leur territoire. Pour calculer ce nombre, les États membres commencent par déterminer, séparément pour chaque sous-installation, le nombre annuel provisoire de quotas d'émission alloués à titre gratuit. Il s'agit de calculs complexes pour lesquels les États membres se réfèrent au fait qu'il s'agisse d'une installation à référentiel de produit, à référentiel de combustible, à référentiel d'émissions de procédé ou à référentiel de chaleur. Ces calculs complexes peuvent être difficiles à saisir et peuvent sembler même parfois arbitraires. On remarque un manque d'explication au sein de cette décision permettant de comprendre ces

calculs, et surtout expliquant comment la Commission est arrivée à de tels modes de calculs. De ce fait, il est compréhensible que de futurs contentieux, menés surtout par les industriels, apparaissent. La clarté et l'accessibilité des critères choisis et des calculs effectués sont essentiels pour assurer leur légitimité.

Selon l'article 23 et l'article 24, suite à la cessation partielle des activités d'une installation, ou en cas de modification de l'exploitation d'une installation, de sa capacité, de son niveau d'activité ayant une incidence sur son allocation de quotas d'émission, les États membres communiquent à la Commission toutes les informations utiles. Est-il possible de poursuivre un État n'ayant pas respecté son obligation de surveiller et d'indiquer une augmentation de son activité ? Celui-ci peut-il se retourner contre l'installation en question ? Surtout que la détermination de l'allocation provisoire de quotas d'émissions est essentielle afin de déterminer la quantité annuelle totale finale de quotas d'émission alloués à titre gratuit.

Après avoir posé les bases du cadre juridique, il est nécessaire désormais d'approfondir l'analyse en passant au crible les affaires contentieuses portées devant la Cour de justice de l'Union européenne relatives au système européen d'échange de quotas. Ces deux derniers éléments permettront de contextualiser le contentieux existant relatif aux allocations gratuites de phase III et ses perspectives.

PARTIE II - LE CONTENTIEUX JURIDIQUE LIÉ AU SEQE

Avant de s'intéresser précisément au contentieux juridique lié au SEQE, il convient en introduction de rappeler succinctement quelles sont les modalités des recours ouverts devant la Cour de justice de l'Union européenne (Section 1). Nous proposerons ensuite un bilan général du contentieux du SEQE (Section 2). Le détail du contentieux sera ensuite développé selon deux thèmes principaux : le contentieux relatif à la compétence en matière d'allocation de quotas à titre gratuit (Section 3) et le contentieux relatif aux critères d'allocation de quotas à titre gratuit (Section 4).

Section 1 Les recours ouverts devant la Cour de justice de l'Union européenne

La mise en œuvre du SEQE à partir de la directive (CE) n°2003/87 du 13 octobre 2003 a posé plusieurs difficultés entre les différents acteurs du système d'échanges. Ainsi, depuis le début de sa mise en œuvre, les problématiques juridiques et judiciaires se sont multipliées selon les intérêts particuliers des États membres, des secteurs industriels et des institutions de l'Union, donnant lieu à une vaste jurisprudence* devant le juge européen, laquelle sera traitée dans les pages suivantes. Néanmoins, il convient dans un premier temps de présenter les différents recours juridictionnels compris dans le système européen.

Le système juridictionnel européen est composé par la Cour de justice de l'Union européenne, laquelle comprend trois juridictions : la Cour de justice, le Tribunal et le Tribunal de la Fonction publique. L'objectif de la Cour de justice et du Tribunal, en tant que juridictions européennes, est de faire une interprétation uniforme du droit de l'Union européenne et des actes normatifs arrêtés par ses institutions. Les décisions prises par le Tribunal peuvent faire l'objet de pourvois* devant la Cour de justice qui pourra réviser les questions de droit posées, mais n'opèrera pas un contrôle des faits.

On peut mentionner les principaux recours suivants :

- *Recours en annulation** : Ce recours a pour but obtenir l'annulation d'un acte normatif provenant d'une institution européenne ou d'un organe ou organisme de l'Union, soit une directive, un règlement ou une décision. La Cour de justice se réserve la compétence de connaître des recours dirigés par un État membre de l'Union contre le Parlement européen et/ou contre le Conseil, ou bien formés par une institution de l'Union contre une autre institution. Le Tribunal est compétent pour connaître, en première instance*, de tous les autres recours en annulation, et particulièrement, des demandes formées par les particuliers contre les actes des institutions de l'Union.
- *Recours en carence* : Ce recours a pour objectif de pénaliser l'inaction d'une institution ou d'un organe de l'Union quand celui-ci aurait dû agir au regard du droit de l'Union. La Cour de justice et le Tribunal partagent la compétence pour connaître de ce recours, selon les mêmes critères utilisés dans le cadre des recours en annulation. Dans le cas où la juridiction estimerait l'inaction comme illégale, l'organe mis en cause se voit obligé de prendre les mesures appropriées pour la situation spécifique.
- *Recours en indemnité* : Ce recours a lieu dans les cas où un particulier a été victime d'un préjudice provoqué par l'action d'une institution européenne ou d'un organe de l'Union. Le Tribunal a la compétence en première instance et ses décisions peuvent être contestées devant la Cour de justice.
- *Recours en manquement* : Par le biais de ce recours, la Cour de justice contrôle le respect des États membres aux obligations imposées par le droit de l'Union. La Cour de justice peut être saisie uniquement si une procédure préalable, consistant à donner à l'État membre concerné la possibilité de réagir devant la Commission aux griefs qui lui sont adressés, a été mise en place. Si dans la procédure préalable devant la Commission, l'État membre ne s'engage pas à mettre fin au manquement controversé, le recours pour manquement (par violation du droit de l'Union) pourra être introduit devant la Cour de justice.

- Renvoi préjudiciel : Le renvoi préjudiciel ne correspond pas à un type de recours, il s'agit d'une procédure qui a pour but d'assurer une application effective et homogène de la législation de l'Union en rapport à la législation nationale des États membres. Ainsi les juges nationaux, en cas de doute, peuvent (ou doivent, selon les cas) demander à la Cour de justice l'interprétation du droit de l'Union, dans le but de vérifier la conformité de ce droit avec leur législation nationale dans une situation judiciaire spécifique. Le juge national est lié par la décision de la Cour.

Après avoir exposé les différents recours possibles devant la Cour de justice de l'Union, dressons le bilan du contentieux relatif au système européen d'échange de quotas.

Section 2 Présentation du contentieux relatif au SEQE

À ce jour, devant les juridictions de l'Union européenne, 44 affaires concernent la directive (CE) n°2003/87 établissant le système d'échange de quotas et les textes lui étant rattachés. 37 d'entre elles sont closes²⁷ et 7 sont pendantes. La typologie de celles-ci est très variable. En effet, ces affaires traitent de questions diverses telles que la validité du système par rapport au droit international²⁸, les sanctions pour non-transposition^{29*}, la compétence de la Commission³⁰, les critères d'allocation³¹, la publicité des registres³². Parmi ces affaires se retrouvent des questions préjudicielles adressées au juge de l'Union européenne³³. De plus, les solutions données par les tribunaux varient, allant du jugement au fond à la décision d'irrecevabilité^{34*}. Malgré tout, si toutes les affaires closes n'intéressent pas directement la présente étude, il est intéressant de constater que les questions principales adressées aux juridictions concernent la compétence de la Commission dans l'allocation des quotas et les critères de cette allocation. Il est d'autant plus intéressant de constater que les décisions d'irrecevabilité sont clairement majoritaires dans le cadre de ce contentieux. Cela laisse augurer d'un contentieux potentiellement important avec le début de la phase III débutera.

²⁷ Voir Annexe pp. 63 ss.

²⁸ CJUE, *Air Transport Association of America e.a.*, Aff. C-366/10, 21 décembre 2011.

²⁹ CJUE, *Commission c/ Italie*, Aff. C-122/05, 18 avril 2005.

³⁰ CJUE, *Commission c/ Estonie*, Aff. C-505/09P, 29 mars 2012.

³¹ CJUE, *Saint-Gobain Glass Deutschland c/ Commission*, Aff. C-503/07P, 8 avril 2008.

³² CJUE, *Ville de Lyon*, Aff. C-524/09, 22 décembre 2010.

³³ CJUE, *Arcelor Atlantique et Lorraine e.a.*, Aff. C-127/07, 16 décembre 2008.

³⁴ CJUE, *Cementownia Odra c/ Commission*, Aff. T-199/07, 23 septembre 2008.

Ainsi, même si seulement deux affaires closes portent directement sur la question de l'allocation gratuite de quotas en phase III³⁵, l'analyse du contentieux permet de déduire de grandes lignes prospectives pour le contentieux de phase III. Notamment, parmi les sept affaires pendantes devant les juridictions de l'Union, deux posent directement la question de l'allocation des quotas gratuits³⁶. L'analyse du contentieux actuel permet ainsi de prévoir les solutions les plus probables aux questions récurrentes qui vont se poser lors de la phase III.

Suite au bilan du contentieux dressé précédemment, qui nous a permis d'avoir un aperçu éclairé sur le contentieux actuel relatif au système européen d'échange de quotas, nous allons désormais aborder le contentieux juridique relatif à la compétence d'allocation et au plafonnement des quotas gratuits.

Section 3 Le contentieux juridique relatif à la compétence d'allocation et au plafonnement des quotas gratuits

Les développements qui suivent présentent successivement les bilans de la phase I (A), de la phase II (B), puis nous examinerons les perspectives contentieuses pour la phase III (C).

§ 1 Bilan du contentieux de phase I

- CJUE, *Royaume-Uni c/ Commission des communautés européennes*, Aff. T-178/05, 23 novembre 2005³⁷

Le 30 avril 2004, le Royaume-Uni notifie son PNA à la Commission pour la mise en œuvre de la phase I, en indiquant que celui est provisoire et susceptible d'être modifié à la lumière du travail en cours dans cet État, et portant sur les prévisions en matière d'émissions. Le 9 juin 2004, la Commission envoie une lettre au Royaume-Uni précisant que la notification* du PNA est incomplète, car certaines informations font défaut. La Commission

³⁵ CJUE, *Eurofer c/ Commission*, Aff. T-381/11, 4 juin 2012 et CJUE, *Hüttenwerke Krupp Mannesmann e.a c/ Commission*, Aff. T-379/11, 4 juin 2012.

³⁶ CJUE, *Pologne c/ Commission*, Aff. T-370/11, requête introduite le 16 septembre 2011 et CJUE, *Iberdrola et Gas Natural*, Aff. C-566/11, demande de décision préjudicielle du 27 janvier 2012.

³⁷ CJUE, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c/ Commission*, Aff. T-178/05, 23 novembre 2005.

invite le Royaume-Uni à fournir ces informations, et notamment les prévisions révisées en matière d'émissions, ainsi que toute modification en résultant apportée au plan. Par une lettre du 14 juin 2004, le Royaume-Uni explique que les prévisions finalisées et les modifications en résultant seront notifiées à la Commission après consultation des personnes intéressées.

Le 7 juillet 2004, la Commission adopte la décision C (2004) 2515/4 finale concernant le PNA notifié du Royaume-Uni. Dans cette décision, la Commission mentionne que certains éléments du PNA sont incompatibles avec les critères 6 et 10 de l'annexe III de la directive 2003/87. De fait, la Commission impose au Royaume-Uni de modifier son PNA pour se mettre en conformité avec ces critères. La Commission explique que l'État pourra modifier son PNA au vu des prévisions révisées. Pourtant, elle précise que ces modifications ne pourront pas conduire à une augmentation de la quantité totale des quotas à allouer telle que prévue par le PNA notifié. Pourtant, le 10 novembre 2004, le Royaume-Uni fait savoir à la Commission qu'il souhaite modifier son PNA pour tenir compte des résultats des travaux réalisés, et notamment augmenter la quantité totale de quotas alloués.

Le 12 avril 2005, la Commission adopte la décision C (2005) 1081 finale. Dans cette décision, la Commission affirme qu'en vertu de l'article 9 (3), le Royaume-Uni pouvait modifier son PNA uniquement pour répondre aux incompatibilités relevées dans la décision du 7 juillet 2004, mais qu'il était impossible pour cet État d'augmenter la quantité totale de quotas à allouer. De fait, la Commission déclare irrecevables les modifications du PNA proposées par le Royaume-Uni le 10 novembre 2004, au motif qu'elles entraînent un dépassement de la quantité totale de quotas autorisée par la Commission dans sa décision du 7 juillet 2004.

En mai 2005, le Royaume-Uni introduit un recours contre la décision de la Commission du 12 avril 2005, en demandant au Tribunal d'annuler cette décision, car celle-ci violerait la directive de 2003 et la décision du 7 juillet 2004. La Commission s'oppose à cette demande du Royaume-Uni en répétant que les seules modifications possibles du PNA sont celles permettant une mise en conformité avec les critères n° 6 et n° 10. En revanche, toute modification entraînant le dépassement de la quantité totale de quotas tel que prévu dans le PNA notifié est exclue. Mais, le Royaume-Uni s'oppose à cette interprétation de la Commission. En effet, en vertu de l'article 9 de la directive 2003, le plan initial soumis par un État membre à la Commission devrait uniquement indiquer la quantité totale de quotas qu'il « *a l'intention* » d'allouer. De fait, cette quantité totale pourrait être modifiée, et augmentée, même après l'adoption de la décision d'approbation ou de rejet* par la Commission. Le

Royaume-Uni précise d'ailleurs que le PNA notifié à la Commission était expressément prévu comme étant provisoire et susceptible de faire l'objet de modifications, y compris des modifications visant à augmenter la quantité totale de quotas alloués.

Dès lors, la question qui se pose est la suivante: lorsqu'un État a notifié son PNA à la Commission, et que celle-ci, au titre de l'article 9 de la directive de 2003, a enjoint cet État de réaliser des modifications, l'État peut-il ensuite apporter d'autres modifications que celles demandées par la Commission, et notamment des modifications entraînant une augmentation de la quantité totale de quotas à allouer ?

Pour répondre à cette question, le Tribunal rappelle qu'en vertu de l'article 9 (3) de la directive (CE) n°2003/87, la Commission est habilitée, « *dans les trois mois qui suivent la notification d'un PNA, à rejeter ce PNA ou tout aspect de celui-ci* ». Ce rejet doit être fondé sur l'incompatibilité du PNA avec les critères énoncés à l'annexe III ou avec l'article 10 de la directive. Le Tribunal relève que ladite directive ne prévoit pas d'autres motifs pour rejeter un PNA (point 54 de l'arrêt). Ensuite, en vertu de l'article 9 (3), le Tribunal explique que l'adoption par l'État membre de sa décision d'allocation est soumise à la condition que toute modification du PNA proposée ait été acceptée par la Commission. Mais, le Tribunal souligne que l'article 9 (3) n'impose aucune limite quant aux modifications possibles (point 56).

De fait, selon le Tribunal, si un PNA se fonde en partie sur des informations erronées concernant le niveau des émissions de certains secteurs ou de certaines installations, l'État doit pouvoir proposer des modifications du PNA, y compris des augmentations de la quantité totale de quotas à allouer. La Commission ne peut pas limiter le droit d'un État membre à proposer des modifications aux seules modifications concernant les incompatibilités relevées par la Commission (point 66). Néanmoins, le Tribunal précise que toute modification, qu'elle soit proposée par l'État membre ou qu'elle soit rendue nécessaire pour corriger les incompatibilités du PNA soulevées par la Commission, doit être notifiée à la Commission et approuvée par celle-ci avant que le PNA puisse servir de fondement à la décision finale d'allocation (point 56). Dès lors, la Commission doit seulement vérifier si les modifications proposées par l'État membre sont compatibles avec les critères énoncés à l'annexe III ou avec les dispositions de l'article 10.

Ainsi, le Tribunal conclut que la Commission a commis une erreur de droit* en rejetant les modifications proposées par le Royaume-Uni et en les déclarant irrecevables au seul motif

que celles-ci entraînaient une augmentation de la quantité de quotas. Partant, le Tribunal accueille le moyen soulevé par le Royaume-Uni et annule la décision de la Commission du 12 avril 2005 (point 74).

