Affaire C-189/19

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

26 février 2019

Juridiction de renvoi :

Bundesverwaltungsgericht (Allemagne)

Date de la décision de renvoi :

22 novembre 2018

Demanderesse et demanderesse en 'Revision':

Spenner GmbH & Co. KG

Défenderesse et défenderesse en 'Revision':

République fédérale d'Allemagne

Bundesverwaltungsgericht

ORDONNANCE

[OMISSIS]

[OMISSIS]

Dans le litige administratif

Spenner GmbH & Co. KG,

[OMISSIS] 59597 Erwitte,

Demanderesse et demanderesse en 'Revision',

[OMISSIS]

contre

République fédérale d'Allemagne,

DOCUMENT DE TRAVAIL

[OMISSIS] 14193 Berlin,

Défenderesse et défenderesse en 'Revision',

[Or. 2]

[OMISSIS]

la 7ème chambre du Bundesverwaltungsgericht

à la suite de l'audience du 7 novembre 2018

[OMISSIS]

a décidé le 22 novembre 2018 :

Il est sursis à statuer.

En vertu de l'article 267 TFUE, la Cour de justice de l'Union européenne est priée de répondre à titre préjudiciel aux questions suivantes

1. L'article 9, paragraphe 9, de la décision 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 du Parlement européen et du Conseil (2011/278/UE) suppose-t-il que l'extension significative de capacité d'une installation en place soit intervenue dans la période de référence qui a été déterminée par l'Etat membre conformément à l'article 9, paragraphe 1, de la décision (2011/278/UE) ?

2. L'article 9, paragraphe 9, premier alinéa, lu en combinaison avec le paragraphe 1, de la décision 2011/278/UE doit-il, en cas d'extensions significatives de capacité, être interprété en ce sens que, lors de la détermination du niveau d'activité historique de la période de référence du 1er janvier 2009 au 31 décembre 2010, il convient de déduire le niveau de capacité historique de la capacité ajoutée , (même) lorsque l'extension significative de capacité a eu lieu dans la période de référence du 1er janvier 2005 au 31 décembre 2008 ?

3. a) Dans l'hypothèse où il convient de répondre par l'affirmative à la question 1 :

L'article 9, paragraphe 1, de la décision 2011/278/UE doit-il être interprété en ce sens que l'autorité compétente de l'Etat membre doit elle-même déterminer la période de référence du 1er janvier 2005 au 31 décembre 2008 ou du 1er janvier 2009 au 31 décembre 2010 ou bien l'Etat membre peut-il conférer à l'exploitant de l'installation le droit de choisir la période de référence ? **[Or. 3]**

DOCUMENT DE TRAVAIL

b) Dans l'hypothèse où l'Etat membre peut conférer le droit de choisir à l'exploitant de l'installation :

L'Etat membre doit-il se baser sur la période de référence qui aboutit au niveau d'activité historique plus élevé même lorsque, en vertu du droit de l'Etat membre, l'exploitant de l'installation peut librement choisir entre les périodes de référence et qu'il a opté pour une période de référence avec des niveaux historiques d'activité moins élevés ?

4. La décision (UE) 2017/126 de la Commission du 24 janvier 2017 modifiant la décision 2013/448/UE en ce qui concerne la définition d'un facteur de correction uniforme transsectoriel, conformément à l'article 10 bis de la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil doit-elle être interprétée en ce sens que, en cas d'allocations antérieures au 1er mars 2017, le facteur de correction transsectoriel s'applique dans la version initiale de l'article 4 et de l'annexe II de la décision 2013/448/UE pour les années 2013 à 2020 et que, en cas de suppléments d'allocation de quotas d'émissions après le 28 février 2017 en raison d'une décision judicaire, il s'applique à la totalité des quantités de suppléments d'allocation pour les années 2013 à 2020 ou uniquement aux suppléments d'allocation pour les années 2018 à 2020 ?

