

**Affaire C-271/20**

**Demande de décision préjudicielle**

**Date de dépôt :**

19 juin 2020

**Jurisdiction de renvoi :**

Verwaltungsgericht Berlin (Deutschland)

**Date de la décision de renvoi :**

11 juin 2020

**Partie requérante :**

Aurubis AG

**Partie défenderesse :**

Bundesrepublik Deutschland

---

**Copie**

**VG 10 K 164.18**

VERWALTUNGSGERICHT BERLIN (TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE  
BERLIN, ALLEMAGNE)

**ORDONNANCE**

Dans le litige opposant, au contentieux administratif,

Aurubis AG,

représentée par son conseil d'administration,

[OMISSIS] Hamburg,

partie requérante

[OMISSIS]

à

Bundesrepublik Deutschland (République fédérale d'Allemagne),  
représentée par l'Umweltbundesamt (Office fédéral de l'environnement),

Le président

Deutsche Emissionshandelsstelle (Service allemand d'échange de quotas  
d'émission), Berlin,

partie défenderesse,

la 10<sup>ème</sup> chambre du Verwaltungsgericht Berlin (tribunal administratif de Berlin),  
[omissis]

a rendu, le 11 juin 2020, l'ordonnance dont le dispositif est le suivant :

La procédure devant le Verwaltungsgericht Berlin (tribunal administratif de Berlin) est suspendue.

La Cour de justice de l'Union européenne est saisie des questions préjudicielles suivantes en application de l'article 267 TFUE : **[Or. 2]**

1. Les conditions de l'article 3, sous d) de la décision de la Commission 2011/278/UE pour l'allocation de quotas d'émission à titre gratuit sur la base d'une partie d'installation avec référentiel de combustible sont-elles remplies lorsque, dans une installation de production de métaux non ferreux relevant de l'annexe I de la directive 2003/87/CE, un concentré de cuivre sulfureux est utilisé dans un four de fusion éclair aux fins de la production de cuivre primaire, et que la chaleur non mesurable nécessaire pour la liquéfaction du minerai de cuivre contenu dans le concentré est essentiellement obtenue par l'oxydation du soufre contenu dans le concentré, procédé par lequel le concentré de cuivre est utilisé à la fois comme matière première et comme matériau combustible aux fins de la production de chaleur ?

2. Dans l'hypothèse où la Cour répondrait à la question 1 par l'affirmative :

Des droits à une allocation à titre gratuit de quotas d'émission supplémentaires pour la troisième période d'échange de quotas d'émission peuvent-ils être satisfaits après la fin de cette troisième période au moyen de quotas d'émission de la quatrième période d'échange, lorsque ce n'est qu'après expiration de la troisième période d'échange que l'existence d'un tel droit d'allocation a été constatée par le juge, ou faut-il considérer que les droits à une allocation non encore satisfaits s'éteignent lorsque la troisième période d'échange prend fin ?

## Motifs

I.

La requérante exploite à Hambourg une installation soumise à l'obligation d'échanges de quotas d'émission aux fins de la production de métaux non ferreux, et produit du cuivre. Cette installation est constituée de deux parties d'installation, la Rohhüttenwerk Nord (ci-après la « RWN »), et la Rohhüttenwerk Ost (ci-après la « RWO »). L'allocation pour la RWN ne fait pas l'objet de contestation.

La RWO est une fonderie dite « primaire », dans laquelle du cuivre primaire est obtenu à partir du minerai, par le biais de la fusion de concentré de cuivre dans un four de fusion éclair (suivie d'autres étapes). C'est, ce faisant, le procédé dit « Outokumpu » qui est utilisé (dit « flash smelting », ou « fusion éclair »).

Par une décision du 17 février 2014, la Deutsche Emissionshandelsstelle (Service allemand d'échange de quotas d'émission, ci-après la « DEHSt »), faisant suite à la demande de la requérante du 20 janvier 2012, a alloué à celle-ci 2 596 999 quotas d'émission à titre gratuit pour les années 2013 à 2020. Le 14 mars 2014, la requérante a introduit une réclamation, dans laquelle elle dénonçait l'absence de prise en compte de certaines données, qui ne font pas l'objet du présent recours. Par une décision rendue le 3 avril 2018 sur cette réclamation, la DEHSt a [Or. 3], partiellement annulé la décision d'allocation, dans la mesure où plus de 1 784 398 quotas d'émission avaient été alloués. À titre de motivation, il était en substance indiqué que l'utilisation du concentré de cuivre ne pouvait pas être prise en compte dans le cadre d'une sous-installation avec référentiel de combustible, mais devait être rattachée à une sous-installation avec référentiel d'émissions de procédé. Après avoir recalculé le droit à l'allocation de quotas, la DEHSt a exigé la restitution de 523 027 quotas.