Ainsi, le Tribunal consacre la liberté des États s'agissant de la détermination du nombre de quotas alloués sur leur territoire. Dans le même temps, la Commission voit son pouvoir de contrôle, découlant de l'article 9 (3) de la directive (CE) n°2003/87, strictement encadré. En effet, les États doivent notifier leur PNA à la Commission. Or, en cas d'incompatibilité avec les critères de l'annexe III ou avec les dispositions de l'article 10 de la directive, la Commission peut rejeter le PNA et proposer des modifications des modifications. Mais, le Tribunal admet que les États peuvent procéder à d'autres modifications que celles proposées par la Commission, et notamment augmenter la quantité totale de quotas alloués. La Commission ne peut pas s'opposer à cette augmentation, mais seulement contrôler si cette dernière est réalisée de manière conforme aux critères de l'annexe III ou aux dispositions de l'article 10 de la directive 2003/87.

- CJUE, *Allemagne c/ Commission des communautés européennes*, Aff. T-374/04, 7 novembre 2007³⁸

Le 31 mars 2004, la République fédérale d'Allemagne a notifié à la Commission son PNA pour la phase I. Or, ce PNA prévoit la possibilité pour l'État de procéder annuellement à des ajustements du nombre de quotas alloués aux exploitants, c'est-à-dire des adaptations du nombre de quotas alloués. Le PNA liste les situations dans lesquelles ces ajustements pouvaient être mis en œuvre : augmentation de la capacité de production, remplacement d'installation... De plus, comme le précise la loi d'allocation, il ne peut s'agir que d'ajustements à la baisse, pour éviter des « sur-allocations ». Mais, par la décision C (2004) 2515/2 final du 7 juillet 2004, adoptée sur le fondement de l'article 9 (3) de la directive (CE) n°2003/87, la Commission a rejeté le PNA allemand dans la mesure où celui-ci prévoyait ces ajustements ex post d'allocation, en les déclarant incompatibles avec les critères n° 5 et 10 de l'annexe III de la directive 2003/87 (article 1er de la décision attaquée) et en demandant à l'Allemagne de les supprimer (article 2 de la décision attaquée).

Le 20 septembre 2004, l'Allemagne introduit un recours devant le Tribunal. La requérante demande au Tribunal, d'une part, d'annuler l'article 1er de la décision attaquée, et d'autre part

³⁸ CJUE, *République fédérale d'Allemagne c/ Commission*, Aff. T-374/04, 7 novembre 2007.

d'annuler l'article 2 de ladite décision dans la mesure où cette dernière ordonne à l'Allemagne de procéder à certaines modifications du PNA allemand et de les communiquer.

Dans un premier temps, la Commission a rejeté le PNA allemand au motif que celui-ci était contraire au critère n° 5 de l'annexe III de la directive de 2003, selon lequel « *le plan n'opère pas de discrimination entre entreprises ou secteurs qui soit susceptible d'avantager indûment certaines entreprises ou activités* ». En effet, selon la Commission, les ajustements *ex post* applicables aux nouveaux entrants octroieraient à ces derniers un avantage injustifié vis-à-vis des exploitants d'installations déjà couverts par le PNA allemand. En réponse, l'Allemagne allègue que si les États n'étaient pas en mesure de retirer des quotas alloués de manière injustifiée, cela entraînerait un avantage concurrentiel indu pour l'exploitant qui aurait alors la possibilité de vendre, à profit, ses quotas excédentaires. En résulteraient alors des désavantages concurrentiels indus pour les autres exploitants.

Dans un second temps, la Commission a rejeté le PNA allemand au motif qu'il serait contraire au critère n° 10 de la directive de 2003 selon lequel « *le plan doit contenir la liste des installations et, pour chacune d'elles, les quotas que l'État souhaite lui allouer* ». D'après la Commission, cette disposition signifie que le nombre de quotas alloués aux différentes installations doit être déterminé par avance, avant le début de la période d'échange prévue par l'article 11 de la directive, c'est-à-dire la période de 3 ans. Ainsi, une modification du nombre de quotas en cours de période serait impossible. À l'inverse, l'Allemagne soutient que l'utilisation de la formulation « *souhaite allouer* » signifie que l'État peut modifier cette allocation en cours de période d'échange. La thèse de l'Allemagne est d'ailleurs renforcée par la formulation de l'article 9 (1) qui prévoit que le PNA doit préciser la quantité totale de quotas l'État a « *l'intention d'allouer* ». La directive laisserait donc une marge de manœuvre aux États s'agissant de la gestion de leurs quotas durant la période d'échange. De fait, l'Allemagne allègue la violation de l'article 9 (3) de la directive (CE) n° 2003/87. Selon cet article, « *dans les trois mois qui suivent la notification d'un PNA par un État membre, la Commission peut rejeter ce plan ou tout aspect de celui-ci en cas d'incompatibilité avec les critères énoncés à l'annexe III ou avec les dispositions de l'article 10* ». Selon la Commission, cette disposition lui permet de contrôler l'ensemble du PNA, et notamment au regard des critères de l'annexe III et de la directive dans son ensemble. À l'inverse, l'Allemagne déduit de l'article 9 que le PNA doit contenir les critères prévus à l'annexe 3. Mais, le terme « *incluant* » (1) du même article permettrait à l'État d'ajouter d'autres éléments, d'autres critères (ici des

possibilités d'ajustement) à la seule condition que ceux-ci soient objectifs et transparents. Or, selon la requérante, tous les ajustements *ex post* satisfont à ces exigences d'objectivité et de transparence, car il est indiqué aux exploitants, dès le moment de l'attribution des quotas, à quelles conditions et dans quelle mesure ceux-ci sont susceptibles d'être retirés. Donc, d'une manière générale, l'Allemagne remet en cause l'étendue du pouvoir de contrôle de la Commission. Selon l'Allemagne, le pouvoir de contrôle de la Commission serait limité à un examen du PNA sur le fondement des seuls critères contenus à l'annexe III et des seules dispositions de l'article 10 de ladite directive. Dès lors, le rejet du PNA ne serait possible que dans la mesure où il serait incompatible avec lesdits critères et lesdites dispositions.

La question qui se pose alors est de savoir si l'article 9 (3) de la directive de 2003 limite le pouvoir de contrôle de la Commission à un examen du PNA sur le fondement **des seuls critères contenus à l'annexe III et des seules dispositions de l'article 10 ?**

La question porte en réalité sur la **marge de manœuvre dont dispose l'État pour mettre en œuvre la directive 2003/87**, et sur le pouvoir de contrôle de la Commission. En effet, il s'agit de savoir si un État, en prévoyant des ajustements *ex post* dans son PNA, contrevient à son obligation de transposition de la directive, ce qui peut faire l'objet d'un contrôle de la Commission.

D'une part, le Tribunal rappelle que si l'État membre dispose d'une certaine marge de manœuvre pour la transposition de la directive de 2003, il n'en reste pas moins que la Commission est habilitée à vérifier la conformité des mesures prises par l'État membre avec les critères énoncés à l'annexe III et les dispositions de l'article 10 de ladite directive. Or, dans l'exercice de ce contrôle, la Commission jouit d'une importante marge d'appréciation, car ce contrôle implique des évaluations économiques et écologiques complexes opérées au regard de l'objectif général de réduction des émissions de gaz à effet de serre (point 80 de l'arrêt). La Commission peut donc exercer un contrôle renforcé des mesures prises par l'État qui relèvent des critères Annexe III (point 81).

Mais, d'autre part, le Tribunal relève que l'article 9 (1) de la directive 2003/87, qui établit les conditions de légalité* d'un PNA, ne fait pas exclusivement référence aux critères énumérés à l'annexe III de la directive, mais permet de fonder le PNA sur d'autres critères d'allocation, sous réserve que ceux-ci soient « *objectifs et transparents* » (point 106). Donc,

cette disposition permet à l'État de prévoir des critères additionnels, ici des possibilités d'ajustements *ex post*. Or, s'agissant du contrôle de ces critères additionnels, le Tribunal explique que le pouvoir de contrôle de la Commission est réduit à la vérification que ces critères additionnels remplissent les conditions d'objectivité et de transparence (point 106). Le contrôle de la Commission est donc moindre que celui qui est réalisé s'agissant de la compatibilité de PNA aux critères de l'Annexe III et aux dispositions de l'article 10.

Cela étant établi, il revient au Tribunal le soin de déterminer si les ajustements *ex post* sont contraires aux critères n° 5 et n° 10. S'agissant du critère n° 5, le Tribunal conclut à l'absence de violation de ce critère. S'agissant du critère n° 10, dans un premier temps, le Tribunal relève que l'article 11 (1) oblige l'État à fonder sa décision d'allocation sur son PNA. Mais, le Tribunal explique que cet article 11 ne pose pas d'interdiction explicite de modification ultérieure (point 106). Le Tribunal justifie cet argument en expliquant que, selon l'article 11 (1) et le critère n° 9 de l'annexe III, le contenu de la décision d'allocation dépend également de la seconde consultation publique qui n'intervient qu'après l'examen par la Commission du PNA notifié. Dès lors, cette consultation peut justifier une modification de l'allocation par l'État, sous peine de rendre cette consultation sans objet et les observations du public purement théoriques. Dans un second temps, la formulation utilisée à l'article 38(2) du règlement (CE) n° 2216/2004, selon laquelle « *cette correction est faite conformément aux méthodes indiquées dans ce PNA* », confirme la possibilité d'une correction postérieure du nombre de quotas alloués, pourvu que le PNA en tant que tel prévoie expressément la méthode applicable à une telle correction (point 108). Donc, à la lumière de ces dispositions et de l'objectif général de la directive, il apparaît qu'il n'existe aucune disposition expresse interdisant à l'État de réaliser des corrections postérieures dès lors que celles-ci n'aboutissent pas à une augmentation du nombre de quotas alloués individuellement. De fait, il n'y a pas violation du critère n° 10.

En conséquence, si les ajustements *ex post* ne sont pas contraires aux critères de l'Annexe III, **l'unique** condition de validité de ces ajustements réside dans le fait qu'ils soient mis **en œuvre de manière objective et transparente**. Le contrôle de la Commission porte alors exclusivement sur le respect de ces exigences d'objectivité et de transparence. Or, en l'espèce, les ajustements prévus satisfont à ces exigences puisqu'il est indiqué aux exploitants, dès le moment de l'attribution des quotas, à quelles conditions et dans quelle mesure ceux-ci sont susceptibles d'être retirés. Le Tribunal précise néanmoins que les

modifications ultérieures, intervenant après la décision d'allocation, pourront tout de même faire l'objet d'un contrôle de la Commission, mais uniquement au titre de la surveillance permanente que celle-ci exerce grâce aux instruments de gestion et de vérification prévus par le règlement (CE) n° 2216/2004 et la décision (CE) n° 280/2004, ainsi qu'au titre de la compétence générale de surveillance dont elle est investie au titre des articles 211 CE et 226 CE, compétence qui lui permet d'agir en cas de violation du droit communautaire (point 106).

Par conséquent, le Tribunal annule l'article 2, point a) à c), de la décision de la Commission pour autant qu'il ordonne à la République fédérale d'Allemagne, d'une part, la suppression des mesures d'ajustement *ex post* qui y sont visées, et, d'autre part, la communication à la Commission de ladite suppression (point 173).

À la lecture de cet arrêt, il apparaît en conclusion que le pouvoir de la Commission s'agissant du contrôle de l'allocation de quotas, par les États, aux exploitants est réduit. En effet, alors que la Commission dispose d'une large marge d'appréciation pour vérifier que les critères de l'annexe III de la directive de 2003 sont remplis, l'État peut prévoir des critères additionnels, et notamment des ajustements *ex post* tels qu'une diminution du nombre de quotas alloués à un exploitant. Or, ces ajustements à la baisse, ne sont soumis qu'à un contrôle restreint de la part de la Commission, contrôle portant uniquement sur l'objectivité et la transparence de la mise en œuvre de ces critères additionnels.

Alors que 95 % des quotas étaient délivrés gratuitement durant la phase I, il revenait aux États le soin de définir, dans leurs PNA, la quantité totale de quotas délivrés sur leurs territoires, ainsi que la répartition de ces quotas entre les différents exploitants nationaux. Sur ces deux questions, les juridictions européennes ont consacré la liberté des États, au détriment de la Commission qui a vu son pouvoir de contrôle des PNA, fondé sur l'article 9 (3) de la directive 2003/87, strictement encadré. En effet, suite à la notification de leur PNA par les États, la Commission pouvait proposer des modifications. Or, il a été admis que les États pouvaient procéder à d'autres modifications que celles proposées par la Commission, et notamment augmenter la quantité totale de quotas alloués. La Commission ne pouvait pas s'opposer à cette augmentation, mais seulement contrôler si celle-ci était conforme à certaines dispositions de la directive 2003/87. De plus, si le PNA des États devait contenir la liste des installations, et pour chacune d'elles le nombre de quotas alloués, rien n'interdisait aux États de procéder, en cours de

période d'échanges, à une diminution du nombre de quotas alloués à une installation. Dans un tel cas, la Commission peut seulement vérifier que cet ajustement à la baisse est mis en œuvre de manière objective et transparente.

§ 2 Bilan du contentieux de phase II

Avant de s'intéresser plus précisément au contentieux juridique existant, il convient en introduction de rappeler succinctement quelles sont les modalités des recours ouverts devant la Cour de justice de l'Union européenne. Il sera ensuite possible d'étudier trois aspects distincts du contentieux existant (I), les critères de recevabilité devant les juridictions (A), le contentieux relatif à la compétence (État/Commission) en matière d'allocation de quotas à titre gratuit (B), ainsi que le contentieux relatif aux critères d'allocations (C). Dans une seconde partie (II), une présentation des enjeux sera dressée (A) ainsi qu'une analyse du contentieux pendant devant les juridictions de l'Union européenne (B).

A / Base juridique de ces recours

Les recours ci-après présentés sont fondés sur deux bases juridiques distinctes selon que la partie requérante est un État ou bien une entreprise.

Etats

- **Article 288 du TFUE**
- Tout Etat membre est en droit de contester la légalité d'une décision de la Commission par le biais d'un recours en annulation. Pour ce faire il n'est en aucun cas obligé de justifier un quelconque intérêt à agir.

Entreprises

- **Article 230 du traité CE**
- La Cour de justice est compétente pour contrôler la conformité, avec le droit communautaire, des actes adoptés par les institutions de l'Union destinés à produire des effets juridiques vis-à-vis des tiers.

B / La compétence établie des États en matière d'allocation de quotas à titre gratuit

Par souci de clarté, les faits, procédures, arguments et solutions étant similaires dans les quatre affaires relatives à cette problématique en phase II, le développement qui suivra sera une synthèse des affaires suivantes :

- CJUE, *République tchèque c/ Commission des communautés européennes*, Aff. T-194/07, 2007³⁹ ;
- CJUE, *République de Hongrie c/ Commission des communautés européennes*, Aff. T-221/07, 2007⁴⁰ ;
- CJUE, *Région Wallonne c/ Commission des communautés européennes*, Aff. T-237/09, 1er février 2012⁴¹ ;
- CJUE, *République de Pologne c/ Commission des communautés européennes*, Aff. T-183/07, et C-504/09, 2012⁴² ;
- CJUE, *République d'Estonie c/ Commission des communautés européennes*, Aff. T-263/07, et C-505/09, 2012⁴³.

Au cours de la Phase I, la République tchèque, la Hongrie, la Pologne et l'Estonie ont soumis au contrôle de la Commission européenne leurs PNA pour la période allant de 2008 à 2012. La Commission constate, par quatre décisions que les PNA qui lui ont été présentés sont incompatibles avec plusieurs critères de la directive (CE) n°2003/87 (et notamment les articles 9(1), 9(3), 10 et 11(2)). Elle a, en conséquence, décidé qu'il y avait lieu de diminuer les quantités totales annuelles de quotas d'émissions par rapport à celles que ces États proposaient d'émettre.