Motifs

I

1 La demanderesse exploite une installation de four rotatif aux fins de production de clinker de ciment soumise à l'obligation d'échange de quotas d'émission. Elle sollicite l'allocation de quotas d'émission supplémentaires pour la troisième période d'échange 2013 à 2020.

2 En janvier 2012, la demanderesse a présenté une demande d'allocation à la Deutsche Emissionshandelsstelle (ci-après la « DEHSt ») en vertu de l'article 9 de la TEHG [Gesetz über den Handel mit Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen, loi relative à l'échange de droits d'émission de gaz à effet de serre]. Le formulaire de demande vise, comme période de référence pour l'installation, soit celle de 2005 à 2008 soit celle de 2009 à 2010 ; la requérante avait choisi comme période de référence les années 2009 à 2010. En ce qui concerne l'exploitation effective de l'installation, la requérante avait coché les années civiles 2005 à 2010. En outre, la requérante avait indiqué une extension de capacité le 1er avril 2007 et une autre extension de capacité le 2 mai 2008 qui, réunies, sont significatives. **[Or. 4]**

3 Par décision du 17 février, la DEHSt a alloué à titre gratuit 3 810 723 quotas d'émissions pour l'exploitation de l'installation. La requérante a, sans succès, présenté une réclamation contre cette décision puis exercé un recours auquel elle a partiellement renoncé eu égard à l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 26 octobre 2016 (C-506/14) relatif au facteur de correction

DOCUMENT DE TRAVAIL

transsectoriel fixé en violation du droit de l'Union. Le Verwaltungsgericht a, à cet égard, partiellement clôturé la procédure et rejeté le recours pour le surplus : le recours recevable serait mal fondé. Selon lui, l'article 8, paragraphe 8, première phrase de la ZuV 2020 [Verordnung über die Zuteilung von Treibhausgas-Emissionsberechtigungen, règlement sur l'allocation de quotas d'émissions] devrait être interprété en ce sens que, en cas d'extensions significatives de capacité, la détermination du niveau d'activité applicable dépendrait du choix de la période de référence en vertu de l'article 8, paragraphe 1, de la ZuV 2020. A l'article 8, paragraphe 8, première phrase, de la ZuV 2020, il serait fait référence aux paragraphes 2 à 5 qui, eux-mêmes, renverraient à la période de référence choisie en vertu de l'article 8, paragraphe 2, de la ZuV 2020.

4 Selon le Verwaltungsgericht, le choix laissé aux exploitants d'installation à l'article 8, paragraphe 1, de la ZuV 2020 serait en conformité avec le droit de l'Union. La formulation « les Etats membres déterminent » figurant à l'article 9, paragraphe 1, de la décision 2011/278/UE ne devrait pas nécessairement être comprise en ce sens qu'il incomberait à l'Etat membre de fixer les niveaux historiques d'activité en se basant sur la période de référence qui donne les valeurs les plus élevées. Ce membre de phrase devrait être vu en rapport avec le fait que, en vertu de son article 25, la décision 2011/278/UE s'adresserait aux Etats membres. Ceux-ci détermineraient donc les niveaux historiques d'activité en ce qu'ils mettent en œuvre la décision 2011/278/UE. La manière dont cette mise en œuvre doit intervenir ne serait pas réglée dans cette disposition de sorte qu'une mise en œuvre, telle celle intervenue en Allemagne par l'article 8, paragraphe 1, de la ZuV 2020, selon lequel le choix de la période de base est laissé aux exploitants d'installation, serait couverte par l'article 9, paragraphe 1, de la décision 2011/278/UE.

5 Le Guidance document nº 2 de la Commission plaiderait en faveur de la licéité de laisser le choix aux exploitants d'installation. Ce document contiendrait des déclarations relatives à la possibilité de choix ouverte aux exploitants d'installation. En vertu de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, en dépit de son absence de valeur juridique, le Guidance Document nº 2 revêtirait une importance à l'égard de l'interprétation de la décision 2011/278/UE. En outre, le formulaire type de **[Or. 5]** de la Commission européenne pour la collecte de données nécessaire pour déterminer les quantités d'allocation provisoires prévoirait un choix des exploitants d'installations.