Le 30 avril 2018, la requérante a introduit un recours contre la décision rendue sur la réclamation en ce que celle-ci retirait une partie des quotas d'émission initialement alloués ; à l'appui de ce recours, elle fait en substance valoir ce qui suit :

La requérante utilise un concentré de cuivre qui a une forte teneur en fer et en soufre et qui est constitué de sulfures de cuivre et de fer (30 %, respectivement, de cuivre, de fer et de soufre). En outre, le concentré contient des traces de carbone et d'autres métaux. Les minéraux de cuivre utilisés sont la chalcopirite ( $\text{CuFeS}_2$ ), la chalcocite ( $\text{Cu}_2\text{S}$ ), la covellite ( $\text{CuS}$ ) et la bornite ( $\text{Cu}_5\text{FeS}_4$ ), ainsi que la pyrite ( $\text{FeS}_2$ ).

Pour obtenir du cuivre pur, le concentré de cuivre est séché et mélangé avec du sable ( $\text{SiO}_2$ ) et d'autres matériaux fins qui contiennent parfois également des fractions minimales de carbone. La préparation ainsi obtenue est mise dans le four à fusion flash de la RWO, avec un mélange d'air et d'oxygène. Une réaction chimique entre l'oxygène et le soufre et le fer contenus dans le concentré de cuivre se produit alors dans la partie supérieure du four. Cette réaction chimique dégage tellement de chaleur que la température dans le four à fusion éclair dépasse les 1 200 degrés Celsius et que le concentré de cuivre se liquéfie. Le sable est également chauffé et les masses de fonte brute se liquéfient elles aussi. Aucune

source d'énergie fossile n'intervient dans ce processus. La chaleur générée agit directement sur le métal en fusion.

Les produits ainsi obtenus sont la matte (mélange de cuivre et de sulfure de fer), du silicate de fer (laitier) et du dioxyde de soufre. Une chaleur non mesurable est générée à la suite des processus d'oxydation.

Lors d'une étape supplémentaire, la matte est introduite dans un convertisseur, dans lequel les fractions restantes de soufre et de fer sont oxydées par l'insufflation d'un mélange d'air et d'oxygène. De la chaleur est générée à cette occasion également. Le produit de cette étape **[Or. 4]** (cuivre « blister ») est mis dans un four à anode, dans lequel les fractions restantes de soufre – là encore, sans ajout de combustibles fossiles – sont transformées en SO<sub>2</sub> par combustion. Il s'agit d'un processus dit de « pyroaffinage ». Un processus de fusion a lieu, dans le cadre duquel les éléments intrants indésirables dans le cuivre pur, tels que le soufre et le fer, sont oxydés et en partie transformés en scories. Cela étant, pour des raisons énergétiques, ce processus est conçu pour justement faire en sorte que le cuivre reste non oxydé jusqu'à la dernière étape de conversion dans le convertisseur. Dans le four, au cours du processus de combustion, il se produit une oxydation de CuFeS<sub>2</sub> et une réduction d'oxygène. C'est la composition des métaux elle-même qui permet d'obtenir la température nécessaire.

Les étapes susmentionnées du procédé Outokumpu génèrent du SO<sub>2</sub>, mais pas de CO<sub>2</sub>. De faibles quantités de CO<sub>2</sub> sont générées lors de l'oxydation des quantités infimes de carbone entrant dans le procédé. Le concentré de cuivre utilisé au cours de la période de référence avait une teneur en carbone d'environ 0,7 % (en masse). En raison de cette teneur en carbone, des émissions de dioxyde de carbone sont générées dans le four à fusion éclair à la suite des processus d'oxydation qui y ont lieu.

Le procédé utilisé par la requérante est une méthode de production respectueuse du climat. D'autres producteurs de cuivre qui ont utilisé le même procédé sont obligés de recourir en plus à des combustibles contenant du carbone. Jusqu'en 2008, la requérante utilisait en plus du fioul lourd dans son installation ; elle a par la suite optimisé le processus de production, en ce qui concerne les rejets de gaz à effet de serre, en modifiant la composition de la substance intrante et la quantité d'oxygène utilisé. En 1990, le recours au fioul lourd a conduit à environ 29 000 tonnes d'émissions de CO<sub>2</sub>, et la quantité de CO<sub>2</sub> émis en raison de l'utilisation de fioul lourd était encore de 6389 tonnes en 2007, chiffre qui est tombé à zéro en 2009. L'oxydation des traces de carbone présentes dans le concentré de cuivre génère quant à elle des émissions de 0,026 tonne de CO<sub>2</sub> par tonne de concentré, soit en moyenne 29 024 tonnes par an. Un recours équivalent au gaz naturel comme source d'énergie thermique pour le four à fusion éclair, au lieu de la chaleur produite du fait de la teneur en soufre du concentré, aurait occasionné chaque année des émissions de 190 046 tonnes de CO<sub>2</sub>.

La requérante estime avoir droit à l'allocation de 1 154 794 quotas d'émission supplémentaires en application du facteur de correction transsectoriel dans (l'ancienne) version du 5 septembre 2013.