Suite à ces décisions de la Commission, chacun des États a formé un recours en annulation à l'encontre de la décision le concernant. Le Tribunal de première instance de la CJUE se

³⁹ CJUE, *République tchèque c/ Commission*, Aff. T-194/07, recours introduit le 4 juin 2007 dans le but d'annuler la décision de la Commission du 26 mars 2007, C(2007) 1294 final relative au plan national d'allocation des quotas d'émission de GES présenté par la Hongrie en application de la directive (CE) n° 2003/87 du Parlement européen et du Conseil.

⁴⁰ CJUE, *République de Hongrie c/ Commission*, Aff. T-221/07, recours introduit le 26 juin 2006 dans le but d'annuler la décision de la Commission du 16 avril 2007 C(2007) 1689 final relative au plan national d'allocation des quotas d'émission de GES présenté par la Hongrie en application de la directive (CE) n° 2003/87 du Parlement européen et du Conseil.

⁴¹ CJUE, *Région Wallonne c/ Commission*, Aff. T-237/09, 1^{er} février 2012.

⁴² CJUE, *République de Pologne c/ Commission*, Aff. T-183/07, 23 septembre 2009 et Aff. C-504/09, 29 mars 2012.

⁴³ CJUE, *République d'Estonie c/ Commission*, Aff. T-263/07, 23 septembre 2009 et Aff. C-505/09, 29 mars 2012.

prononça chaque fois en faveur des États membres en estimant que la Commission a outrepassé ses compétences en modifiant les quantités totales annuelles de quotas d'émissions que les États avaient prévu d'émettre pour la phase II. La Commission n'a formé de pourvoi contre les arrêts du Tribunal que dans les affaires l'opposant à la Pologne, puis à l'Estonie. Les affaires de Hongrie et de République tchèque s'arrêtèrent quant à elles en première instance sur une condamnation de la Commission.

Dans les affaires polonaise et estonienne, la Commission motive son recours devant la Cour en arguant tout d'abord que la compétence des États d'allouer eux-mêmes les quotas à titre gratuit entraînait une inégalité de traitement entre les États membres. Elle ajoute que les PNA proposés par les États ne respectaient pas certaines conditions de l'annexe III de la directive (CE) n°2003/87. Enfin, elle estime que dans l'intérêt d'une « économie de procédure », il convient de lui reconnaître le pouvoir de fixer la quantité maximale de quotas d'émission de gaz à effet de serre à allouer.

S'agissant des États, ils défendent l'idée que la Commission a violé des dispositions combinées de l'article 9(1), de l'article 9(3), de l'article 10 et de l'article 11(2) de la directive (CE) n°2003/87, ainsi que le principe de confiance légitime. En ne tenant pas compte du PNA proposé par les États, elle aurait appliqué sa propre méthode de fixation de la quantité moyenne annuelle totale maximale des quotas d'émissions. Les États arguent qu'une telle mesure consistait pour la Commission à assumer à tort une fonction que la directive (CE) n°2003/87 confiait en réalité aux États membres. En effet, l'article 9(3) de la directive ne prévoyait en aucun cas une compétence de la Commission en matière d'allocation de quotas à titre gratuit, et constituait en cela une véritable sécurité juridique pour les États membres⁴⁴.

Dans ces quatre affaires, le problème juridique qui est soumis à l'interprétation de la Cour de justice est de déterminer **à qui incombe la compétence en matière d'allocation des quotas dans le système du SEQE au regard de la directive (CE) n°2003/87** : aux États ou à la Commission ?

Comme vu précédemment, le Tribunal de première instance, dans les affaires opposant la Commission à la République tchèque d'une part, puis à la Hongrie d'autre part, avait donné

⁴⁴ CJUE, *Portugal c/ Commission*, Aff. C-208/99, ordonnance du 27 novembre 2001.

CJUE, *TV 2/Danmark e.a. c/ Commission*, Aff. T-309/04, T-317/04, T-329/04 et T-336/04, 22 octobre 2008.

raison aux États membres, estimant que la Commission avait outrepassé ses compétences en modifiant les quantités totales annuelles de quotas d'émissions que les États avaient prévu d'émettre pour la phase II.

S'agissant des arrêts rendus par la Cour de justice le 29 mars 2012, dans les affaires opposant la Commission à la Pologne d'une part, et à l'Estonie d'autre part, la Commission a rejeté les pourvois formés par l'exécutif européen contre les arrêts du Tribunal, donnant ainsi raison à la Pologne et à l'Estonie dans le différend qui les opposait à la Commission européenne en matière de plafonnement des émissions de gaz à effet de serre. Autrement, la compétence en matière d'allocation de quotas à titre gratuit appartient aux États membres, et non à la Commission des communautés européennes.

Dans ses conclusions, la Cour rappelle que la directive (CE) n°2003/87 prévoit qu'il revient aux États membres de « *fixer la quantité totale de quotas à allouer en tenant compte notamment de la politique énergétique nationale et du programme national en matière de changements climatiques* ». La Cour rejette l'argument de la Commission selon lequel, dans l'intérêt d'une économie de procédure, il conviendrait de lui reconnaître le pouvoir de fixer la quantité maximale de quotas d'émission de gaz à effet de serre à allouer. Elle confirme alors que « *la Commission a excédé ses compétences en imposant un plafond de quotas d'émission de gaz à effet de serre à la Pologne et à l'Estonie* », ajoutant enfin que « *les États membres disposent d'une certaine marge de manœuvre pour la transposition de la directive [2003/87/CE établissant le SEQE] et partant, pour choisir les mesures qu'ils considèrent les mieux adaptées pour atteindre l'objectif fixé par cette directive* ». La Cour précise que considérer que la Commission puisse être en mesure de fixer une telle quantité maximale, reviendrait en réalité à lui conférer des pouvoirs dépourvus de toute base juridique*. Ainsi, la **Cour rappelle qu'il appartient aux États, dans le respect des critères objectifs prévus par la directive, de fixer les plafonds d'allocation de quotas** ; et que la Commission opère un dépassement de compétences en s'octroyant ce rôle.

- CJUE, *République de Lettonie c/ Commission des communautés européennes*, Aff. T-369/07, 2007⁴⁵ ;

⁴⁵ CJUE, *République de Lettonie c/ Commission*, Aff. T-369/07, 22 mars 2011.

L'affaire tout à fait intéressante, opposant la Commission à la Lettonie, méritait selon nous un développement ultérieur. En effet, bien que le déroulement de l'affaire soit en réalité assez semblable à celui des quatre affaires citées ci-dessus, l'affaire témoigne de surcroît de la lutte des États membres contre les fuites de carbone. En effet, dans cette affaire, la Lettonie, soutenue par la Lituanie et la République slovaque, entendait allouer à son industrie nationale, et plus particulièrement à son industrie du ciment (secteur très concerné par les fuites de carbone), une moyenne annuelle totale de 7,763883 millions de tonnes d'équivalent dioxyde de carbone. La Commission européenne, soutenue par le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et l'Irlande du Nord, adopta, le 13 juillet 2007, la décision C(2007) 3409 concernant la modification du PNA de la Lettonie. Comme pour les affaires précédemment développées, cette décision entraîna par la suite un recours en annulation de la part de l'État membre, qui obtint gain de cause aux dépens de la Commission européenne.

Cette affaire reflète la crainte des entreprises de se voir octroyer moins de quotas à titre gratuit que dans le passé. De telles mesures les incitent fortement à délocaliser hors de l'Union européenne⁴⁶. La proposition de 2009 relative à la révision du système SEQUE, qui fait partie du paquet énergie climat, prévoyait notamment que certains secteurs devraient désormais acheter 100 % de leurs crédits aux enchères. Ce fut notamment le cas pour le secteur de la production d'électricité. Néanmoins, l'industrie lourde, et notamment celle du ciment, de l'acier, de l'aluminium et les secteurs de la chimie se sont insurgés contre le renforcement de système au motif que cela gonflerait leurs coûts à un point tel qu'ils se verraient obligés de délocaliser leurs usines et les emplois en-dehors des frontières de l'UE, situation qui conduirait à une fuite des émissions de CO₂, sans aucun avantage environnemental⁴⁷.

Si l'on prend l'exemple du secteur du ciment, concerné dans l'affaire Lettonie contre Commission, les producteurs européens de ce secteur avaient averti que, faute de permis accordés à titre gracieux, la production de mâchefer pourrait être totalement réalisée hors de l'UE⁴⁸. Ceci fait donc écho aux précédents développements, compris dans la Partie 1, relatifs

⁴⁶ « La “fuite de carbone” : un défi pour l'industrie de l'UE », *EurActiv*, 27 janvier 2009, disponible sur : <http://www.euractiv.com/fr/changement-climatique/la-fuite-de-carbone-un-defi-pour-links dossier-188877> (page consultée le 26/01/2013).

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*

Voir aussi SEGHIER (C.), « Quota de CO₂ et fuite de carbone : le Parlement suit la position de la Commission », *Actu-Environnement*, disponible sur : http://www.actu-environnement.com/ae/news/fuite_carbone_Commission_quota_parlement_8800.php4 (page consultée le 26/01/2013).

aux fuites de carbone⁴⁹. Le contentieux relatif à l'établissement de ces listes et critères sera développé dans la sous-partie suivante.

À titre d'information, il est nécessaire de rappeler que deux autres États avaient introduit des recours en annulation contre des décisions de la Commission relatives à leur PNA pour la période allant de 2008 à 2012 : la Bulgarie (T-500/07) et la Slovaquie (T-32/07). Mais tous deux se sont désistés de leur recours.

Le contentieux relatif à la compétence en matière d'allocation à titre gratuit nous a conduits à nous demander si une entreprise pouvait elle aussi demander l'annulation d'une décision de la Commission visant à réduire le plafond d'un PNA d'un État membre.

En phase II, quatre affaires ont concerné la problématique de la compétence en matière d'allocation de quotas à titre gratuit. Revient-elle aux États ou bien à la Commission ? Chacune de ces affaires opposait ainsi un État membre à la Commission européenne : République tchèque⁵⁰, République de Hongrie⁵¹, République de Pologne⁵² et République d'Estonie⁵³. Chaque fois, la Cour de justice a rappelé que la compétence d'allocation gracieuse des quotas appartient aux États, comme indiqué dans la directive (CE) n°2003/87, et que toute action de la Commission dans ce sens constitue un dépassement de compétence.

Dans l'affaire relative à la Région wallonne⁵⁴, la région devait indiquer dans le PNA combien de quotas elle comptait allouer à Arcelor Mittal pour la période 2008-2012, or elle n'avait mentionné les quotas alloués que pour l'année 2008, se réservant le droit de les déterminer ultérieurement pour les années 2009 à 2012. Comme la Commission n'était finalement pas en mesure de faire valoir l'incompatibilité du dispositif d'allocation avec le plan national d'allocation belge, le tribunal a annulé la décision attaquée.

Il a donc été reconnu par la jurisprudence, à maintes reprises, que le pouvoir de contrôle par la Commission des PNA est fort circonscrit. Il appartient aux États de définir le nombre de quotas gracieux à allouer ainsi que les allocations individuelles aux

⁴⁹ Voir *supra*, Partie I, Section 3, §1, B/, p.19

⁵⁰ CJUE, *République Tchèque c/ Commission*, Aff. T-194/07, recours introduit le 4 juin 2007.

⁵¹ CJUE, *République de Hongrie c/ Commission*, Aff. T-221/07, recours introduit le 26 juin 2006.

⁵² CJUE, *République de Pologne c/ Commission*, Aff. T-183/07, 23 septembre 2009 et Aff. C-504/09, 29 mars 2012.

⁵³ CJUE, *République d'Estonie c/ Commission*, Aff. T-263/07, 23 septembre 2009 et Aff. C-505/09, 29 mars 2012.

⁵⁴ CJUE, *Région Wallonne c/ Commission*, Aff. T-237/09, 1^{er} février 2012.

exploitations situées sur son territoire. Ces dernières n'ayant pas la possibilité de faire des recours en annulation des décisions de la Commission concernant la modification des PNA de leur pays, du fait que ces modifications n'entraînent aucun effet direct sur leur situation juridique.

C / Irrecevabilité des recours en annulation formulés par les entreprises contre les décisions de la Commission de modifier les plafonds des PNA

La formule de l'article 230 du Traité CE⁵⁵, selon laquelle les décisions de la Commission n'ont pas d'incidence sur la situation juridique des entreprises (qui pourtant sont les bénéficiaires de ces quotas gratuits), est répétée avec une certaine régularité dans la jurisprudence rendue au sein de la phase II. En effet, dans de nombreuses affaires, listées ci-après, des entreprises ont demandé l'annulation de décision de la Commission par laquelle cette dernière avait modifié les PNA prévus par les États membres, et donc le montant de quotas gratuits qui leur était alloué.

- CJUE, *US Steel Košice c/ Commission des communautés européennes*, Aff. C-6/08, Ordonnance du 19 juin 2008
- CJUE, *Fels-Werke GmbH, c/ Commission des communautés européennes*, Aff. T-28/07, 11 septembre 2007
- CJUE, *Saint-Gobain Glass Deutschland GmbH c/ Commission des communautés européennes*, Aff. C-503/07, 8 avril 2008
- CJUE, *Spenner-Zement GmbH & Co. KG c/ Commission des communautés européennes*, Aff. T-28/07, 11 septembre 2007
- CJUE, *BOT Elektrownia Belchatów e.a. c/ Commission des communautés européennes*, Aff. T-208/07, 20 octobre 2008
- CJUE, *Górażdże Cement c/ Commission des communautés européennes*, Aff. T-193/07, 23 septembre 2008
- CJUE, *Lafarge Cement S.A. c/ Commission des communautés européennes*, Aff. T-195/07, 23 septembre 2008

⁵⁵Traité instituant la Communauté Européenne, art. 230, disponible sur : http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=12002E230&lg=fr.

- CJUE, *Dyckerhoff Polska sp. z o.o. c/ Commission des communautés européennes*, Aff. T-196/07, 23 septembre 2008
- CJUE, *Grupa Ożarów S.A. c/ Commission des communautés européennes*, Aff. T-197/07, 23 septembre 2008
- CJUE, *Cementownia "Warta" S.A. contre Commission des communautés européennes*, Aff. T-198/07, 23 septembre 2008
- CJUE, *Cementownia "Odra" S.A. c/ Commission des communautés européennes*, T-199/07, 23 septembre 2008
- CJUE, *Cemex UK Cement LTD c/ Commission des communautés européennes*, Aff. T-313/07, 6 novembre 2007
- CJUE, *Cemex Polska sp. z o.o. c/ Commission des communautés européennes*, Aff. T-203/07, 23 septembre 2008

Dans un souci de clarté, il nous a paru plus opportun, au vu de la grande similarité des affaires, de n'approfondir l'analyse que pour une seule d'entre elles : *US Steel Košice c/ Commission des communautés européennes*.

Lors d'une consultation publique, l'entreprise requérante US Steel Košice (établie en Slovaquie), avait sollicité de la part de son gouvernement l'allocation d'une quantité déterminée de quotas. Le 18 août 2006, le gouvernement Slovaque notifia à la Commission son PNA pour la phase II, dans lequel il prévoyait allouer une moyenne de 41,3 millions de tonnes d'équivalent CO₂ par an, dont 11,7321676 millions de tonnes à l'entreprise requérante. Comme dans les affaires vues précédemment, opposant alors des États à la Commission, cette dernière adopta une décision, le 29 novembre 2006, dans laquelle elle déclarait le PNA incompatible avec les critères de la directive (CE) n°2003/87. Dans cette décision, la Commission était d'avis que les autorités slovaques devaient réduire de plus de dix millions de tonnes d'équivalent CO₂ la quantité totale de quotas prévue pour la phase II, afin que celle-ci soit conforme aux plafonds de production résultant de l'annexe XIV de l'acte d'adhésion.