6 Selon le Verwaltungsgericht, la DEHSt n'aurait pas été tenue de prendre d'office en compte les données plus favorables de la période de référence ou d'inviter le demandeur à une rectification correspondante.

7 La requérante a exercé un recours direct en 'Revision' contre cette décision : l'interprétation donnée par le Verwaltungsgericht à l'article 8, paragraphe 8, de la ZuV 2020 ne serait pas compatible avec ce qu'exige l'article 9, paragraphe 9, de la décision 2011/278/UE. Cette disposition se rattacherait uniquement au point de savoir si la capacité d'une installation en place a été significativement étendue

DOCUMENT DE TRAVAIL

entre le 1er janvier 2005 et le 30 juin 2011. L'article 9, paragraphe 1, de la décision 2011/278/UE n'apporterait aucun élément en ce qui concerne le choix laissé à l'exploitant d'installation. Ce serait au contraire aux Etats membres que la responsabilité de déterminer les niveaux historiques d'activité serait imputée. La totalité du corpus de règles d'allocation de l'Union partirait, en ce qui concerne la détermination des quantités annuelles provisoires à allouer, du postulat d'une obligation pour les Etats membres d'agir. La défenderesse aurait demandé la totalité des volumes de production annuelle des années 2005 à 2010 dans son formulaire de demande. Elle pourrait de ce fait opter pour la période de référence ayant le niveau d'activité le plus élevé.

II

8 Il y a lieu de surseoir à statuer. Il convient de demander une décision préjudicielle de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après la « Cour ») sur les questions formulées dans le dispositif (article 267 TFUE).

9 Les dispositions applicables du droit de l'Union figurent à l'article 10 bis, paragraphe 1, de 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 (JO L 275, p. 32) telle que modifiée la directive 2009/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 (JO L 140, p. 63) , à l'article 9 et au considérant 16 de la décision 2011/278/UE de la Commission **[Or. 6]** 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 du Parlement européen et du Conseil (JO L 130, p. 1), à l'article 4 de la décision 2013/448/UE de la Commission du 5 septembre 2013 concernant les mesures nationales d'exécution pour l'allocation transitoire à titre gratuit de quotas d'émission de gaz à effet de serre conformément à l'article 11, paragraphe 3, de la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil (JO L 240 , p. 27) et aux considérants 12 et 13 de la décision (UE) 2017/126 de la Commission du 24 janvier 2017 modifiant la décision 2013/448/UE en ce qui concerne la définition d'un facteur de correction uniforme transsectoriel, conformément à l'article 10 bis de la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil (JO L 19, p. 93).

10 Les dispositions applicables du droit allemand figurent dans la Verordnung über die Zuteilung von Treibhausgas-Emissionsberechtigungen in der Handelsperiode 2013 bis 2020 (Zuteilungsverordnung 2020 – ZuV 2020) [règlement relatif à l'allocation des quotas d'émission de gaz à effet de serre pour la période d'échange 2013 à 2020 (règlement d'allocation 2020)] du 26 septembre 2011 (BGBl. I, p. 1921) tel que modifiée par la loi du 13 juillet 2017 (BGBl I, p. 2354).

L'article 8 de la ZuV 2020 dispose :

« Niveau d'activité applicable

DOCUMENT DE TRAVAIL

(1) En ce qui concerne les installations en place, le niveau d'activité applicable se détermine, sur la base des données recueillies au titre de l'article 5, uniformément pour tous les éléments d'allocation de l'installation, au choix de l'exploitant, soit pour la période de référence allant du 1er janvier 2005 au 31 décembre 2008 compris, soit pour la période allant du 1er janvier 2009 au 31 décembre 2010 compris.