La requérante estime avoir droit, en raison de la chaleur produite par la combustion du [Or. 5] soufre présent dans le concentré de cuivre, à une allocation sur la base d'un référentiel de combustible (en tenant compte du risque de fuite de carbone), conformément à l'article 2, point 27, de la « ZuV 2020 » (Verordnung über die Zuteilung von Treibhausgas- Emissionsberechtigungen in der Handelsperiode 2013 bis 2020 – Règlement d'allocation de quotas d'émission de gaz à effet de serre pour la période d'échanges allant de 2013 à 2020), ou de l'article 3, sous d), de la décision 2011 /278/UE. Selon elle, la chaleur générée dans la partie d'installation RWO est produite par la combustion de combustibles.

La requérante fait valoir que la combustion est l'association chimique (réaction) d'une substance à de l'oxygène ou à un autre agent oxydant. En droit de l'Union, la notion de « combustion » est définie à l'article 3, sous t), de la directive 2003/87/CE comme étant toute oxydation de combustibles. D'après l'arrêt du 20 juin 2019, ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:518, point 53), cette définition ne réduit pas la notion de « combustion » aux seules réactions d'oxydation qui génèrent elles-mêmes du CO<sub>2</sub>. Dans le four à fusion éclair, il se produit une oxydation de fer et de soufre dans le cadre d'une réaction fortement exothermique.

La requérante fait valoir que le soufre brûlé dans le four à fusion éclair est aussi un combustible. Il n'y a pas, en l'état actuel du droit, de définition de la notion de combustible. Selon la requérante, le soufre est un combustible, étant donné qu'il s'agit d'une substance qui peut être brûlée et qui, en brûlant, dégage de la chaleur. La chalcopirite contenue dans le concentré de cuivre a un pouvoir calorifique élevé. Contrairement à la défenderesse, la requérante ne pense pas qu'il ressorte du libellé de l'article 3, sous d), de la décision 2011/278/UE que la qualification d'un intrant en tant que combustible suppose nécessairement que l'utilisation de celui-ci ait pour principal objectif la production de chaleur, ou qu'il s'agisse d'un combustible standard tel que le charbon, le pétrole ou le gaz naturel.

Selon la requérante, la notion de combustible est une notion générique qu'il convient d'interpréter largement et qui a vocation à englober toutes les substances pouvant être brûlées. Le fait que le concentré de cuivre à teneur en soufre contient également des matières premières, qui sont introduites dans le four à fusion éclair simultanément à celui-ci, n'est pas un obstacle à la qualification en tant que combustible de la fraction de soufre présente dans ledit concentré. La requérante estime que, dans le concentré de soufre, le cuivre doit être considéré comme étant la matière première et le soufre le combustible. L'objectif principal de la combustion du soufre dans le four à fusion éclair, en soi, est la production de chaleur. Le cuivre primaire ne pourrait pas être obtenu si, à l'intérieur du four à fusion éclair, il ne se produisait pas un phénomène exothermique très intense

résultant de la combustion du soufre contenu dans le concentré de cuivre et conduisant à la fusion du minerai.

La requérante estime que l'on ne saurait davantage déduire de l'économie de la décision 2011/278/UE que l'objectif prédominant doit impérativement être la conversion d'énergie. En effet, la mise en torchère pour des raisons de sécurité relève également du référentiel de combustible.

La requérante relève également que la directive 2010/75/UE relative aux émissions industrielles définit à son article 3, point 24, le « combustible » [Or. 6] comme étant toute matière combustible solide, liquide ou gazeuse.

La requérante fait valoir que, contrairement à ce que pense la défenderesse, la chaleur n'est pas une utilisation additionnelle du concentré de cuivre, car la génération de chaleur fait partie intégrante du procédé technique mis en œuvre. Elle ajoute que son installation peut d'ailleurs être exploitée grâce au seul combustible fourni par le soufre contenu dans le concentré de cuivre.

La requérante, en ce qui concerne la question de la hiérarchie des référentiels, rappelle que la défenderesse a toujours considéré qu'il y avait une hiérarchie entre les trois référentiels applicables pour l'allocation de quotas suivant une logique d'« options de repli ». Selon la requérante, les critères d'une sous-installation avec référentiel de combustible sont en l'espèce remplis, ce qui suffit à écarter une allocation sur la base d'un référentiel d'émissions de procédé, telle que défendue par la défenderesse.

La requérante fait valoir, à titre subsidiaire, que les critères d'une sous-installation avec référentiel d'émissions de procédé ne sont pas non plus remplis. Dans le cadre du procédé ici pertinent, il ne se produit aucune réduction chimique de composés de métaux conformément à l'article 2, point 29, sous b) aa), de la ZuV 2020.