L'entreprise US Steel Košice introduit alors une requête introductive* le 7 janvier 2007, visant à demander l'annulation de la décision litigieuse (c'est-à-dire celle de la Commission des Communautés européennes). Se fondant sur la jurisprudence de la Cour⁵⁶, le Tribunal de

⁵⁶ CJUE, *Dreyfus c/ Commission*, Aff. C-386/96, 5 mai 1998.

première instance de la CJUE estime que l'acte de modification de la Commission, ne produisant aucun effet direct sur la situation juridique du particulier, mais uniquement sur celle de l'État. En conséquence, seul ce dernier aurait compétence pour introduire un recours en annulation d'une décision de la Commission. Le Tribunal précise que seule la décision des autorités nationales, portant attribution du nombre de quotas individuels aux exploitants des installations concernées, affecte la situation juridique des entreprises. Ainsi, concluant que l'entreprise requérante n'était pas directement concernée par la décision de la Commission, qui avait pour seul destinataire la République slovaque, le Tribunal rejette le recours de l'entreprise. Le Tribunal profite par ailleurs de cette occasion pour rappeler que c'est aux États qu'il incombe, dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire, de répartir les quotas entre les installations concernées. Ainsi déboutée* en sa demande, l'entreprise requérante demande à la Cour l'annulation de l'ordonnance du Tribunal de première instance des Communautés européennes, en date du 1er octobre 2007 (T-27/07).

Pour motiver son recours, la requérante soutient être le seul producteur intégré d'acier en Slovaquie, et en cela être la « *bénéficiaire dans le secteur sidérurgique* » au sens du point 2(a), du titre 4 de l'annexe XIV de l'acte d'adhésion. Ainsi, l'entreprise requérante faisait valoir que la décision de la Commission, de diminuer le plafond des allocations gratuites de la République slovaque, aurait pour conséquence inéluctable une réduction de la quantité des quotas que l'État lui-même avait prévu de lui octroyer.

La Commission considère que lorsqu'une allocation, proposée par les autorités d'un pays (en l'espèce l'État slovaque), excède le niveau des plafonds de production, cela revient à octroyer un avantage indu à un opérateur, ce qui est contraire au critère visé au point 5 de l'annexe III de la directive (CE) n°2003/87. Dans cette affaire, selon la Commission cette allocation correspondait en partie à une quantité que l'opérateur ne pourrait pas produire, et constituait en cela un avantage indu.

Le problème juridique de la CJUE est de savoir si une entreprise peut faire annuler une décision de la Commission visant à modifier le plafond du PNA prévu par son État, **remettant ainsi en cause la part d'allocation qui était censée lui être allouée.**

Conformément à l'article 11 (2) (3) de la directive (CE) n°2003/87, il incombe à chaque État membre, et non à la Commission, de décider de la quantité totale de quotas qu'il allouera

pour la période en cause, de lancer le processus d'attribution de ces quotas à l'exploitant de chaque installation ainsi que de statuer sur l'allocation desdits quotas.

Les États membres disposant d'un certain pouvoir d'appréciation lorsqu'ils procèdent aux allocations individuelles de quotas d'émission, la décision litigieuse n'était pas de nature à affecter directement la situation juridique de la requérante. La Cour rejette le pourvoi en justifiant que c'est à bon droit que le Tribunal a considéré que la requérante n'était pas directement concernée par la décision litigieuse au sens de l'article 230 du traité CE.

Dans plusieurs arrêts⁵⁷, la CJUE approuve l'argument de la Commission selon lequel les recours des entreprises, à l'encontre de décisions de la Commission de modifier le plafonnement des allocations à titre gratuit, sont irrecevables sur la base de l'article 230 du traité CE. En effet, la décision de la Commission ne produit aucun effet juridique sur la situation de l'entreprise elle-même, mais uniquement sur l'État.

⁵⁷ CJUE, *US Steel Košice c/ Commission*, Aff. C-6/08, ordonnance du 19 juin 2008.
CJUE, *Fels-Werke GmbH, Saint-Gobain Glass Deutschland GmbH et Spanner-Zement GmbH & Co. KG c/ Commission*, Aff. T-28/07, 11 septembre 2007.
CJUE, *BOT Elektrownia Bełchatów e.a. c/ Commission*, Aff. T-208/07, 20 octobre 2008.
CJUE, *Góraźdże Cement c/ Commission*, Aff. T-193/07, 23 septembre 2008.
CJUE, *Lafarge Cement S.A. c/ Commission*, Aff. T-195/07, 23 septembre 2008.
CJUE, *Dyckerhoff Polska sp. z o.o. c/ Commission*, Aff. T-196/07, 23 septembre 2008.
CJUE, *Grupa Ożarów S.A. c/ Commission*, Aff. T-197/07, 23 septembre 2008.
CJUE, *Cementownia "Warta" S.A. c/ Commission*, Aff. T-198/07, 23 septembre 2008.
CJUE, *Cementownia "Odra" S.A. c/ Commission*, Aff. T-199/07, 23 septembre 2008.
CJUE, *Cemex Polska sp. z o.o. c/ Commission*, Aff. T-203/07, 23 septembre 2008.

Section 4 Le contentieux juridique relatif aux critères d'allocation de quotas à titre gratuit

§ 1 Bilan du contentieux de phrase II

- CJUE, *Ordonnance du 8 avril 2008, Saint-Gobain c/ Commission européenne*⁵⁸

L'entreprise Saint-Gobain, établie en Allemagne, productrice de verre, dépose un recours en annulation contre la décision de la Commission K(2006) 5609 du 29 novembre 2006 relative au plan national d'allocation de quotas d'émissions de gaz à effet de serre, notifié par l'Allemagne, pour la période 2008-2012.

En effet, la Commission, dotée du pouvoir de contrôler les PNA des États membres, a rejeté le PNA que l'Allemagne avait établi pour la période 2008-2012, car il donnait un avantage injustifié à certaines installations (dont l'entreprise Saint-Gobain). L'Allemagne a appliqué une méthode spéciale d'allocation, au détriment d'autres entreprises. Autrement dit, l'Allemagne donnait un avantage économique à certaines installations (dont l'entreprise Saint-Gobain), ce qui avait pour conséquence de fausser la concurrence sur le marché européen.

Pour justifier son rejet du PNA allemand, la Commission rappelle qu'elle admet uniquement que les États membres peuvent utiliser une méthode spéciale d'allocation durant une période d'allocation donnée, pour les installations nouvellement entrantes dans le système européen d'échange de quotas d'émissions. Cependant, dès lors qu'une installation passe du statut « d'installation entrante » au statut « d'installation existante » au sein du SEQE, c'est la méthode générale d'allocation qui doit être utilisée par les États membres dans leur PNA.

Or, l'entreprise Saint-Gobain reproche à la Commission d'avoir pris une décision contraire à la directive (CE) n°2003/87 imposant à l'Allemagne de modifier son PNA en fonction des périodes d'allocation, alors que la directive laisse les États libres de fixer leurs PNA. En outre, selon l'entreprise Saint-Gobain, elle appartient à « un cercle d'exploitants fermé », c'est-à-dire

⁵⁸ CJUE, *Saint-Gobain Glass Deutschland c/ Commission*, Aff. C-503/07P, 8 avril 2008.

définitivement défini sur la base de la réglementation allemande, devant bénéficier d'une allocation de quotas identique entre la première période d'allocation (2003-2007) et la deuxième (2008-2012). L'entreprise Saint-Gobain estime donc que la Commission n'avait pas à imposer à l'Allemagne l'obligation de modifier son PNA, d'autant qu'elle bénéficie d'un statut particulier défini au niveau national.

Autrement dit, durant la première période d'allocation, l'entreprise Saint-Gobain a bénéficié de ce qu'on appelle un « facteur d'exécution plus favorable », c'est-à-dire que l'Allemagne lui a fourni davantage d'allocations gratuites qu'aux autres entreprises, car durant cette période, elle appartenait au statut « d'installations entrantes » dans le SEQE. Or, à partir de 2008, l'Allemagne a continué à considérer dans son PNA que l'entreprise Saint-Gobain était toujours une « installation entrante ». Cependant, la Commission, en contrôlant le PNA de l'Allemagne pour la période 2008-2012, a considéré que l'entreprise Saint-Gobain ne pouvait plus bénéficier du statut « d'installation entrante », mais devait être qualifiée « d'installation existante » au sein du SEQE. Par conséquent, la Commission a invalidé le PNA de l'Allemagne en exigeant à ce que l'entreprise Saint-Gobain ne bénéficie plus de ce statut privilégié ; la méthode générale d'allocation devant désormais s'appliquer à l'entreprise Saint-Gobain.

La Cour a rejeté le recours de l'entreprise Saint-Gobain en affirmant que la directive (CE) n°2003/87 n'indique absolument pas que les entreprises peuvent se prévaloir de la garantie selon laquelle elles se verraient appliquer une certaine méthode d'allocation, voire obtenir une certaine quantité de quotas, à partir du moment où la méthode d'allocation ou la quantité de quotas a été fixée pour la première période. Au contraire, la Cour rappelle que la directive distingue bien entre les différentes périodes d'allocation et que par conséquent, les États membres doivent adopter des PNA différents en fonction de chaque période.

Enfin, la Cour rappelle que, s'il appartient aux États membres de fixer seuls leurs PNA (et donc la quantité totale de quotas alloués à leurs installations), sans intervention aucune de la Commission, cette dernière est cependant chargée de contrôler les PNA des États membres. Or, en l'espèce, la Cour observe que l'Allemagne a adopté un PNA non conforme à la directive de 2003/87/CE puisqu'il continue d'accorder le même avantage économique à certaines installations existantes (dont Saint-Gobain), qu'aux installations entrantes. La Cour appuie son argumentation en expliquant que le passage du statut « d'installations entrantes »

au statut « d'installations existantes » n'est pas fixé arbitrairement par la Commission dans la mesure où cette qualification statutaire est basée sur des justifications objectives et proportionnelles. Par conséquent, le recours de l'entreprise Saint-Gobain est rejeté.

En définitive, comme pour l'arrêt *Arcelor*, cette ordonnance assoie l'autorité du marché européen d'émission de gaz à effet de serre et met un terme aux éventuels différends qui pourraient survenir avec l'extension du champ d'application de la directive de 2003.

- CJUE, *Arcelor*, 2 mars 2010⁵⁹

La directive (CE) n°2003/87 prévoit que, dans un premier temps, le SEQE ne s'applique qu'à 11 500 installations industrielles représentant plus de 40 % des émissions européennes. La transposition en droit français a été faite par l'ordonnance du 15 avril 2004 et par le décret* du 19 août 2004⁶⁰ mettant en place les modalités d'application du système.

La société Arcelor, appartenant au secteur de production des métaux ferreux, demande l'annulation de ce décret devant le Conseil d'État en 2007, au motif qu'il méconnaît différents principes à valeur constitutionnelle*, notamment le principe d'égalité*. En effet, l'article 1^{er} du décret, reprenant mot pour mot les termes de la directive, limite le champ d'application du décret « aux installations classées pour la protection de l'environnement* produisant ou transformant des métaux ferreux, produisant de l'énergie, des produits minéraux, du papier ou de la pâte à papier et répondant aux critères fixés dans l'annexe du présent décret, au titre de leurs rejets de dioxyde de carbone dans l'atmosphère, à l'exception des installations ou parties d'installations utilisées pour la recherche, le développement et l'expérimentation de nouveaux produits et procédés ».

Or, Arcelor soutient qu'il y a rupture du principe d'égalité dans la mesure où les entreprises d'autres secteurs, avec lesquelles il est directement en concurrence, telles que les producteurs de métaux non ferreux, produisent des émissions de gaz à effet de serre équivalentes ou même supérieures aux siennes, et ne sont pas soumises aux dispositions du décret. Autrement dit, en soutenant que le décret est contraire au principe d'égalité

⁵⁹ CJUE, *Arcelor Atlantique et Lorraine e.a.*, Aff. C-127/07, 2 mars 2010..

⁶⁰ Décret du Conseil d'État (n° 2004-832) pris le 19 août 2004 et modifié le 25 février 2005 par le décret (n° 2005-189) pour l'application de l'article L. 229-5 à L. 229-19 du code de l'environnement et relatif au système d'échange des quotas d'émission des gaz à effet de serre.

constitutionnel français, Arcelor soutient que la directive de 2003 est contraire au droit communautaire primaire (les traités) consacrant lui-même ce principe d'égalité.

Le Conseil d'État⁶¹ va alors estimer qu'il existe une difficulté sérieuse quant à la validité de cette directive, et par conséquent va décider de renvoyer l'affaire devant la Cour de justice des Communautés européennes en lui posant la question préjudicielle* suivante : la différence de traitement entre les entreprises de production de métaux ferreux et celles ne produisant pas des métaux ferreux, instaurée par la directive de 2003, est-elle « objectivement justifiée » ?

Dans sa décision du 16 décembre 2008, la Cour de justice va juger que la directive de 2003 ne viole pas le principe d'égalité. Elle va raisonner tout d'abord en affirmant que la complexité de la mise en place d'un système d'échange de quotas justifie de procéder étape par étape en restreignant, dans un premier temps, son application à certaines industries, dont Arcelor, et à un seul gaz à effet de serre, le CO₂. Ensuite, elle va démontrer que cette « expérimentation législative » n'entraîne pas de discrimination, car la limitation du système n'est que transitoire et la délimitation du champ d'application de la directive obéit à des critères objectifs.

Pour déterminer ces critères objectifs, le raisonnement de la Cour a été le suivant. Tout d'abord, elle a déterminé s'il s'agissait de situations comparables en observant l'objectif poursuivi par la directive de 2003. En l'espèce, l'objectif de la directive est la protection de l'environnement à un coût le plus faible possible. À ce titre, la directive entend inclure un maximum de secteurs polluants. Or, le secteur de production des métaux ferreux et celui de la production des métaux non ferreux sont deux secteurs polluants, donc leurs situations sont comparables.

Ensuite, la Cour ajoute qu'il est possible, qu'à situation égale, il y ait un traitement différent, mais que ce traitement différent doit être justifié par des justifications objectives, c'est-à-dire poursuivre un but légitime et que la différence en présence soit proportionnée au but légitime poursuivi. Or, selon la Cour, le SEQE constitue une démarche expérimentale et progressive, il n'a donc pas pour objet d'inclure toutes les entreprises polluantes d'un seul coup (à savoir les producteurs de métaux non ferreux). Dès lors, elle considère que cette

⁶¹ Conseil d'État, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, décision n° 287110, 8 février 2007.

démarche progressive constitue la justification objective au fait que le secteur de production des métaux ferreux subisse un traitement différent au secteur de production des métaux non ferreux, alors que leurs situations sont comparables. Enfin, pour apprécier la proportionnalité de cette différence de traitement, la Cour affirme que la charge financière incombant à Arcelor, suite à la mise en œuvre de cette directive, reste proportionnelle à ses bénéfices (donc tout à fait supportable).

À la suite de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, le 1^{er} décembre 2009, la Cour a décidé de rouvrir l'affaire et invité les parties à se prononcer sur les conséquences à tirer de cette circonstance. Arcelor a de nouveau argué le non-respect du principe d'égalité par la directive de 2003. Cependant, la Cour a conclu à nouveau que le principe d'égalité n'était pas violé dans son arrêt du 2 mars 2010 sur le même raisonnement qu'en 2008.

À noter qu'à partir de 2013, le champ d'application de la directive sera élargi au secteur de production des métaux non ferreux, et par la même, mettre les entreprises de ces deux secteurs concurrentiels sur un pied d'égalité. Cette décision assoie l'autorité du marché européen d'émission de gaz à effet de serre et met un terme aux éventuels différends qui pourraient survenir avec l'extension du champ d'application de la directive.

Dans l'ordonnance du 8 avril 2008, rendue à propos de l'entreprise Saint-Gobain Glass Deutschland et dans l'arrêt rendu le 2 mars 2010 à propos de la société Arcelor Atlantique et Lorraine, la Cour de justice de l'Union européenne assoit l'autorité du marché européen d'émissions de gaz à effet de serre et met un terme aux éventuels différends, concernant des industriels, qui pourraient survenir avec l'extension du champ d'application de la directive (CE) n°2003/87. Dans ces deux affaires, qui constituent des exemples typiques du raisonnement suivi par la Cour en la matière. Les industriels ont tenté de restreindre le champ d'application de la directive afin de continuer à bénéficier des allocations de quotas gratuits pour la phase II. Cependant, la Cour de justice de l'Union a rejeté systématiquement les arguments des industriels, parfois avec des raisonnements qui restent flous, mais de manière ferme et déterminée, dans l'optique de renforcer l'assise du marché européen d'émissions de gaz à effet de serre.