(2) Pour chaque produit de l'installation pour lequel il convient de constituer un élément d'allocation au sens de l'article 3, paragraphe 1, point 1, le niveau d'activité applicable est la valeur médiane de toutes les quantités annuelles de ce produit pour la période de référence choisie conformément au paragraphe 1 [OMISSIS]

(3) [OMISSIS] **[Or. 7]** [OMISSIS]

[…]

(6) Aux fins de déterminer la valeur médiane conformément aux paragraphes 2 à 5, seules sont prises en compte les années civiles au cours desquelles l'installation a été en activité au moins une journée. Par dérogation, aux fins de détermination des valeurs médianes, sont également prises en compte les années civiles au cours desquelles, pendant la période de référence, l'installation n'était pas en activité au moins une journée, dans la mesure où [OMISSIS] [détails relatifs à la détermination des valeurs médianes]

1. [OMISSIS]

2. [OMISSIS]

3. [OMISSIS]

(7) Par dérogation aux paragraphes 2 à 5, les niveaux d'activité sont calculés sur la base de la capacité installée initiale de chaque élément d'allocation, multipliée par le coefficient d'utilisation applicable déterminé conformément à l'article 17, paragraphe 2, dans la mesure où [conditions d'application de cette dérogation] [OMISSIS]

1. [OMISSIS]

2. [OMISSIS]

(8) En cas d'extensions significatives de capacité entre le 1er janvier 2005 et le 30 juin 2011, le niveau d'activité applicable de l'élément d'allocation correspond à la somme des valeurs médianes déterminées conformément aux paragraphes 2 à 5, sans l'extension de capacité significative, et du niveau d'activité de la capacité ajoutée. Le niveau d'activité de la capacité ajoutée correspond à cet égard à la **[Or. 8]** différence entre la capacité

DOCUMENT DE TRAVAIL

installée de l'élément d'allocation à la suite de l'extension de capacité et la capacité installée initiale de l'élément d'allocation jusqu'au début de l'exploitation modifiée, multipliée par l'utilisation moyenne des capacités de l'élément d'allocation concerné au cours de la période allant du 1er janvier 2005 à la fin de l'année civile précédant le début de l'exploitation modifiée. En cas d'extensions significatives de capacité en 2005, sur demande de l'exploitant, elles ne seront pas traitées comme des extensions significatives de capacité ; par ailleurs, dans ces cas, est applicable à la détermination de l'utilisation moyenne de la capacité de l'élément d'allocation concerné, l'utilisation moyenne mensuelle de la capacité en 2005 jusqu'au mois civil précédant le début de l'exploitation modifiée. En cas de pluralité d'extensions de capacité, est applicable l'utilisation moyenne de la capacité de l'élément d'allocation concerné précédant le début de l'exploitation de la première modification.

(9) [concerne les réductions de capacité] [OMISSIS] ».

III

11 Conformément à l'article 267 TFUE, étant sursis à la procédure de 'Revision', il convient de présenter une demande de décision préjudicielle à la Cour car la décision de la chambre sur le recours en 'Revision' de la demanderesse dépend de la réponse aux questions posées à la Cour sur l'interprétation de la décision 2011/278/UE de la Commission **[Or. 9]** du 27 avril 2011 et de la décision (UE) 2017/126 de la Commission du 24 janvier 2017.

12 Les questions préjudicielles doivent être tranchées par la Cour car elles n'ont ni été tranchées dans sa jurisprudence ni ne sont claires. Les considérations suivantes revêtent une importance à l'égard des différentes questions préjudicielles :

13 Sur la question 1 :

Le point de savoir s'il n'est pas tenu compte dans la présente procédure de l'extension de capacité significative parce que celle-ci n'est pas intervenue au cours de la période de référence allant du 1er janvier 2009 au 31 décembre 2010 dépend de la réponse donnée à la première question. Si la Cour répond par l'affirmative à cette question, il y a lieu de rejeter le recours en 'Revision' de la demanderesse. Dans le cas contraire, il convient d'infirmer l'arrêt du Verwaltungsgericht et de lui renvoyer l'affaire pour plus ample examen.