La requérante indique que la formule de la réaction chimique est en substance



La requérante explique que ni le carbone ni aucun autre agent réducteur ne participent à cette réaction. Des composés de métaux sulfureux sont transformés par addition d'oxygène, par le biais d'une oxydation. Contrairement à ce que prétend la défenderesse, le cuivre, à l'intérieur du four à fusion éclair de la requérante, n'est pas produit par le biais d'une réduction chimique. Le nombre d'oxydation de la substance de départ, la chalcopyrite, doit être noté non pas +2, mais, d'après l'expertise qui a été produite, +1. Le cuivre ne modifie pas non plus ce nombre d'oxydation dans le four à fusion éclair. La réduction du cuivre ne se produit qu'ultérieurement, en-dehors du four à fusion éclair, au terme du processus de soufflage qui a lieu dans le convertisseur. Le produit ferreux FeS contenu dans le concentré est réduit de l'état d'oxydation +3 à +2. Le carbone, toutefois, n'intervient pas dans ce processus.

Ce processus ne produit pas non plus de CO<sub>2</sub>. À supposer que des émissions de CO<sub>2</sub> se produisent dans le four à fusion éclair, celles-ci résultent uniquement de l'oxydation des composants organiques des fractions de carbone introduites dans le four à côté du concentré de cuivre. [Or. 7]

La requérante fait valoir que tant la juridiction de céans que la défenderesse ont jusqu'à présent souligné et défendu, en conformité avec la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, la nécessité d'une interprétation stricte de la sous-installation avec référentiel d'émissions de procédé. En vertu de cette interprétation, seules relèvent de la notion d'émissions de procédé les émissions de dioxyde de carbone qui résultent directement et immédiatement des procédés mentionnés dans la règle de droit eux-mêmes. Il ne suffit pas, en revanche, que des émissions de dioxyde de carbone soient générées par d'autres procédés dans l'installation concernée, notamment par l'oxydation. Selon la requérante, il n'est pas satisfait à cette stricte exigence de causalité dans le cas présent. Tant la chambre de céans que la défenderesse ont, selon la requérante, jusqu'à présent constamment refusé une vision globale de l'ensemble des étapes du processus et des réactions chimiques dans le cadre d'une partie d'installation avec émissions de procédé.

Selon la requérante, les éléments constitutifs des autres variantes des émissions de procédé ne sont pas non plus réunis. Dans la partie d'installation litigieuse, la requérante n'utilise pas de minerai de cuivre carbonaté aux fins de la production de cuivre primaire. Le carbone n'est présent dans le concentré de cuivre litigieux que sous forme de traces. Il n'y a pas utilisation d'additifs ou de matières premières contenant du carbone, étant donné que le carbone ne participe pas aux procédés métallurgiques. En outre, en l'absence de participation du carbone aux réactions, les procédés métallurgiques ne génèrent pas de dioxyde de carbone au sens de l'article 2, point 7, sous b), de la ZuV 2020, ou de l'article 3, sous d), de la décision 2011/278/UE. Cela vaut également en ce qui concerne les autres variantes d'émissions de procédé citées par la défenderesse.

Selon la requérante, l'allocation sollicitée de quotas d'émission supplémentaires à titre gratuit pour son installation est compatible avec les objectifs de l'échange de quotas d'émission, car elle a recours à une technique innovante. Il serait contraire à la logique de ce système que la requérante puisse, en vertu de l'argumentation de la défenderesse, obtenir sur la base d'une sous-installation avec référentiel d'émissions de procédé un nombre de quotas d'émission à titre gratuit couvrant presque la totalité de ses besoins si – comme c'est encore le cas aujourd'hui pour d'autres producteurs de cuivre – elle utilisait des combustibles fossiles. Le procédé utilisé par la requérante est la meilleure technique, disponible uniquement dans des installations neuves. Il existe encore dans le monde entier différents producteurs de cuivre primaire qui n'appliquent pas ce procédé. En outre, les fours à fusion Outokumpu ne peuvent pas tous fonctionner presque sans combustibles carbonés, comme c'est le cas de celui de la requérante. En outre, la requérante fait valoir qu'elle achète l'oxygène dont elle a besoin pour ses processus auprès d'un producteur (Air Liquide) qui ne perçoit pas d'indemnisation pour compenser le

prix de l'électricité dont sa production est fortement consommatrice. Cela se répercute sur le prix. De cette manière, [Or. 8] la charge pesant indirectement sur la requérante du fait des coûts de CO<sub>2</sub> excède le nombre de quotas d'émission alloués à titre gratuit.

Si, dans une autre partie d'installation (RWN), la requérante a considéré le concentré comme étant une matière première, c'est parce que le cuivre y est fondu à partir de débris de cuivre, en utilisant le courant électrique.

La requérante conclut à ce qu'il plaise à la juridiction de céans :

condamner la défenderesse, en annulant à cet égard la décision rendue le 3 avril 2018 sur la réclamation, à allouer à la requérante 1 154 794 quotas d'émission supplémentaires pour les années 2013 à 2020, sauf opposition de la Commission européenne.

La défenderesse conclut à ce qu'il plaise à la juridiction de céans :

rejeter le recours.