- CJUE, *Eurofer c/ Commission des communautés européennes*, 4 juin 2012⁶²

Les intérêts de l'industrie sidérurgique européenne sont représentés par l'association professionnelle Eurofer, dont les membres exploitent des hauts-fourneaux et des aciéries pour la fabrication de fonte brute et d'acier, fabrication qui entraîne l'émission de gaz résiduels combustibles.

Le 21 juillet 2011, Eurofer a demandé au Tribunal de l'Union européenne l'annulation de la décision de la Commission du 27 avril 2011 définissant les règles transitoires pour l'ensemble de l'Union concernant l'allocation harmonisée de quotas d'émission à titre gratuit conformément à l'article 10 *bis* de la directive (CE) n°2003/87. Par actes séparés, Eurofer a tout d'abord présenté une demande en référé, afin de suspendre l'exécution de la décision attaquée, tout en sollicitant le Tribunal de juger le présent recours selon une procédure accélérée.

S'inscrivant dans le prolongement de la directive (CE) n°2003/87, modifiée par la directive (CE) n°2009/29, établissant le SEQUE, la décision 2011/278/UE définit des règles transitoires pour l'ensemble de l'Union concernant l'allocation harmonisée de quotas d'émission à titre gratuit et notamment les référentiels de produits à appliquer pour le calcul de l'allocation de quotas d'émission.

Cette décision est contestée par Eurofer qui réclame, dans sa requête⁶³, son annulation intégrale en invoquant cinq moyens, le premier étant tiré de la violation de l'article 10 *bis* de la directive 2003/87 par le référentiel de produit pour la fonte liquide. La partie requérante fait ainsi valoir que l'établissement du référentiel de produit pour la fonte liquide est contraire à l'article 10 *bis* de la directive 2003/87 dans la mesure où la Commission n'a pas pris en compte la teneur complète en carbone des gaz résiduels qui se dégagent lors de la production de fer et d'acier en incluant leur emploi pour la production d'électricité, et a au contraire appliqué une réduction de l'ordre de 25 %, tandis que la partie requérante considère que l'article 10 *bis* (1), troisième alinéa, deuxième phrase, de la directive 2003/87 dispose que la Commission n'est pas en droit de procéder à une telle réduction.

⁶² CJUE, *Eurofer c/ Commission*, Aff. T-381/11, ordonnance du 4 juin 2012.

⁶³ Recours introduit le 21 juillet 2011, J.O. C 269 du 10 septembre 2011, pp. 56s

Selon le deuxième moyen, Eurofer avance le fait que la motivation de l'établissement des référentiels est défectueuse et soutient que la Commission a violé l'article 296, deuxième alinéa du TFUE qui dispose que « *les actes juridiques sont motivés et visent les dispositions initiatives, recommandations, demandes ou avis prévus par les traités* ». Eurofer estime en effet que la Commission s'est abstenue de motiver suffisamment les réserves exprimées en ce qui concerne d'éventuelles distorsions de la concurrence.

La partie requérante estime qu'en ce qui concerne l'établissement des référentiels pour le minerai aggloméré et la fonte liquide, la décision attaquée est contraire au principe de proportionnalité, tout en avançant une violation du principe d'égalité dans son quatrième moyen.

Enfin, Eurofer défend dans son cinquième moyen l'annulation intégrale de la décision, au motif qu'une annulation partielle limitée aux référentiels pour le minerai aggloméré et la fonte liquide entraînerait automatiquement l'application de l'option de repli en vertu des dispositions combinées de l'article 10 (2) b) et de l'article 3 c), de la décision attaquée. Or, l'application de cette option de repli placerait la partie requérante dans une situation encore pire que si les valeurs inexacts des référentiels de la Commission pour le minerai aggloméré et la fonte liquide étaient appliquées.

La Commission soulève quant à elle trois fins de non-recevoir. La première est tirée de l'absence de qualité pour agir d'Eurofer en raison du défaut d'affectation directe et individuelle de ses membres. La deuxième fin de non-recevoir est tirée du fait que la décision attaquée ne serait pas un acte réglementaire qui concerne directement les membres d'Eurofer et qui ne comporte pas de mesures d'exécution au sens de l'article 263 TFUE, quatrième alinéa⁶⁴. La troisième provient de l'absence d'intérêt pour agir d'Eurofer en ce que l'annulation de la décision attaquée ne serait pas susceptible de lui procurer un avantage.

Le Tribunal, dans son ordonnance en date du 4 juin 2012, rejette la demande en référé d'Eurofer. Le Tribunal justifie sa décision en s'appuyant notamment sur l'article 263 du

⁶⁴ Article 263 TFUE, quatrième alinéa : « *Toute personne physique ou morale peut former [...] un recours contre les actes dont elle est le destinataire ou qui la concernent directement et individuellement, ainsi que contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution* ».

TFUE. En effet, Eurofer ne peut former un recours en annulation contre ledit acte que si ses membres sont directement et individuellement concernés par celui-ci ou si la décision attaquée constitue un acte réglementaire qui les concerne directement et qui ne comporte pas de mesure d'exécution.

Dans cette affaire, ne figurait pas l'intérêt propre d'Eurofer, mais bien celui des membres de l'association sidérurgique. Celle-ci n'a donc pas qualité pour introduire un recours sauf si ses membres ont qualité à agir à titre individuel, qualité que ne remplissent pas les membres de l'association sidérurgique. De plus, les destinataires de la décision de 2011 sont bel et bien les États membres, le critère de destinataire de l'acte n'est donc pas rempli pour les membres d'Eurofer. Quant à l'affectation individuelle par la décision, le Tribunal rappelle qu'il s'agit en l'espèce d'un acte de portée générale puisqu'elle s'applique à des situations déterminées objectivement et comporte des effets juridiques à destination de catégories de personnes envisagées de manière générale et abstraite. Ainsi, la décision attaquée vise tous les exploitants d'acier et pas seulement les membres d'Eurofer. La condition d'affectation individuelle n'étant pas remplie, le Tribunal n'examine pas celle d'affectation directe.

Enfin, l'association Eurofer affirmait que la décision de 2011 était un acte réglementaire ne comportant pas de mesure d'exécution. En premier lieu, le Tribunal confirme dans son point 45 le fait que la décision attaquée constitue un acte réglementaire au sens de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE, puisque celle-ci *« a une portée générale, en ce qu'elle s'applique à des situations déterminées objectivement et produit des effets juridiques à l'égard de catégories de personnes envisagées de manière générale et abstraite »* (point 43 de l'ordonnance). En second lieu, *« eu égard au rôle et aux pouvoirs respectifs de la Commission et des États membres et aux différentes étapes du processus décisionnel dans le cadre du régime établi par la directive 2003/87 et la décision attaquée »*, le Tribunal constate dans son point 56 que la décision attaquée comporte bel et bien des mesures d'exécution.

Eurofer, association professionnelle de la sidérurgie, demande dans une requête du 21 juillet 2011 l'annulation intégrale de la décision 2011/278/UE définissant les règles transitoires pour l'ensemble de l'Union concernant l'allocation harmonisée de quotas d'émission à titre gratuit. Le Tribunal européen, dans son ordonnance en date du 4 juin 2012, rejette la demande en référé d'Eurofer. Il s'appuie notamment sur l'article 263 du TFUE, en invoquant le fait que les membres d'Eurofer n'ont pas intérêt à agir* puisque la directive

s'adresse non pas auxdits membres, mais directement aux États. C'est également par le biais de l'article 263 que le Tribunal confirme que l'acte attaqué est bien réglementaire et qu'il comporte des mesures d'exécution.

À travers cette ordonnance, le Tribunal continue d'inscrire sa jurisprudence dans le prolongement des jugements précédemment rendus (*Saint-Gobain c/ Commission, Arcelor...*) en court-circuitant les perspectives de contentieux que pourrait susciter l'extension du champ d'application de la directive (CE) n°2003/87.

§ 2 Perspectives pour le contentieux de phase III

Actuellement, sept affaires sont pendantes devant les juridictions de l'Union européenne concernant le système européen d'échange de quotas d'émission. Parmi ces affaires, cinq opposent des États ou des industriels à la Commission et deux sont des questions préjudicielles posées à la Cour. L'affaire *Holcim contre Commission*⁶⁵ concerne un recours en responsabilité contre la Commission, suite au vol prétendu de quotas d'émission. Cette affaire n'intéresse pas la présente étude, celle-ci ne concernant pas la vente ou l'allocation gratuite de quotas.

Trois affaires portent sur les plans nationaux d'allocations en phase II. L'affaire T-221/07 opposant la Hongrie à la Commission pose de nouveau la question de la compétence de cette dernière dans la détermination des plans nationaux d'allocation de quotas. La Hongrie soutient que la directive (CE) n°2003/87, et en particulier son article 9 (3) ne confère pas à la Commission le pouvoir de fixer la quantité de quotas d'émission que les États membres peuvent allouer. En agissant ainsi, elle s'écarterait totalement du plan national d'allocation élaboré et notifié par les États membres en application des articles 9 (1) et 11 (2) de ladite directive et des quantités de quotas d'émission pouvant être alloués, et que les États membres ont fixés dans ces plans nationaux d'allocation. L'affaire T-194/07, opposant la République tchèque à la Commission, est fondée sur des moyens similaires. La République Tchèque affirme que la Commission a abusé de son pouvoir et, ce faisant, a violé les dispositions combinées de l'article 9 (1) et de l'article 11 (2) de la directive (CE) n°2003/87 en ce que, dans la décision attaquée, elle a appliqué sa méthode de fixation de la quantité totale de quotas et,

⁶⁵CJUE, *Holcim c/ Commission*, Aff. T-317-12, recours introduit le 11 juillet 2012

sur la base de cette méthode, a *de facto* fixé de manière contraignante la quantité totale de quotas que la République tchèque peut allouer. La date d'audience commune est fixée au 5 décembre 2012. Ces deux affaires renvoient aux développements précédents⁶⁶ concernant les compétences respectives de la Commission et des États membres dans l'élaboration des plans nationaux d'allocation des quotas. Ainsi, eu égard aux principes énoncés par la jurisprudence de la CJUE, il est probable que les États obtiennent gain de cause dans ces affaires, et que la décision de la Commission soit annulée. Toujours dans le domaine de la compétence de la Commission, un pourvoi a été formé contre l'affaire T-369/07 développée ci-dessus⁶⁷. Cette affaire C-267/11P opposant la Lettonie à la Commission n'a pas de date d'audience prévue à ce jour.

Une autre affaire pendante concerne directement la question de l'allocation des quotas gratuits en phase III. **L'affaire T-370/11 Pologne contre Commission**⁶⁸, dont l'audience s'est tenue le 28 novembre 2012, porte sur la décision de la Commission du 27 avril 2011⁶⁹. La Pologne demande l'annulation de cette décision en se fondant sur quatre arguments. Premièrement, la violation de l'article 194 (2) premier alinéa TFUE lu en combinaison avec l'article 192 (2) point c) TFUE en raison du défaut de prise en compte des spécificités en matière de combustible de certains États membres et du calcul des référentiels d'émission en utilisant le rendement de référence du gaz naturel et en prenant ce combustible en tant que combustible de référence. Deuxièmement, la violation du principe de l'égalité de traitement et de l'article 191 (2) lu en combinaison avec l'article 192 (3) TFUE en raison du défaut de prise en compte lors de l'élaboration de la décision attaquée de la diversité de situations dans certaines régions de l'Union européenne. Troisièmement, la violation de l'article 5 (4) TUE (principe de proportionnalité) en définissant dans la décision attaquée les référentiels d'émission à un niveau plus restrictif que ce qu'exige la réalisation des objectifs de la directive (CE) n°2003/87. Et quatrièmement, la violation de l'article 10 *bis* lu en combinaison avec l'article 1^{er} de la directive (CE) n°2003/87 et l'incompétence de la Commission européenne pour adopter la mesure attaquée. **Cette décision a aussi fait l'objet de recours de la part d'industriels, Eurofer notamment, ainsi que Hüttenwerke Krupp Mannesmann**⁷⁰, mais **dans ce cadre les industriels ont fait face à une déclaration d'irrecevabilité. Cette**

⁶⁶ Voir *supra*, partie II, section 3, §2, B/, p.37.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ CJUE, *Pologne c. Commission*, Aff. T-370/11, recours introduit le 8 juillet 2011.

⁶⁹ Voir *supra*, partie I, section 3, §2, B/, pp. 22 ss.

⁷⁰ CJUE, *Hüttenwerke Krupp Mannesmann e.a /Commission*, Aff. T-379/1, 4 juin 2012.

déclaration était fondée sur le fait que la décision attaquée n'était pas adressée aux requérants. De fait, dans l'application de ce raisonnement, le Tribunal de Première Instance de l'Union européenne sera nécessairement amené à juger au fond la requête introduite par la Pologne. Il ne fait nul doute que la Pologne est visée par la décision de 2011. Ainsi, la décision qui sera rendue par le tribunal de première instance dans cette affaire aura un impact capital pour ce qui est des questions contentieuses concernant l'allocation des quotas gratuits en phase III. Si la requête de la Pologne se voit accueillie par la juridiction, alors le système d'allocation des quotas gratuits s'en verra profondément bouleversé. À l'inverse, le rejet de cette demande devra être motivé compte tenu des moyens soulevés par la Pologne. De fait, cette décision constituera probablement un outil précieux en vue d'une meilleure prévisibilité du contentieux.

Outre ces affaires, deux questions préjudicielles ont été posées à la Cour de justice de l'Union. La première, posée par Billerud Karlsborg et Billerud skärblack le 30 avril 2012 (C-203/12) concerne les amendes en cas de non-restitutions des quotas en fin de période. La seconde concerne directement la question des quotas gratuits. L'affaire C-566/11 comporte une question préjudicielle posée par plusieurs industriels de nationalité espagnole le 14 novembre 2011. La question est formulée dans les termes suivants⁷¹ : « L'article 10 de la directive (CE) n° 2003/87 peut-il être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à l'application de mesures législatives nationales dont l'objet et l'effet est de réduire la rémunération de l'activité de production d'électricité du montant équivalent à la valeur des quotas d'émission de gaz à effet de serre alloués à titre gratuit pendant la période correspondante ? ». Les implications financières de la réponse à cette question sont majeures. Les réductions de rémunération, fondées sur une base légale et justifiées par l'allocation de quotas gratuits, pourraient contrevenir à l'idée de lutte contre les fuites de carbone en allant à l'encontre même de la logique des quotas gratuits en phase III.

Ces deux affaires pendantes intéressent directement l'étude. Il sera donc nécessaire de suivre leurs évolutions et tirer au plus tôt les conclusions adéquates lorsque celles-ci seront clôturées.

⁷¹ CJUE, *Iberdrola et Gas Natural*, Aff. C-566/11, demande de décision préjudicielle du 14 novembre 2011.

PARTIE III - VERS DE NOUVEAUX ENJEUX POUR LA PHASE III

Il s'agit d'envisager dans un premier temps les perspectives possibles pour l'allocation gratuite des quotas (Section 1) et, dans un second temps, les enjeux politiques à prendre en considération pour la phase III en terme de perspectives contentieuses (Section 2).

Section 1 Perspectives pour l'allocation gratuite des quotas

La principale différence acquise par rapport à la phase II de fonctionnement du SEQUE s'attache aux modalités de répartition de l'enveloppe européenne de crédit carbone. En effet, la troisième séquence verra la remise en cause progressive de l'allocation gratuite des quotas d'émission⁷². Cette évolution apparaît comme logique dans la mesure où le principe des dotations gratuites visait à laisser aux opérateurs industriels les marges nécessaires pour s'adapter à la nouvelle réglementation et pour obtenir leur participation dans la collecte des données statistiques de suivi des émissions de gaz à effet de serre. L'allocation gracieuse faite aux installations n'est donc désormais plus justifiée⁷³.