14 La base juridique en droit de l'Union de la décision 2011/278/UE, dont l'article 9 contient des règles de détermination des niveaux historiques d'activité des installations en place, est la directive 2003/87/CE. En vertu de l'article 10bis, paragraphe 1, de la directive 2003/87/CE, la Commission arrête des mesures d'exécution pleinement harmonisées à l'échelle communautaire relatives à l'allocation harmonisée des quotas.Sur cette base, en conformité avec l'article 10bis, paragraphe 1, de la directive 2003/87/CE, par la décision 2011/278/UE, la Commission a établi des règles harmonisées à l'échelle de

DOCUMENT DE TRAVAIL

l'Union en matière d' allocation de quotas d'émission à titre gratuit. Ces règles harmonisées concrétisent l'exigence essentielle de réduire au minimum les distorsions de concurrence dans le marché intérieur (voir arrêts du 22 juin 2016, DK Recycling und Roheisen/Commission, C-540/14 P, EU:C:2016:469, point 53, et du 22 février 2018, INEOS Köln, C-572/16, EU:C:2018:100, points 29 et suivants). La chambre part donc du postulat que la décision 2011/278/UE a harmonisé à l'échelle de l'Union les règles d'allocation qui, jusqu'alors, étaient fixées par les Etats membres dans les plans nationaux d'allocation (sur les domaines non encore entièrement harmonisés de la procédure d'allocation de quotas d'émissions à titre gratuit, voir arrêt du 22 février 2018, C-572/16, point 40). **[Or. 10]**

15 L'article 9, paragraphe 9, de la décision 2011/278/UE traite des extensions ou réductions de capacité d'une installation en place entre le 1er janvier 2005 et le 30 juin 2011. Selon son libellé, cette disposition se rattache uniquement au point de savoir si la capacité d'une installation en place a été étendue significativement dans cette période. L'article 9, paragraphe 9, premier alinéa, deuxième membre de phrase, de la décision 2011/278/UE renvoie toutefois indirectement aux périodes de référence. Selon cette disposition, le niveau de capacité historique de l'installation en place correspond « à la somme des valeurs médianes déterminées conformément au paragraphe 1, sans la modification significative de capacité ». En vertu du paragraphe 1, aux fins de détermination des valeurs médianes, une distinction est opérée entre la période du 1er janvier 2005 au 31décembre 2008 et celle du 1er janvier 2009 au 31 décembre 2010.

16 En vertu de l'article 9, paragraphe 9, deuxième alinéa, de la décision 2011/278/UE, le niveau de capacité historique de la capacité ajoutée est calculé à partir de la différence entre la capacité installée initiale et la capacité installée après l'extension, multipliée par l'utilisation historique moyenne de la capacité de l'installation concernée lors des années précédant le début de l'exploitation modifiée. Le niveau de capacité historique de l'installation en place étendue résulte de la somme du niveau de capacité historique déterminée conformément au paragraphe 1 et du niveau de capacité historique de la capacité ajoutée déterminé conformément au paragraphe 2.

17 Si cette disposition doit être comprise en ce sens que seules les extensions de capacité intervenues <u>après le début</u> de la période de référence applicable selon le paragraphe 1 sont prise en compte, alors ne peuvent être prises en compte les extensions de capacité qui, comme en l'espèce, sont intervenues dans la période de référence de 2005 à 2008 dès lors que la période pertinente pour former la valeur médiane est celle de 2009 à 2010 (voir sur ce point questions 2 et 3).