La défenderesse estime que le concentré de cuivre utilisé par la requérante ne peut pas donner lieu à une allocation de quotas sur la base d'un référentiel de combustible. Selon elle, on n'est en présence d'une partie d'installation avec référentiel de combustible que lorsque l'objectif principal de l'utilisation d'un matériau est la production de chaleur. Or, le concentré de cuivre est une matière première, parce que le principal objectif du processus de production est la production de cuivre. En outre, le concentré de cuivre ne fait pas l'objet d'une combustion complète, contrairement à ce qui est supposé dans le cadre du calcul de la valeur du référentiel de combustible. De plus, les combustibles, au sens du référentiel de combustible, sont des combustibles qui peuvent être remplacés par d'autres combustibles, notamment le gaz naturel. Le référentiel de combustible n'est pas une catégorie résiduelle.

La défenderesse estime que les critères d'une sous-installation avec référentiel d'émissions de procédé sont remplis.

Elle indique que le concentré de cuivre utilisé contient également du carbone. Le concentré de cuivre utilisé est un mélange minéral qui se compose de plusieurs éléments, notamment la chalcopirite (CuFeS<sub>2</sub>), la chalcocite Cu<sub>2</sub>S ; la covellite (CuS), [Or. 9] la bornite (Cu<sub>5</sub>FeS<sub>4</sub>), la pyrite (FeS<sub>2</sub>) et, en outre, également du minerai de cuivre carbonaté, notamment de la malachite [Cu<sub>2</sub>(OH)<sub>2</sub>(CO<sub>3</sub>)]. Elle rappelle que la requérante a elle-même fait état, dans les rapports d'émission annuels, d'émissions de CO<sub>2</sub> provenant du concentré, d'environ 0,02 à 0,03t CO<sub>2</sub>/t.

La défenderesse fait valoir qu'ont lieu, au sein de l'installation, des réductions chimiques de composés métalliques, y compris dans le four à fusion éclair. La réduction se fait au niveau du cuivre, avec d'abord une réduction de sulfure de

cuivre-fer en sulfure de cuivre, puis, une seconde fois, avec la réduction du sulfure de cuivre en cuivre.

À titre subsidiaire, la défenderesse fait valoir qu'il y a également élimination des impuretés présentes dans les métaux et les composés métalliques, ainsi qu'utilisation de matières premières contenant du carbone, dont l'objectif principal est autre que la production de chaleur.

Ce processus génère aussi des émissions de CO<sub>2</sub>. Il convient de considérer de manière globale l'ensemble des étapes du processus. Même si l'on ne se réfère qu'au four à fusion éclair, ce critère est rempli, étant donné que des éléments organiques sont également présents dans le concentré de cuivre.

Selon la défenderesse, les critères d'une sous-installation avec référentiel de combustible ne sont pas remplis, de sorte que la question de la hiérarchie des référentiels n'est pas pertinente. Pour la délimitation entre référentiel de chaleur ou de combustible, et un référentiel d'émissions de procédé, il convient de se référer de manière déterminante à l'objectif principal de l'utilisation du matériau chargé et du procédé industriel. En l'espèce, l'objectif principal est la production de cuivre.

Selon la défenderesse, la couverture des besoins de la requérante en quotas d'émission à titre gratuit est, avec un taux d'environ 130 %, déjà excédentaire ; en cas d'allocation des quotas supplémentaires demandés, la requérante obtiendrait la couverture d'environ 220 % de ses besoins en la matière.

## II.

Les dispositions pertinentes du droit de l'Union figurent dans la directive 2003/87/CE 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 96/61/CE du Conseil, dans sa version modifiée par la directive 2009/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 modifiant la directive 2003/87/CE afin d'améliorer et d'étendre le système communautaire d'échange de [Or. 10] quotas d'émission de gaz à effet de serre [JO 2009, L 140 du 5.6.2009, p. 63, modifiée par la décision (UE) 2015/1814 du Parlement européen et du Conseil du 6 octobre 2015, JO 2015, L 264, p. 1, modifiée en dernier lieu par la directive (UE) 2018/410 du Parlement européen et du Conseil du 14 mars 2018, JO 2018, L 76, p. 3, ci-après la « directive 2003/87 »], notamment à l'article 3, sous t), de la directive 2003/87, ainsi qu'à l'article 3, sous d) et h), de la décision n° 2011/278/UE de la Commission du 27 avril 2011 définissant 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 2003/87/CE.

Les dispositions applicables du droit national figurent dans la loi relative à l'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre du 27 juillet 2011 (Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz, BGBl. I 3154) (TEHG 2011), ainsi que

dans le règlement d'allocation de quotas d'émission de gaz à effet de serre pour la période d'échanges allant de 2013 à 2020 (Verordnung über die Zuteilung von Treibhausgas- Emissionsberechtigungen in der Handelsperiode 2013 bis 2020, BGBl. I 2011, 1921) (la « ZuV 2020 »), dans sa version du 26 septembre 2011.