La nature du traitement concernant les quotas sera différente selon la nature du secteur concerné. La prise en considération des réalités économiques et de la compétition internationale dans un contexte de libre-échange explique en grande partie les distinctions opérées. L'allocation des quotas s'effectuera essentiellement par voie d'enchères, mais jusqu'en 2020, une partie de ces quotas continuera d'être attribuée à titre gratuit pour plusieurs secteurs d'activités. Il apparaît que les centrales de production d'électricité seront les premières installations assujetties confrontées aux allocations payantes. L'exercice de leurs activités exigera le paiement onéreux de quotas d'émissions de gaz à effet de serre, dès 2013. On notera qu'une dérogation partielle et temporaire est prévue pour certains pays, pouvant

⁷² Ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie, *Le système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre (période 2013-2020)*, 19 septembre 2012, disponible sur : <http://www.developpement-durable.gouv.fr/-Systeme-d-echange-de-quotas-.html>, (page consultée le 26/01/2013)

⁷³ La Commission européenne, « L'action de l'UE pour lutter contre le changement climatique contre le changement climatique », *Le système communautaire d'échange de quotas d'émission de quotas d'émission (SCEQE)*, disponible sur http://ec.europa.eu/clima/publications/docs/ets_fr.pdf, (page consultée le 26/01/2013)

aller jusqu'à 70 % de crédits offerts en 2013⁷⁴. Les autres secteurs industriels sont soumis au même système concernant l'achat de quotas pour leur niveau de production historique, mais le dispositif envisagé les exempte d'un basculement brutal dès 2013. Ils verront progressivement leur part de quotas payants augmenter en passant de 30 % en 2013 à 80 % en 2020. Les proportions s'inversent donc et à partir de 2013, au moins 50 % des quotas devront être vendus aux enchères dans le but d'atteindre une mise aux enchères intégrale en 2027, date où l'allocation gratuite disparaîtrait définitivement⁷⁵.

Cependant, l'allocation gratuite risque d'être moins transitoire qu'initialement anticipée. En effet, une dérogation a été introduite pour les installations dont la production concerne des produits dits sujets à fuite de carbone, c'est-à-dire dont les activités économiques sur le sol européen seraient menacées par l'introduction d'un coût carbone qui les obligerait à se délocaliser. Ainsi les installations concernées ne verront pas leur allocation gratuite diminuer sur l'ensemble de la phase III, car en cas de surcoût, elles bénéficieront d'une allocation gratuite pouvant couvrir jusqu'à 100 % de leurs besoins. En choisissant cette procédure, l'Union européenne cherche à concilier compétition économique et valorisation des technologies propres. Or, cela signifie qu'une grande majorité des installations non électriques vont bénéficier de cette dérogation, mettant de ce fait un sérieux coup d'arrêt à l'aspect décroissant de l'allocation gratuite sur la période 2013-2027. Dans un souci de concilier une augmentation de la contrainte carbone sur les secteurs non électriques tout en les préservant de la concurrence internationale, la Commission européenne a accouché d'un système d'allocation de quotas gratuit d'une grande complexité.

Une question d'importance soulevée par ce passage de l'allocation gratuite à une dotation initiale payante est celle du prix unitaire d'un crédit. Les autorités communautaires ont retenu le principe d'une adjudication aux enchères, qui permet de remédier à l'interprétation de la gratuité comme un cadeau offert aux industriels et d'éviter les distorsions sectorielles du fait d'allocations de quotas gratuits d'ampleur différente suivant les États. En outre, la manne financière levée par l'adjudication des crédits de carbone devrait dépasser vingt milliards

⁷⁴ GONNOT (F. M.), « Rapport d'information déposé par la mission d'information sur les marchés de quotas de gaz à effet de serre au nom de la Commission du développement durable et de l'aménagement du territoire », disponible sur : http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i2638.asp#P424_80080, (page consultée le 26/01/2013)

⁷⁵ La Commission européenne, « L'action de l'UE pour lutter contre le changement climatique contre le changement climatique », *Le système communautaire d'échange de quotas d'émission de quotas d'émission (SCEQE)*, disponible sur http://ec.europa.eu/clima/publications/docs/ets_fr.pdf, (page consulté le 26/01/2013)

d'euros en 2020. La question du devenir de cette somme se posera avec insistance, car l'Union laissera les États en décider tout en recommandant un investissement dans les technologies vertes⁷⁶.

Section 2 Enjeux politiques à prendre en considération pour la phase III

Le cadre juridique mis en place, résultat de négociations suivies avec les industriels, est une source de tension pour tous les acteurs concernés. États et industriels tentent de défendre leurs intérêts économiques par diverses manœuvres. Ces conflits d'intérêts se sont traduits, dès la période de rédaction des règles d'allocations gratuites en phase III, par différents « contentieux ». Ces différends de nature politique, économique et juridique, illustrent à quel point le SEQE peut être fragile si les acteurs ne cherchent pas à le respecter. Ainsi pour ouvrir les perspectives de notre étude, il est intéressant de voir à présent quels sont les enjeux actuels de l'allocation gratuite en phase III.

Comme nous l'avons vu plus haut, la Commission a adopté 24 décembre 2009 la décision établissant, conformément à la directive (CE) n° 2003/87/CE, la liste des secteurs et sous-secteurs considérés comme exposés à un risque important de fuite de carbone⁷⁷. Validées en novembre 2010 par les États membres lors de la réunion du comité des changements climatiques, les règles relatives à l'allocation transitoire de quotas à titre gratuit dans le secteur de l'électricité ont été adoptées par la Commission européenne le 29 mars 2011⁷⁸. Conformément à la Directive SEQE révisée, dix États membres⁷⁹ pouvaient demander des exemptions temporaires à la règle de mise aux enchères de la totalité des quotas du SEQE dans le secteur de l'électricité. Après validation des demandes de Chypre, de la Lituanie et de

⁷⁶ GONNOT (FM), « Rapport d'information déposé par la mission d'information sur les marchés de quotas de gaz à effet de serre au nom de la Commission du développement durable et de l'aménagement du territoire », *op. cit.*

⁷⁷ Décision n° C(2009) 10251 de la Commission du 24 décembre 2009 établissant, conformément à la directive (CE) n° 2003/87 du Parlement européen et du Conseil, la liste des secteurs et sous-secteurs considérés comme exposés à un risque important de fuite de carbone, J.O. L 1 du 5 janvier 2010, p. 10.

⁷⁸ Document d'orientation 2011/C99/03 concernant l'application facultative de l'article 10 *quater* de la directive (CE) n° 2003/87, J.O. C 99 du 31 mars 2011, p. 9.

⁷⁹ Bulgarie, Chypre, Estonie, Hongrie, Lettonie, Lituanie, Malte, Pologne, République Tchèque et Roumanie.

l'Estonie par la Commission⁸⁰, c'est près de 35 millions de quotas qui seront alloués à titre gratuit aux centrales électriques de ces trois pays pendant la période comprise entre 2013 et 2019. La Commission a également autorisé pour la même période l'allocation gratuite de 233 millions de quotas de carbone à destination des centrales électriques roumaines, tchèques et bulgares⁸¹. La Pologne a fait l'objet d'une allocation conditionnelle⁸² et la Hongrie est toujours en attente d'une décision.

Le cas de la Pologne illustre les enjeux économiques des allocations gratuites en phase III et peut être perçu comme une source possible de contentieux. En effet, la Pologne est fortement dépendante du charbon pour la production de son énergie, par conséquent sa production de CO₂ est très élevée. Pour éviter une fuite de carbone et faciliter la transition vers une économie faible en émission de carbone, les textes prévoient donc une allocation gratuite de quotas dans de tels cas. Le 13 juillet 2012, la Commission a autorisé l'allocation gratuite de quotas à la Pologne sous certaines conditions⁸³. Ces conditions imposent des notifications sur les investissements techniques de la Pologne vers des moyens de production peu émetteurs de carbone. De plus, la Pologne ne pourra allouer des quotas gratuits qu'une fois les sites industriels modernisés. Cependant, des accusations visent la Pologne, qui aurait demandé des quotas gratuits pour des sites qui n'existent pas, et ne seraient pas en phase de construction⁸⁴. Cela relèverait clairement de manœuvre frauduleuse de la part de l'État qui pourrait être par la suite sanctionné devant la CJUE. À l'heure actuelle, la société civile et certains députés européens contestent la démarche de la Pologne. La Commission a toutefois justifié son autorisation par des réponses à plusieurs questions posées quant à l'allocation des quotas gratuits en phase III⁸⁵. D'autres États sont également la cible d'accusations. Ainsi, la République tchèque aurait demandé une quantité de quotas plus importante que nécessaire pour aider au financement de l'entreprise énergétique monopolistique de l'État⁸⁶. Globalement, les États de l'Europe de l'Est marquent leur désaccord avec le système du

⁸⁰ MEMO/12/350, 23 mai 2012, disponible sur : http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-12-350_en.htm (page consultée le 26/01/2013).

⁸¹ MEMO/12/530, 6 juillet 2012, disponible sur : http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-12-530_en.htm (page consultée le 26/01/2013).

⁸² MEMO/12/561, 13 juillet 2012 disponible sur : http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-12-561_en.htm?locale=en (page consultée le 26/01/2013).

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ NESLEN (A.), « La Pologne réclame des crédits carbone pour des centrales à charbon fantômes », *Euractiv.com*, 11 juillet 2012, disponible sur : <http://www.euractiv.com/fr/climat-environnement/la-pologne-reclame-des-credits-c-news-513838> (page consultée le 26/01/2013).

⁸⁵ MEMO/12/562, 13 juillet 2012, disponible sur : http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-12-562_en.htm (page consultée le 26/01/2013).

⁸⁶ NESLEN (A.), « Prague demande 1,9 milliards d'euros de quotas d'émission », *op. cit.*

marché européen de carbone. En effet, les responsables de l'environnement polonais, tchèques, slovaques, hongrois, bulgares et roumains se sont réunis courant 2012 à Varsovie pour débattre du plan de l'UE concernant les prix d'émission sur le marché national du carbone⁸⁷. Tous ces pays se sont déclarés sceptiques à propos de la proposition de l'UE, prévue pour la fin de l'année, qui vise à retarder la vente d'un maximum de 1,2 milliard de permis de 2013 à 2016 pour réduire l'offre de permis sur quatre ans.

Au-delà de ces réticences de la part des États, l'attribution sectorielle des permis en fonction des performances environnementales – benchmark – censée encourager une répartition plus juste et plus efficace des responsabilités pour la réduction des émissions dans les secteurs intensifs en énergie, du ciment, de l'acier, du papier et du verre, a vu l'immixtion des lobbys industriels dans les négociations. Le secteur du ciment par exemple, à travers un lobbying du CEMBUREAU, s'est vu attribuer un excédent de permis de polluer, favorisant la perpétuation de méthodes industrielles fortement génératrices de gaz à effet de serre⁸⁸. Autre exemple dans le secteur de l'acier, où Eurofer, organisation professionnelle représentant les sidérurgistes européens, a déposé le 21 juillet 2011, un recours devant la CJUE demandant l'annulation de la décision de la Commission européenne qui établit les conditions et niveaux de références requis pour l'allocation gratuite de quotas aux secteurs industriels dits « sensibles », dans le cadre du SEQUE. Eurofer avance le fait que la sidérurgie européenne dans son ensemble bénéficiera entre 2013 et 2020 de près de 20 millions de quotas gratuits en moins que ce à quoi elle aurait eu droit si la Commission avait appliqué la règle correctement. Une ordonnance du 4 juin 2012 du Tribunal européen viendra malgré tout rejeter le recours, le jugeant irrecevable⁸⁹.

Cette description non exhaustive de l'actualité met en évidence l'une des conclusions centrales de cette étude. Si, dans les faits, le contentieux concernant l'allocation gratuite en phase III est encore peu fourni devant la Cour de justice, il est évident que celui-ci s'étoffera avec l'entrée dans la phase III. Lorsque d'autres affaires seront introduites devant le juge de l'Union, celui-ci appliquera un raisonnement cohérent compte tenu de ses précédentes et nombreuses décisions concernant le SEQUE. Ce raisonnement se fera sur les deux points

⁸⁷ Climate Policy Watcher, « Eastern Europe to oppose ETS reforms », 13 octobre 2012 disponible sur : <http://www.climate-policy-watcher.org/?q=node/388> (page consultée le 26/01/2013).

⁸⁸ Carbon Trade Watch, « EU Emission Trading System: falling at the third attempt », avril 2011, disponible sur : http://www.carbontradewatch.org/downloads/publications/ETS_briefing_april2011.pdf (page consultée le 26/01/2013).

⁸⁹ Voir *supra*, partie II, section 4, § 1, pp. 51 ss.

développés dans le second chapitre de l'étude : la vérification de l'intérêt à agir des personnes privées réclamant l'annulation des décisions litigieuses et l'adéquade répartition des compétences entre États membres et Commission dans l'allocation des quotas.

ANNEXE

LE CONTENTIEUX RELATIF AU SYSTÈME EUROPÉEN D'ÉCHANGE DE QUOTAS CARBONE DEVANT LA COUR DE JUSTICE

Les tableaux et graphiques de la présente annexe ont pour but de permettre une visualisation concrète des tendances contentieuses devant la Cour de justice. Les affaires sont citées par leur numéro.

Tableau 1: Répartition des affaires par phase

	Phase I (2005-2007)	Phase II (2008-2012)	Phase III (2013-2020)
Compétences respectives États / Commission	T-178/05 ; T-374/04	C-505/09P ; C-504/09P ; T-237/09 ; T-369/07 ; T-263/07 ; T-183/07 ;	
Irrecevabilité de la demande	T-13/07 ; T-130/06 ; T-489/04 ; T-387/04	C-6/08P ; C-503/07P ; T-208/07 ; T-203/07 ; T-199/07 ; T-198/07 ; T-197/07 ; T-196/07 ; T-195/07 ; T-193/07 ; T-28/07 ; T-27/07	T-381/11 ; T-379/11
Questions préjudicielles		C-366/10 ; C-524/09 ; C-127/07	
Non transposition	C-122/05 ; C-107/05		
Affaires radiées	T-500/07 ; T-313/07 ; T-32/07 ; T-371/05	T-499/07	
Autres	T-16/04		