18 Selon le Bundesverwaltungsgericht, il devrait pouvoir être répondu à cette question en ce sens que seules les extensions de capacité qui sont faites dans la période de référence pertinente (« après le début ») doivent être prises en compte. Le libellé de l'article 9, paragraphe 9, premier alinéa, de la décision 2011/278/UE le suggère, mais il n'est toutefois pas clair à cet égard. Certes, il renvoie aux

DOCUMENT DE TRAVAIL

[Or. 11] périodes de référence visées au paragraphe 1, mais ne se prononce pas explicitement sur la question de savoir si l'extension doit être intervenue dans la période visée au paragraphe 1.

19 La troisième phrase du considérant 16 de la décision 2011/278/UE n'est elle aussi pas claire. Certes, elle laisse apparaître l'objectif de prendre en compte toute extension significative de capacité dans la période de référence, mais n'indique pas comment il convient de procéder à cet égard dans un cas tel que celui en cause en l'espèce.

20 Plaide en ce sens de retenir que seules les extensions de capacité dans la période de référence sont à prendre en compte en vertu de l'article 9, paragraphe 9, de la décision 2011/278/UE, le fait que les extensions du volume de production se situant antérieurement à la période de référence sont déjà comprises, en tant que partie de la capacité installée totale, dans la valeur médiane de la période de référence ultérieure et que, par ce biais, elles sont prises en compte lors de l'allocation. Une comptabilisation encore une fois dans le cadre de l'article 9, paragraphe 9, de la décision 2011/278/UE aboutirait à une double prise en compte de l'extension de capacité. La même chose vaudrait pour le cas de la réduction de capacité.

21 Le règlement national d'allocation, la ZuV 2020, part du postulat que, en cas d'extensions significatives de capacité entre le 1er janvier 2005 et le 30 juin 2011, l'article 8, paragraphe 8, première phrase, de la ZuV 2020 ne s'applique pas à des extensions significatives de capacité antérieures à la période de référence choisie conformément au paragraphe 1 [OMISSIS]. L'article 8, paragraphe 8, première phrase, de la ZuV 2020 renvoie aux paragraphes 2 à 5 qui, eux-mêmes, se réfèrent tous à la période de référence choisie conformément à l'article 8, paragraphe 1, de la ZuV 2020. La valeur médiane déterminée conformément à l'article 8, paragraphes 2 à 5, de la ZuV 2020 dépend donc de la période de référence qui a été choisie. Le niveau global d'activité déterminé conformément à l'article 8, paragraphe 8, première phrase, de la ZuV 2020 correspond à la somme de la valeur médiane de l'élément d'allocation déterminé conformément aux paragraphes 2 à 5 sans l'extension de capacité et du niveau d'activité de la capacité ajoutée. Lorsque l'article 8, paragraphe 8, première phrase, de la ZuV 2020 se réfère à la capacité ajoutée, il le fait afin de déterminer le rapport entre la capacité ajoutée et la capacité initiale pour laquelle une période de référence a été choisie conformément à l'article 8, paragraphe 1, de la ZuV 2020. Ainsi, l'article 8, paragraphe 8, de la ZuV 2020 n'est applicable que lorsqu'une extension significative de capacité est intervenue après le début de la période de référence pertinente. **[Or. 12]**

22 Sur la question 2 :

Cette question revêt une pertinence à l'égard de la solution du litige si la prise en compte de l'extension significative de capacité est indépendante de la détermination de la période de référence conformément à l'article 9, paragraphe 1,