**La loi de 2011 relative aux échanges de quotas d'émission de gaz à effet de serre (TEHG 2011)**

**Article 9, paragraphes 1 à 4, TEHG 2011 Allocation à titre gratuit de quotas d'émission aux exploitants d'installations**

(1) Les exploitants d'installations reçoivent une allocation à titre gratuit de quotas d'émission conformément aux principes énoncés à l'article 10 bis, paragraphes 1 à 5, paragraphe 7, et paragraphes 11 à 20, de la directive 2003/87/CE dans sa version en vigueur et à ceux énoncés dans la décision 2011/278/UE de la Commission du 27 avril 2011 définissant 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 2003/87/CE (JO L 130 du 17 mai 2011, p. 1).

(2) – (5) [...]

(6) Le volume de quotas définitif alloué à l'installation est égal au produit du volume de quotas provisoire calculé en application des paragraphes 1 à 5 et du facteur de correction transsectoriel fixé par la Commission européenne conformément à l'article 15, paragraphe 3, des règles d'allocation harmonisées de l'Union européenne. Dans le cadre de l'allocation pour la chaleur générée par les producteurs d'électricité, le facteur linéaire visé à l'article 10 bis, paragraphe 4, de la directive 2003/87/CE remplace le facteur de correction cité dans la première phrase, le calcul étant basé sur le nombre annuel provisoire de quotas à allouer à titre gratuit au producteur d'électricité concerné pour l'année 2013.

**Annexe 1, partie 2 – Activités**

1. Unités de combustion destinées à brûler des combustibles dont la puissance calorifique totale de combustion est égale ou supérieure à 20 MW, à moins qu'elles ne soient visées par l'un des points suivants.

**Le règlement d'allocation de quotas d'émission de gaz à effet de serre pour la période d'échanges allant de 2013 à 2020 (Zuteilungsverordnung 2020, ci-après la « ZuV 2020 ») [Or. 11]**

**Article 2 – Définitions**

21. à 26. [...]

27. Sous-installation avec référentiel de combustible

Regroupement d'intrants, extrants et émissions y afférentes, ne relevant pas d'une sous-installation visée aux points 28 ou 30, pour les cas de production de chaleur non mesurable par combustion de combustibles, pour autant que la chaleur non mesurable

a)

est utilisée pour la production de produits, d'énergie mécanique, de chauffage ou de refroidissement ou

b)

est produite par des torchères de sécurité, pour autant que, au regard des autorisations accordées, la combustion associée de combustibles pilotes et de quantités très variables de gaz de procédé ou de gaz résiduaires est prévue dans le but exclusif de décharger les installations en cas de perturbations d'exploitation ou d'autres circonstances d'exploitation exceptionnelles ;

à l'exclusion de la chaleur non mesurable utilisée afin de produire de l'électricité ou exportée pour la production d'électricité ;

[...]

#### 29. Sous-installation avec référentiel d'émissions de procédé

Regroupement :

a) d'émissions des gaz à effet de serre, autres que le CO<sub>2</sub>, qui sont produites hors des limites du système d'une sous-installation avec référentiel de produit ;

b) d'émissions de CO<sub>2</sub> qui sont produites hors des limites du système d'une sous-installation avec référentiel de produit, résultant des activités suivantes :

aa) la réduction chimique ou électrolytique des composés métalliques présents dans les minerais, les concentrés et les matières premières secondaires ;

bb) l'élimination des impuretés présentes dans les métaux et les composés métalliques ;

cc) la décomposition des carbonates, à l'exclusion de ceux utilisés pour l'épuration des fumées ;

dd) les synthèses chimiques dans lesquelles la matière carbonée participe à la réaction, lorsque l'objectif principal est autre que la production de chaleur ;

ee) l'utilisation d'additifs ou de matières premières contenant du carbone, lorsque l'objectif principal est autre que la production de chaleur ; **[Or. 12]**

ff) la réduction chimique ou électrolytique d'oxydes métalloïdes ou d'oxydes non métalliques, tels que les oxydes de silicium et les phosphates ;

c) d'émissions liées à la combustion de carbone incomplètement oxydé résultant des activités citées sous b) aux fins de la production de chaleur mesurable, de chaleur non mesurable ou d'électricité, pour autant que soient déduites les émissions qu'aurait dégagées la combustion d'une quantité de gaz naturel équivalente au contenu énergétique techniquement utilisable du carbone incomplètement oxydé qui fait l'objet d'une combustion.