Tableau 2 : Volume du contentieux par phase

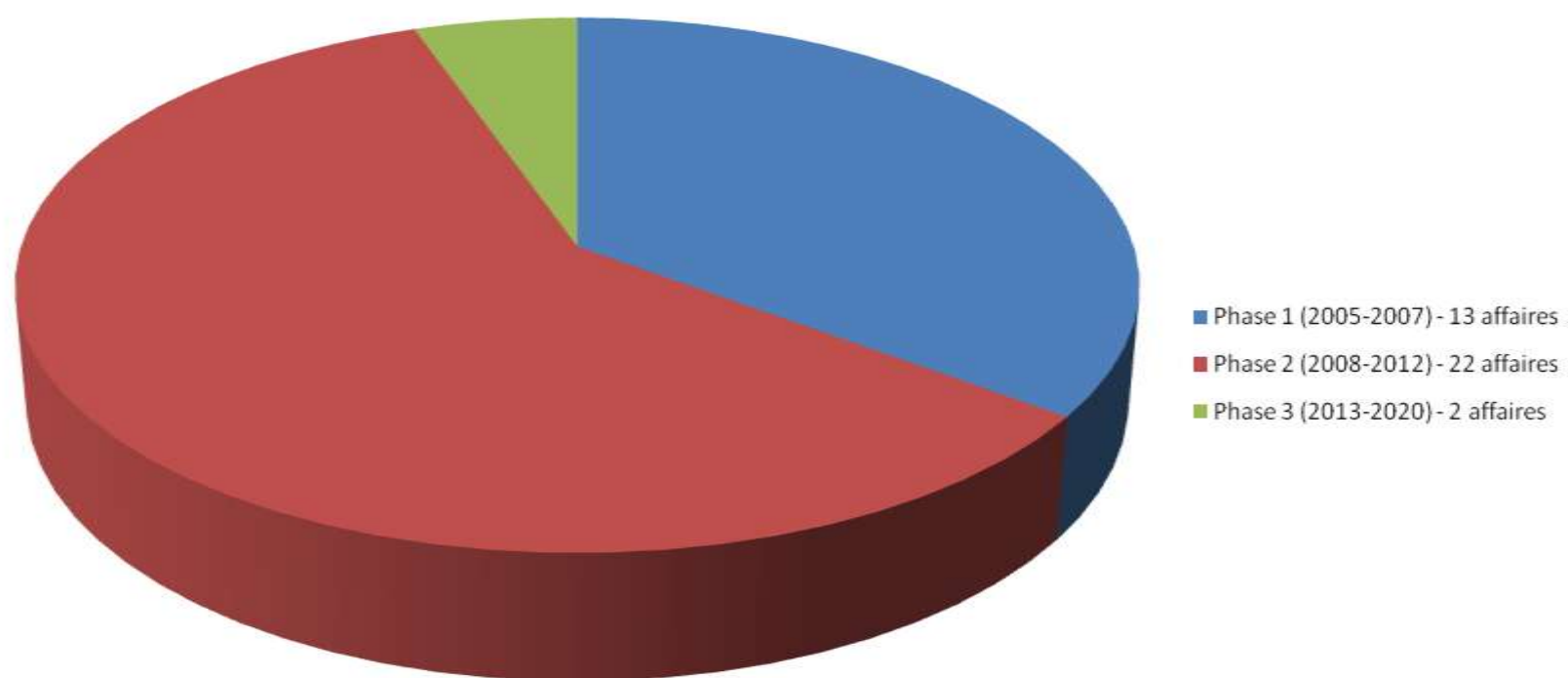


Tableau 2 Volume du contentieux par phase

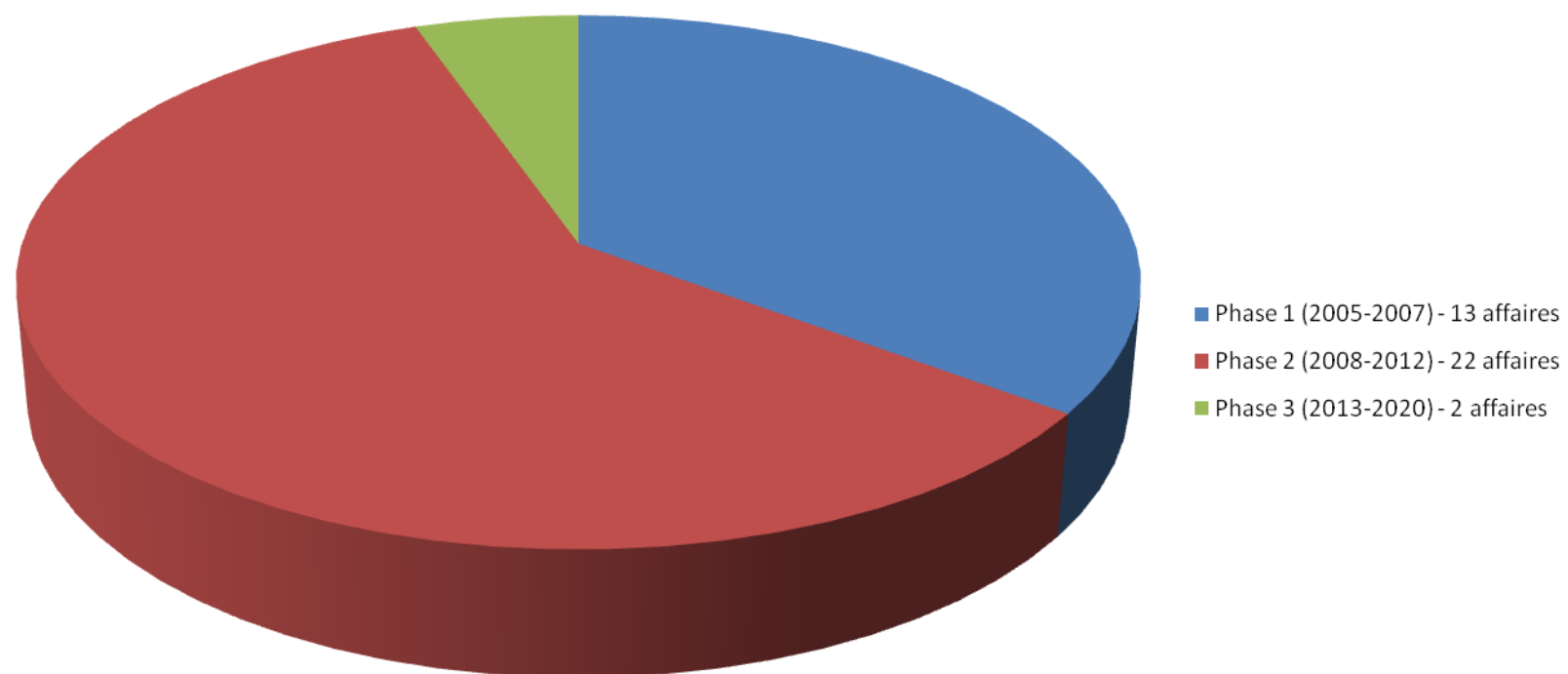
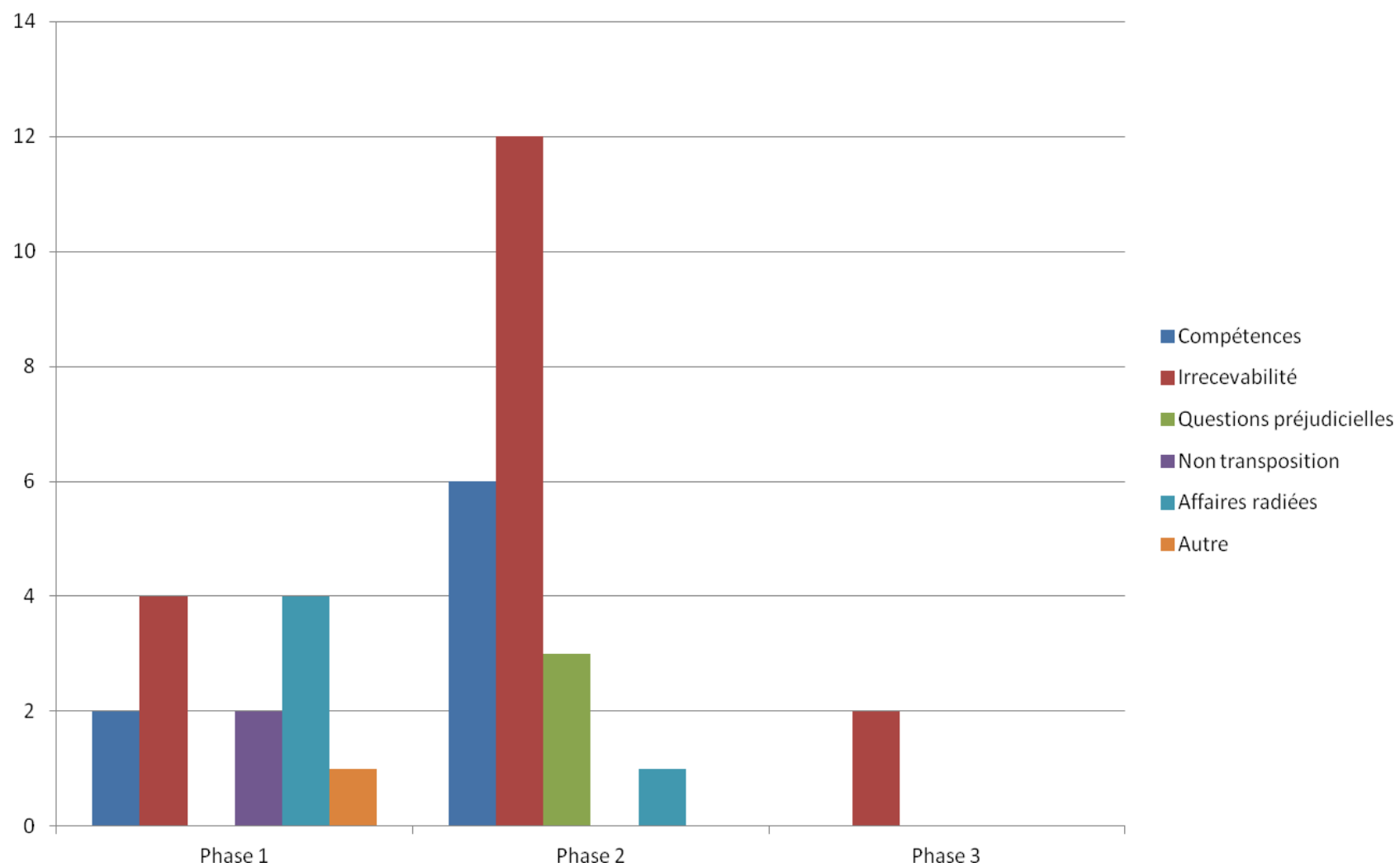


Tableau 4: Volume du contentieux par thème et phase



INDEX DES TERMES JURIDIQUES

Aide d'État : avantage de quelque nature que ce soit conféré sur une base sélective à une ou des entreprises par les autorités nationales.

Autorisation administrative : acte de police administrative qui autorise une activité ou un aménagement en fixant leurs conditions d'exercice ou de réalisation tout en permettant à l'administration une surveillance.

Autorité de chose jugée : autorité acquise d'une décision de justice, lorsque les délais de recours qui suspendent en principe son exécution sont expirés ou épuisés.

Base juridique : il s'agit des textes (lois, règlements, décrets, directives, règlements européens, conventions, protocoles, etc.) sur lesquels s'appuie une demande juridique devant une Cour ou un Tribunal, ou sur lesquels s'appuie la décision juridique de cette Cour ou de ce Tribunal.

Bien meuble : bien qui peut être transporté et qui n'est pas un immeuble. Il existe les « meubles corporels » qui comprennent tout objet concret dont l'existence peut être appréhendée par les sens et qui sont susceptibles de déplacement et les « meubles incorporels » qui comprennent notamment, les titres représentant des droits, les clientèles, le droit au bail, les droits de la propriété intellectuelle et les actions judiciaires qui s'y rattachent.

Contentieux : qui fait l'objet d'un désaccord, d'un litige spécialement juridique. Ensemble des litiges ayant trait à un même sujet ou relevant d'une même juridiction ou d'un même ensemble de juridictions.

Débouter : le demandeur à l'instance est « débouté » de son action, lorsque le tribunal juge que, bien que la demande soit recevable sur la forme (c'est-à-dire sur le plan procédural), la prétention qu'il a fait valoir ne se trouve pas fondée. Autrement dit, c'est le fait pour une juridiction (Cour ou Tribunal) de rejeter une demande en justice qui aurait été portée devant elle.

Décision : terme général utilisé en procédure pour désigner les actes émanant d'une juridiction collégiale ou d'un magistrat unique.

Décret : décision exécutoire à portée générale ou individuelle signée soit par le président de la République, soit par le Premier ministre.

Dématérialisé (instrument dématérialisé) : résultat d'une opération liée à de nouvelles technologies consistant à remplacer un support matériel tangible (monnaie fiduciaire, titre au porteur) qui circule entre les mains des intéressés comme instrument de paiement ou de commerce, par un support comptable centralisé, sous des modalités diverses, système qui suppose cependant que soient replacés entre les mains des intéressés d'autres éléments matériels de preuve ou de fonctionnement.

Directive : en droit de l'Union européenne, acte obligatoire pour les États membres destinataires quant au résultat à atteindre, tout en leur laissant le choix des moyens et de la forme.

Droit civil : partie fondamentale du droit privé comprenant les règles relatives aux personnes, aux biens, à la famille, aux obligations, plus spécialement aux divers contrats et autres sûretés.

Droit de l'Union européenne : il est composé du « droit communautaire primaire », qui correspond aux traités entre États, et du « droit dérivé » qui correspond aux directives, règlements, décisions, avis et recommandations, adoptés par les organes de l'Union européenne.

Droit public : ensemble des règles juridiques concernant la complexion, le fonctionnement et les relations des États et des organisations ou collectivités qui les regroupent ou les constituent.

Erreur de droit : erreur commise par une institution et portant sur l'interprétation ou l'existence d'une règle de droit.

Fongible (instrument fongible) : désigne par opposition à un corps certain, dans la classification juridique des biens, une chose de genre ; plus précisément une chose qui appartenant au même genre qu'une autre peut être considérée comme équivalente si elle est de même qualité et quantité, ce qui suppose que les choses fongibles peuvent se compter, se mesurer, se peser, qu'ils s'agissent de choses tangibles (blé ou autres denrées, argent liquide) ou de biens incorporels (somme d'argent).

Forwards : les *forwards* sont un instrument financier pour livraison à une date future convenue d'avance, au prix de clôture déterminé et pour lequel les appels de marge de variation émis pour tenir compte de l'évolution des prix peuvent être satisfaits soit par une garantie autre qu'en espèces, soit par une garantie publique convenue, au choix de la contrepartie centrale.

Futures ou contrat futur : un contrat au terme duquel deux opérateurs s'engagent à vendre et à acheter une quantité déterminée d'un actif sous-jacent à un prix déterminé et à une échéance déterminée, les caractéristiques du contrat sont donc standardisées.

Installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE) : Installations de toute nature, telles que chantiers, usines, exploitations, pouvant représenter des dangers pour l'environnement. Leur création donne lieu à autorisation ou à déclaration, et elles sont soumises à des inspections pour contrôler le respect des règles qui leur sont applicables.

Instruments financiers : il s'agit des titres financiers et des contrats financiers. Ils ne peuvent être émis que par l'État, une personne morale, un fonds commun de placement ou un fonds commun de créances. Ils sont énoncés à l'article L. 211-1 du Code monétaire et financier.

Intérêt à agir : principale condition d'une action en justice dictant la recevabilité de la demande, de la défense ou de l'intervention.

Irrecevabilité : sanction encourue lorsque la demande ne réunit pas les conditions légales pour que le juge soit régulièrement saisi. Dans ce cas, le juge rejette la demande sans avoir à statuer sur les prétentions des parties.

Jurisprudence : solution suggérée par un ensemble de décisions suffisamment concordantes rendues par les juridictions sur une question de droit.

Légalité : On entend par la « légalité » d'une mesure, le fait qu'elle soit conforme à la loi.

Législation : ensemble des lois d'un État ou d'une région ou des lois relatives à une branche du droit ; plus généralement droit positif d'un pays.

Moyens : raisons de fait ou de droit dont une partie se prévaut pour fonder sa prétention.

Nature juridique : ce qui définit en droit une chose, ce qui est de son essence, de sa substance au regard du droit, ensemble des critères distinctifs qui constituent cette chose en une notion juridique.

Notification : formalité par laquelle on porte officiellement à la connaissance d'une personne, le contenu d'un acte qui la concerne et auquel elle n'a pas été partie.

Option : un contrat au terme duquel l'acheteur de l'option acquiert le droit d'acheter ou de vendre une quantité déterminée d'un actif financier à un prix déterminé sans obligation d'en prendre livraison à une échéance déterminée.

Ordonnance : décision prise par un juge qui statue seul. Cette procédure a été instituée, soit en raison de l'extrême urgence, et pour régler au moins provisoirement une situation qui ne peut souffrir une quelconque attente ou qui risque de s'aggraver.

Plan national d'allocation de quotas (PNA) : document établi par chaque État membre, et fixant leur niveau total d'émissions dans le cadre du SEQE et le nombre de quotas d'émission attribué à chaque installation située sur leur territoire.

Pourvoi : acte par lequel on demande la révision d'une décision de justice par une juridiction supérieure.

Première instance : Il s'agit du premier degré de la procédure devant les juridictions, c'est-à-dire avant qu'un appel ne puisse être demandé par l'une des parties.

Principe de valeur constitutionnelle : principe général qui, bien que n'étant pas explicitement énoncé dans les textes de valeur constitutionnelle, est reconnu par le Conseil constitutionnel français comme s'imposant au législateur avec la même force qu'eux.

Principe d'égalité : principe qui signifie qu'à situations égales, traitements égaux, mais :

- qu'à situations différentes, il y a possibilité de traitements différents si la différence de traitement est en lien avec l'objet du service et qu'il n'y a pas de disproportion dans la différence de traitement.

- qu'à situations égales, il y a traitements différents si l'intérêt général est en lien avec l'objet du service public et que la différence de traitement n'est pas disproportionnée.

Protocole : en droit international, accord interétatique, qui peut venir compléter une convention-cadre adoptée auparavant.