DOCUMENT DE TRAVAIL

de la décision 2011/278/UE. La question préjudicielle interroge sur la prise en compte de l'extension significative de capacité lors du calcul du niveau global d'activité pour une extension significative de capacité dans la période de référence du 1er janvier 2005 au 31 décembre 2008 lors de la détermination du niveau de capacité historique de la période de référence du 1er janvier 2009 au 31 décembre 2010. Dans la présente procédure, l'extension significative de capacité aux fins du calcul du niveau global d'activité s'est produite le 2 mai 2008 et donc dans la période de référence du 1er janvier 2005 au 31 décembre 2008. Toutefois, selon la défenderesse et le Verwaltungsgericht, la période de référence pertinente est celle du 1er janvier 2009 au 31 décembre 2010. Dans ce cas, ainsi que cela a été exposé en ce qui concerne la première question, en l'absence de soustraction de la capacité ajoutée, cela aboutirait à une double prise en compte de l'extension de capacité. Si l'extension significative de capacité est retenue dès avant le début de la période de référence, les valeurs médianes engloberaient, dès le départ, également les volumes de production de l'extension de capacité.

23 Sur la question 3 :

a) La question 3a présente une pertinence à l'égard de la solution du litige si la prise en compte de l'extension significative de capacité est tributaire de la détermination par l'Etat membre de la période de référence conformément à l'article 9, paragraphe 1, de la décision 2011/278/UE. En vertu de l'article 8, paragraphe 1, de la ZUV 2020, le niveau d'activité applicable se détermine uniformément pour tous les éléments d'allocation de l'installation, au choix de l'exploitant, soit pour la période de référence allant du 1er janvier 2005 au 31 décembre 2008 compris, soit pour la période allant du 1er janvier 2009 au 31 décembre 2010 compris. Selon la défenderesse, le demandeur serait lié par le choix (voir sur ce point, question 3b). **[Or. 13]**

24 En revanche, la décision 2011/278/EU, à l'article 9, paragraphe 1, fait état de ce que les « Etats membres » doivent déterminer les niveaux historiques de capacité de chaque installation en se basant sur la période de référence du 1er janvier 2005 au 31 décembre 2008 ou, si ces niveaux sont plus élevés, pour la période de référence du 1er janvier 2009 au 31 décembre 2010. Cette formulation suggère que seules les autorités de l'Etat membre sont compétentes aux fins de détermination et qu'il n'existe pas de choix laissé au demandeur. Néanmoins, il existe aussi des éléments pouvant être invoqués dans le sens d'une autre interprétation. Ainsi conformément à l'annexe IV, première phrase, de la décision 2011/278/UE, aux fins de la collecte des données de référence prévue à l'article 7, paragraphe 1, les Etats membres exigent des exploitants des données pour toutes les années civiles de la période de référence choisie conformément à l'article 9, paragraphe 1 (2005-2008 ou 2009-2010). Ainsi la formulation « les Etats membres déterminent » figurant à l'article 9, paragraphe 1, de la décision 2011/278/UE pourrait revêtir la signification selon laquelle l'exploitant détermine lui-même la période de référence. Le formulaire type de collecte des données relatives à la demande publié par la Commission européenne fait état à la page 5, au point 2 (a), d'un choix de la période de référence par l'exploitant de l'installation : « Please

DOCUMENT DE TRAVAIL

select the baseline period for your installation : You are allowed to choose either 2005-2008 as baseline period, or 2009-2010. The median value of the chosen years will be used for calculating historical activity level in order to calculate the allocation to the installation [Veuillez SVP choisir la période de référence pour votre installation : vous pouvez choisir comme période de référence soit 2005-2010 soit 2009-2010. La valeur médiane des années choisies sera utilisée pour calculer le niveau historique d'activité aux fins de calcul de l'allocation à l'installation] ». Dans cette mesure, cette formulation peut être envisagée comme un indice de la volonté de la Commission quant au choix par l'exploitant de la période de référence pertinente. Le « Guidance Document nº 2 on the harmonized free allocation methodology for the EU-ETS post (2012) » part, lui aussi, aux points 6.1 et 6.4, d'une possibilité de choix (« The chosen baseline period […] » et « […] the operator needs to determine […] ») bien qu'il soit clairement indiqué au point 6.1 que la période devant être choisie est en principe celle qui aboutit au niveau d'activité le plus élevé ce qui pourrait plaider à l'encontre d'un libre choix. Toutefois, le Guidance Document nº 2 n'est pas juridiquement contraignant et ne reflète pas la position officielle de la Commission (voir p. 3, point 1.1 ; voir aussi arrêt du 8 septembre 2016, Borealis e.a., C-180/15, EU:C:2016:647, point 75 en ce qui concerne le « Guidance Document nº 6 » et point 105 en ce qui concerne le « Guidance Document nº 8 »). **[Or. 14]**