### **Article 3 – Constitution de sous-installations**

(1) Dans la demande d'allocation à titre gratuit de quotas d'émission pour une installation, tous les intrants, extrants et émissions y afférentes de la période de référence fixée conformément à l'article 8, paragraphe 1, doivent être rattachés à des sous-installations selon les modalités suivantes :

1. à une ou plusieurs sous-installations avec référentiel de produit, conformément à l'article 2, point 28 ;

2. à une sous-installation avec référentiel de chaleur, conformément à l'article 2, point 30, pour autant qu'elle ne relève pas de sous-installations visées au point 1 ;

3. à une sous-installation avec référentiel de combustible, conformément à l'article 2, point 27, pour autant qu'elle ne relève pas de sous-installations visées aux points 1 et 2 ; et

4. à une sous-installation avec référentiel d'émissions de procédé, conformément à l'article 2, point 29, pour autant qu'elle ne relève pas de sous-installations visées aux points 1, 2 et 3.

Paragraphe 2 à 4 [...]

### III.

Les questions préjudicielles sont déterminantes aux fins de la solution du litige.

Dans l'hypothèse d'une réponse affirmative à la première question préjudicielle et, partant, de la qualification en tant que combustible du concentré de cuivre utilisé dans l'installation de la requérante, ou de la fraction de soufre que celui-ci contient, la requérante aurait droit à l'allocation de quotas d'émission supplémentaires à titre gratuit et la décision rendue sur la réclamation serait illégale.

La chambre de céans considère que la décision de la Cour dans l'affaire C-682/17 (arrêt du 20 juillet 2019) a établi que l'article 3, sous t), de la directive 2003/87 ne réduit pas la notion de « combustion » aux seules réactions d'oxydation qui génèrent elles-mêmes un gaz à effet de serre. La Cour a en outre indiqué au

point 57 de cet arrêt que l'activité de combustion de combustibles est également exercée au sein d'une installation qui est exploitée aux fins de la désulfuration du gaz naturel et de la récupération du soufre selon le procédé Claus. On peut toutefois se demander si cela vaut également pour la valeur d'émission de combustible [Or. 13] lors de l'allocation de quotas à titre gratuit ou si une définition plus étroite du combustible s'impose dans ce cadre. L'allocation à titre gratuit a vocation à atténuer les rigueurs résultant d'un assujettissement intégral à la taxe [carbone]. Cet objectif plaide en faveur de l'allocation de quotas à titre gratuit pour la production de chaleur non mesurable par des combustibles dont la combustion, comme dans le cas du gaz naturel, dégage nécessairement du CO<sub>2</sub> ou d'autres gaz à effet de serre. En revanche, dans le four à fusion éclair de la requérante, seule une faible quantité de CO<sub>2</sub> (0,026 t CO<sub>2</sub> par tonne de concentré de cuivre) est émise du fait de l'oxydation des traces des cuivres dans le concentré de cuivre.

En outre, à ce jour, la question de savoir si une allocation sur la base du référentiel de combustible suppose, en plus des critères que sont la combustion du combustible et la production de chaleur non mesurable aux fins mentionnées dans la disposition pertinente, que l'objectif principal de la combustion des combustibles soit la production de chaleur, n'a pas été tirée au clair en droit européen. La présente affaire a en plus ceci de particulier que le concentré de cuivre utilisé est à la fois la matière première et le combustible qui fournit l'énergie nécessaire à la fabrication du produit. Dans le cas où il conviendrait, pour une allocation sur la base du référentiel de combustible, de se référer à l'objectif principal de l'utilisation du concentré de cuivre, on peut selon la chambre de céans se demander si cette condition est remplie lorsque les objectifs d'une utilisation en tant que matière première et en tant que combustible se situent au même niveau (« double usage »).

Une autre question qui n'est pas réglée est celle de savoir si un combustible au sens du référentiel de combustible de l'article 3, sous h), de la décision 2011/278/UE suppose l'interchangeabilité du combustible en cause, et de savoir quelles sont les conséquences qu'une telle condition aurait dans le cas présent. En effet, la requérante fait valoir qu'elle a, jusqu'en 2008, également utilisé du fioul lourd en tant que combustible (additionnel).

Étant donné que la requérante a attaqué seulement le refus, par la décision rendue sur la réclamation, de l'allocation de quotas supplémentaires, il n'est selon la chambre de céans pas pertinent de savoir si la condition pour l'allocation sur la base d'une partie d'installation avec référentiel d'émissions de procédé est remplie. En effet, cette allocation a acquis un caractère définitif. Ce n'est que dans un souci d'exhaustivité que la chambre de céans se réfère à la demande de décision préjudicielle C-126/20, du 24 février 2020, dans laquelle la question du rapport entre les différentes options « de repli » a également été posée à la Cour aux fins d'une décision à titre préjudiciel. [Or. 14]

Selon la chambre de céans, la seconde question préjudicielle est déterminante pour la solution du litige si aucune décision définitive ne peut intervenir dans la présente procédure de recours avant la fin de la troisième période d'échange.