Qualification juridique : opération intellectuelle d'analyse juridique, outil essentiel de la pensée juridique, consistant à prendre en considération l'élément qu'il s'agit de qualifier et à le faire entrer dans une catégorie juridique préexistante en reconnaissant en lui les caractéristiques essentielles de la catégorie de rattachement.

Question préjudicielle : question qui oblige un tribunal à sursoir à statuer jusqu'à ce qu'elle ait été soumise à la juridiction compétente qui rendra à son sujet un acte de juridiction.

Recours en annulation : en droit de l'Union européenne, le requérant peut demander l'annulation d'un acte décisif de toute institution de l'Union européenne. Cet acte était alors pris en application du droit communautaire, mais était contraire à ce dernier (Article 263 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne).

Régime juridique : ensemble de règles de droit applicable à une activité, une personne, une institution, une chose, quelle qu'elle soit.

Règlement : acte de portée générale du Conseil ou de la Commission, obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout État membre.

Rejet d'un recours : décision que peut prendre une instance juridictionnelle (Cour ou Tribunal) de ne pas aller dans le sens de l'argumentation présentée par la partie requérante, et ainsi de rejeter sa demande.

Requête introductive : acte de procédure par lequel la personne qu'on dénomme le « demandeur » ou le « requérant », c'est à dire, celui qui prend l'initiative du procès, saisit le juge d'une prétention qu'il entend faire valoir contre une ou plusieurs personnes dites le ou les « défendeurs ».

Responsabilité civile : responsabilité engagée, soit en raison de l'inexécution d'un contrat, soit en raison d'un acte volontaire ou non, entraînant pour la personne qui est légalement fautive l'obligation de réparer le dommage qui a été subi par une ou plusieurs autres.

Responsabilité pénale : obligation faite à une personne légalement coupable de répondre d'une infraction délictuelle commise ou dont elle est complice, et de subir la sanction pénale prévue par le texte qui les réprime. La responsabilité pénale se différencie de la responsabilité civile, car elle implique un recours de la part de l'État pour trouble à l'ordre public.

Statut juridique : ensemble cohérent des règles applicables à une catégorie de personnes ou d'agents ou à une institution et qui en déterminent pour l'essentiel la condition et le régime juridique.

Swaps ou échanges financiers : une opération par laquelle deux ou plusieurs entités économiques échangent des éléments de leurs créances et de leurs dettes.

Transposition : passage d'un ordre de réglementation à un autre moyennant parfois certaines conditions de délais, d'adaptation ou de réserves. En droit de l'Union, il s'agit de l'action d'insérer en droit interne des normes communautaires moyennant les vérifications et remaniements nécessaires.

Valeur mobilière : il s'agit d'une part, des parts représentatives d'apports consentis par des investisseurs dans des sociétés de personnes, les parts d'emprunts émises, soit par l'État ou les Collectivités locales, soit par des sociétés commerciales, et d'autre part, des droits attachés à la possession d'actions de ces sociétés.

INDEX DES ABRÉVIATIONS

Aff : Affaire

CE : Communauté européenne

CEMBUREAU : *European Cement Association*

CJUE : Cour de justice de l'Union européenne

CO₂ : Dioxyde de carbone

GES : Gaz à effet de serre

MIF : Marché d'instruments financiers

NACE : Nomenclature statistique des activités économiques dans la communauté européenne

PNA : Plan d'allocation national

TFUE : Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

TVA : Taxe sur la valeur ajoutée

UE : Union européenne

UTCTE : Union pour la coordination du transport d'électricité

BIBLIOGRAPHIE

I. TEXTES JURIDIQUES

1) Droit primaire de l'Union Européenne

Versions consolidées du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne, JOUE C 83 du 30 mars 2010, pp. 1-388.

2) Droit dérivé de l'Union européenne

a) Règlements

Règlement (CE) n°2216/2004 de la Commission du 21 décembre 2004 concernant un système de registres normalisé et sécurisé conformément à la directive (CE) n°2003/87 du Parlement européen et du Conseil et à la décision (CE) n°280/2004 du Parlement européen et du Conseil, JO L 386 du 29.12.2004.

Règlement (UE) n°1031/2010 de la Commission du 12 novembre 2010 relatif au calendrier, à la gestion et aux autres aspects de la mise aux enchères des quotas d'émission de gaz à effet de serre conformément à la directive (CE) n°2003/87 du Parlement européen et du Conseil établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté, JO L 302 du 18.11.2010.

Règlement (UE) n°1193/2011 de la Commission du 18 novembre 2011 établissant le registre de l'Union pour la période d'échanges débutant le 1er janvier 2013 et pour les périodes d'échanges suivantes du système d'échange de quotas d'émission de l'Union conformément à la directive (CE) n°2003/87 du Parlement européen et du Conseil et à la décision (CE) n°280/2004 du Parlement européen et du Conseil et modifiant les règlements de la Commission (CE) n°2216/2004 et (UE) n°920/2010, J.O. L315/1, 29 novembre 2011.

b) Directives

Directive (CE) n°2003/87 du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quota d'émission de gaz à effet de serre dans la communauté et modifiant la directive (CE) n°96/61 du Conseil, JOCE L 275 du 25 octobre 2003.

Directive (CE) n°2009/29 du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 modifiant la directive (CE) n°2003/87 afin d'améliorer et d'étendre le système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, JOCE L 140 du 5 juin 2009.

Commission européenne, proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant les marchés d'instruments financiers abrogeant la directive (CE) n°2004/39 du Parlement européen et du Conseil, SEC(2011) 1226, 20 octobre 2011.

c) Décisions

Décision (CE) n°280/2004 du Parlement européen et du Conseil du 11 février 2004 relative à un mécanisme pour surveiller les émissions de gaz à effet de serre dans la Communauté et mettre en œuvre le protocole de Kyoto, JOCE L 49 du 19 février 2004.

Décisions adoptées par la Commission en vertu de l'article 9 de la directive (CE) n°2003/87 du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive (CE) n°96/61 du Conseil, JOUE n° C 226 du 15 septembre 2005.

Décision n°C(2009) 10251 de la Commission du 24 décembre 2009 établissant, conformément à la directive (CE) n°2003/87 du Parlement européen et du Conseil, la liste des secteurs et sous-secteurs considérés comme exposés à un risque important de fuite de carbone, JOCE L 1 du 5 janvier 2010.

Décision (UE) n°2012/498 de la Commission du 17 août 2012 modifiant les décisions (UE) n°2010/2 et n°2011/278 en ce qui concerne les secteurs et sous-secteurs considérés comme exposés à un risque important de fuite de carbone, JOUE L 241 du 7 septembre 2012.

3) Droit français

Ordonnance n°2004-330 du 15 avril 2004 portant création d'un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, JORF n°91, 17.4.2004, p.7089

Article L. 229-15 du Code de l'environnement

Article 261 C. 1° e. du Code Général des Impôts

II. JURISPRUDENCE

- **Arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne**

CJUE, *Dreyfus c/ Commission*, Aff. C-386/96, 5 mai 1998.

CJUE, *Portugal c/ Commission*, Aff. C-208/99, ordonnance du 27 novembre 2001.

CJUE, *Commission c/ Italie*, Aff. C-122/05, 18 avril 2005.

CJUE, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c/ Commission*, Aff. T-178/05, 23 novembre 2005.

CJUE, *République de Hongrie c/ Commission*, Aff. T-221/07, recours introduit le 26 juin 2006.

CJUE, *République tchèque c/ Commission*, Aff. T-194/07, recours introduit le 4 juin 2007.

CJUE, *Fels-Werke GmbH, c/ Commission*, Aff. T-28/07, ordonnance du 11 septembre 2007.

CJUE, *Cemex UK Cement LTD c/ Commission*, Aff. T-313/07, 6 novembre 2007.

CJUE, *Allemagne c/ Commission*, Aff. T-374/04, 7 novembre 2007.

CJUE, *Saint-Gobain Glass Deutschland c/ Commission*, Aff. C-503/07P, ordonnance du 8 avril 2008.

CJUE, *US Steel Košice c/ Commission*, Aff. C-6/08, Ordonnance du 19 juin 2008.

CJUE, *Cementownia Odra c/ Commission*, Aff. T-199/07, ordonnance du 23 septembre 2008.

CJUE, *Cemex Polska sp. z o.o. c/ Commission*, Aff. T-203/07, ordonnance du 23 septembre 2008.

CJUE, *Góraźdże Cement c/ Commission*, Aff. T-193/07, ordonnance du 23 septembre 2008.

CJUE, *Lafarge Cement S.A. c/ Commission*, Aff. T-195/07, ordonnance du 23 septembre 2008.

CJUE, *Dyckerhoff Polska sp. z o.o. c/ Commission*, Aff. T-196/07, ordonnance du 23 septembre 2008.

CJUE, *Grupa Ożarów S.A. c/ Commission*, Aff. T-197/07, ordonnance du 23 septembre 2008.

CJUE, *Cementownia "Warta" S.A. contre Commission*, Aff. T-198/07, ordonnance du 23 septembre 2008.

CJUE, *BOT Elektrownia Bełchatów e.a. c/ Commission*, Aff. T-208/07, ordonnance du 20 octobre 2008.

CJUE, *TV 2/Danmark e.a. c/ Commission*, Aff. T-309/04, T-317/04, T-329/04 et T-336/04, 22 octobre 2008.

CJUE, *Arcelor Atlantique et Lorraine e.a*, Aff. C-127/07, 16 décembre 2008.

CJUE, *Arcelor Atlantique et Lorraine e.a*, Aff. C-127/07, 2 mars 2010.

CJUE, *Ville de Lyon*, Aff. C-524/09, 22 décembre 2010.

CJUE, *République de Lettonie c/ Commission*, Aff. T-369/07, 22 mars 2011.

CJUE, *Pologne c/. Commission*, Aff. T-370/11, recours introduit le 8 juillet 2011.

CJUE, *Pologne c/ Commission*, Aff. T-370/11, requête introduite le 16 septembre 2011.

CJUE, *Iberdrola et Gas Natural* , Aff. C-566/11, demande de décision préjudicielle du 14 novembre 2011.

CJUE, *Air Transport Association of America e.a.*, Aff. C-366/10, 21 décembre 2011.

CJUE, *Iberdrola et Gas Natural*, Aff. C-566/11, demande de décision préjudicielle du 27 janvier 2012.

CJUE, *Région Wallonne c/ Commission*, Aff. T-237/09, 1er février 2012.

CJUE, *Commission c/ Estonie*, Aff. C-505/09P, 29 mars 2012.

CJUE, *République de Pologne c/ Commission*, Aff. T-183/07, 23 septembre 2009 et C-504/09, 29 mars 2012.

CJUE, *République d'Estonie c/ Commission*, Aff. T-263/07, 23 septembre 2009 et C-505/09, 29 mars 2012.

CJUE, *Hüttenwerke Krupp Mannesmann e.a c/ Commission*, Aff. T-379/11, ordonnance du 4 juin 2012.

CJUE, *Eurofer c/ Commission*, Aff. T-381/11, ordonnance du 4 juin 2012.

CJUE, *Holcim c/ Commission*, Aff. T-317-12, recours introduit le 11 juillet 2012.

- **Arrêt du Conseil d'Etat**

Conseil d'État, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, décision n° 287110, 8 février 2007.

III. AUTRES DOCUMENTS OFFICIELS

Commission européenne, Communication de la Commission au Parlement et au Conseil européen, « *Vers une surveillance renforcée du marché relatif au système européen d'échange de quotas d'émission* », COM (2010) 796 Final, Bruxelles, décembre 2010.

Document d'orientation 2011/C99/03 concernant l'application facultative de l'article 10 *quater* de la directive (CE) n°2003/87, JOCE C 99 du 31 mars 2011.

IV. RAPPORTS

Rapport de la mission confiée à Michel PRADA, Inspecteur général des Finances honoraire, « *La régulation des marchés du CO₂* », avril 2010.

GONNOT (FM), *Rapport d'information déposé par la mission d'information sur les marchés de quotas de gaz à effet de serre au nom de la Commission du développement durable et de l'aménagement du territoire*, Disponible sur : http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i2638.asp#P424_80080.

V. DOCTRINE

1) Articles

BANCAL (J.C.) et GRANGER (A.), « Nature juridique des unités-valeurs », *Juris Classeur Environnement et Développement durable*, Fasc. 3360 Droit du marché Carbone, 3 août 2011.

PATAY (M.) et ALBEROLA (E.) « L'EU ETS placé sous la réglementation des marchés d'instruments financiers : quelles sont les implications ? », *Point Climat, Éclairage sur l'économie du changement climatique*, CDC Climat, Paris, n° 16, mai 2012.

2) Ouvrages

FREESTONE (D) et STRECK (C), *Legal Aspects of Carbon Trading: Kyoto, Copenhagen, and beyond*, Oxford, Oxford University Press, 1^{er} février 2010, 657 p.

CLEMENT (M.), *Droit européen de l'environnement ; jurisprudence commentée*, Bruxelles, Larcier, 2e édition, 23 novembre 2012, 565 p.

VI. SITES INTERNET

Actu-Environnement

<http://www.actu-environnement.com>

Carbon Trade Watch

www.carbontradewatch.org/

Climate Policy Watchers

<http://www.climate-policy-watcher.org/>

Columbia Law School - Center for climate change law

<http://web.law.columbia.edu/>

EurActiv

<http://www.euractiv.com/>

L'Union européenne

<http://ec.europa.eu/>

La Cour de justice de l'Union européenne

<http://curia.europa.eu/>

Ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie

<http://www.developpement-durable.gouv.fr>

The National Centers of Competence in Research

<http://www.nccr-climate.unibe.ch/>

TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE	3
INTRODUCTION.....	4
PARTIE I - LE CADRE JURIDIQUE DU SEQE	8
Section 1 Le problème de la nature juridique des quotas	8
§ 1 Variété des définitions du quota entre les pays membres de l'Union européenne : l'exemple de la France	9
§ 2 La définition du quota de la Commission européenne pour la phase III	11
Section 2 Les compétences de la Commission en phase III	14
Section 3 Les règles spécifiques à l'allocation des quotas à titre gratuit, source potentielle de contentieux.....	17
§ 1 Les directives de 2003 et de 2009	18
A / Pourquoi conserver une allocation à titre gratuit ?	18
B / Comment déterminer les secteurs soumis au risque de fuite de carbone ?	19
C / Quels sont les avantages tirés par ces secteurs d'une allocation à titre gratuit ?.....	19
D / Le cas particulier du secteur de l'électricité	20
§ 2 Les décisions de la Commission de 2010, 2011 et 2012	21
A / La détermination des secteurs et sous-secteurs exposés à un risque important de fuite de carbone	21
B / L'établissement des règles transitoires concernant l'allocation harmonisée des quotas d'émissions à titre gratuit.....	22
PARTIE II - LE CONTENTIEUX JURIDIQUE LIÉ AU SEQE	25
Section 1 Les recours ouverts devant la Cour de justice de l'Union européenne	25
Section 2 Présentation du contentieux relatif au SEQE	27
Section 3 Le contentieux juridique relatif à la compétence d'allocation et au plafonnement des quotas gratuits	28
§ 1 Bilan du contentieux de phase I	28
§ 2 Bilan du contentieux de phase II.....	36
A / Base juridique de ces recours	36
B / La compétence établie des États en matière d'allocation de quotas à titre gratuit ..	37
C / Irrecevabilité des recours en annulation formulés par les entreprises contre les décisions de la Commission de modifier les plafonds des PNA	42

Section 4 Le contentieux juridique relatif aux critères d'allocation de quotas à titre gratuit	46
§ 1 Bilan du contentieux de phase II	46
§ 2 Perspectives pour le contentieux de phase III.....	54
PARTIE III - VERS DE NOUVEAUX ENJEUX POUR LA PHASE III.....	57
Section 1 Perspectives pour l'allocation gratuite des quotas.....	57
Section 2 Enjeux politiques à prendre en considération pour la phase III	59
ANNEXE	63
INDEX DES TERMES JURIDIQUES	67
INDEX DES ABRÉVIATIONS	73
BIBLIOGRAPHIE	74
TABLE DES MATIERES	81