La troisième période d'échange se termine le 31 décembre 2020. En vertu de la jurisprudence des juridictions allemandes, la fin de la première et de la deuxième période d'échange a eu pour conséquence que les droits à allocation dont le sort n'était pas encore réglé au 30 avril suivant l'expiration de la période d'échange n'ont pas pu être satisfaits mais se sont éteints, faute d'une disposition transitoire expresse en droit national [OMISSIS]. S'agissant de la troisième période d'échange, le droit national ne comporte pas non plus de disposition transitoire relative à des droits à allocation qui feraient l'objet d'une procédure pendante devant un juge et dont le sort ne serait donc pas encore réglé. Bien au contraire, le gouvernement allemand a expressément rejeté la proposition faite par le Bundesrat d'introduire une disposition en vertu de laquelle des droits à allocation de la troisième période d'échange dont le sort ne serait pas encore réglé devraient être satisfaits par une allocation de quotas d'émission, même dans l'hypothèse où un jugement définitif sur les droits en question ne serait rendu qu'après la fin de la troisième période d'échange (document parlementaire 19/4727 du Bundestag, p. 59). Pour motiver ce refus, le gouvernement allemand a indiqué que les règles d'allocation à titre gratuit de quotas de la période 2021-2030 avaient été fixées de manière exhaustive dans le règlement d'allocation de l'Union européenne pour la quatrième période d'échange et qu'une compensation de droits à allocation empiétant sur plusieurs périodes ne serait licite que si elle était prévue par le règlement d'allocation de l'Union européenne pour la quatrième période d'échange (lequel était encore en cours d'élaboration au moment de la réponse du gouvernement allemand). La chambre de céans considère elle aussi que la question de savoir ce qu'il advient des droits à allocation de la troisième période d'échange dont le sort n'a pas encore été réglé à la fin de la troisième période doit être appréciée de manière uniforme au regard du droit européen. Ni la directive 2003/87/CE, ni la décision 2011/278/UE de la Commission ne comportent de disposition expresse à cet égard. Le règlement délégué (UE) 2019/331 de la Commission du 19 décembre 2018 (JO 2019, L 59, p. 8), intervenu entretemps, ne comporte lui non plus aucune disposition relative à une compensation de droits à allocation empiétant sur plusieurs périodes, par exemple sous la forme d'une réserve [de quotas] en prévision de décisions de justice à venir. Il n'est prévu de réserve que pour les nouveaux entrants sur le marché – conformément à l'article 10 bis, paragraphe 7, de la directive 2003/87/CE et à l'article 18 du règlement délégué (UE) 2019/331 – ainsi qu'une réserve spéciale pour des exploitants d'aéronefs, conformément à l'article 3 septies de la directive 2003/87/CE. La disposition de l'article 13 de la directive 2003/87/CE, relative à la validité des quotas, est sans lien avec la question des quotas non encore alloués à l'expiration de la troisième période d'échange. Aux termes du considérant 7 de la décision (UE) 2015/1814 du Parlement européen et du Conseil du 6 octobre 2015, les quotas non alloués à des installations conformément à l'article 10 bis, paragraphe 7, de la directive 2003/87/CE et les quotas non alloués à des installations en raison de l'application de l'article 10 bis, paragraphes 19 et 20,

**[Or. 15]** de ladite directive (« quotas non alloués ») devraient être placés dans la réserve en 2020. De l'avis de la chambre de céans, ce considérant 7 corrobore la thèse selon laquelle le passage de la troisième à la quatrième période d'échange n'emporte pas l'extinction de droits à allocation de quotas supplémentaires qui n'auront pas été satisfaits jusqu'à ce moment. Il n'existe toutefois aucune disposition expresse indiquant ce qu'il advient des droits à allocation de quotas supplémentaires dont le sort n'a pas été réglé jusqu'à la fin de la troisième période d'échange.

Cette question est soulevée dans plusieurs procédures en cours devant la chambre de céans, ainsi que devant d'autres juridictions nationales. Étant donné qu'un jugement définitif ne pourra pas être rendu dans toutes ces procédures avant la fin de la troisième période d'échange et que les exploitants d'installations redoutent, au regard de la jurisprudence existante des juridictions allemandes, une extinction des droits à allocation, la chambre de céans a déjà été saisie de procédures en référé. Dans le cadre de telles procédures en référé, la chambre ne peut pas préjuger de la décision nécessaire de la Cour sur cette question. Et si la chambre de céans devait faire droit à la demande en référé, la question se poserait par ailleurs de savoir si et dans quelle mesure la Commission européenne est disposée à allouer provisoirement des quotas d'émission pour garantir des droits éventuels.

La chambre de céans demande à la Cour de trancher, même indépendamment d'une réponse aux autres questions préjudicielles, la question des effets de la fin de la troisième période d'émission sur le sort des droits à allocation non satisfaits jusqu'à ladite date : il s'agit en effet d'une question de principe qui est soulevée dans de nombreuses procédures judiciaires, encore pendantes dans toute l'Union, qui portent sur l'allocation de quotas d'émission supplémentaires ; il est urgent que cette question soit tranchée, dans l'intérêt de la sécurité juridique et de l'application uniforme du droit européen des échanges de quotas d'émission.

[OMISSIS]