25 b) La question 3 b porte sur le cas où l'exploitant de l'installation peut, certes, choisir la période de référence, mais qu'il a pris éventuellement une décision qui lui est économiquement défavorable. Dans ce cas se pose la question de savoir si l'Etat membre doit malgré tout se baser sur la période de référence qui aboutit à un niveau d'activité historique plus élevé. Peut plaider en ce sens le fait que tant l'article 9, paragraphe 1, de la décision 2011/278/UE que le considérant 16, première phrase, de cette décision visent à parvenir à ce que le niveau historique d'activité le plus élevé soit pertinent. Cela correspond aussi à ce que prévoit le point 6.1 du Guidance Document nº 2 (voir ci-dessus sur la question 3 a). Il existe un doute sur le point de savoir s'il peut être déduit de la décision 2011/278/EU une obligation de procéder à un tel examen plus favorable parce que l'article 9, paragraphe 1, se réfère expressément aux « données recueillies au titre de l'article 7 ». Or, en vertu de l'article 7, paragraphe 1, de la décision 2011/278/UE, les Etats membres n'ont à collecter les données que pour une des deux périodes de référence, même si , selon le formulaire utilisé en Allemagne, il est demandé des indications sur les deux périodes de référence. S'il n'existe pas d'obligation de l'Etat membre de recueillir des données pour les deux périodes de référence, selon le Bundesverwaltungsgericht, cela plaide contre une obligation des autorités de l'Etat membre d'examiner si l'exploitant a choisi la période de référence correcte pour lui quand bien même ces données sont effectivement disponibles. Renoncer à un examen d'office serait toutefois relativement contraire à l'objectif, exprimé à l'article 9, paragraphe 1, et au considérant 16, deuxième phrase, de la décision 2011/278/UE, de faire en sorte que, de par la prise en compte des niveaux historiques d'activité plus élevés, la période de référence soit, dans la mesure du possible, représentative des cycles industriels.

DOCUMENT DE TRAVAIL

26 Sur la question 4 :

La question 4 présente une pertinence à l'égard de la solution du litige si le recours doit prospérer sur le fond.

27 Par arrêt du 28 avril 2016, Borealis Polyolefine e.a., C-191/14 e.a., EU:C:2016:311, la Cour a jugé que l'article 4 et l'annexe II de la décision 2013/448/UE de la Commission, du 5 septembre 2013, concernant les mesures nationales d'exécution pour l'allocation transitoire à titre gratuit de quotas d'émission de gaz à effet de serre conformément à l'article 11, paragraphe 3, de la **[Or. 15]** directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil, sont invalides. Les effets de la déclaration d'invalidité de l'article 4 et de l'annexe II de la décision 2013/448 ont été limités dans le temps de telle sorte que, d'une part, cette déclaration ne produise effet qu'au terme d'une période de dix mois à compter de la date du prononcé du présent arrêt afin de permettre à la Commission européenne de procéder à l'adoption des mesures nécessaires et que, d'autre part, les mesures adoptées jusqu'à ce terme sur le fondement des dispositions invalidées ne puissent être remises en cause. A la suite de cela, la Commission a modifié sa décision 2013/448/UE en ce qui concerne la définition d'un facteur de correction transsectoriel uniforme à l'article 1er de la décision (UE) 2017/126 du 24 janvier 2017 avec effet au 1er mars 2017 (article 2) et elle a redéfini le facteur de correction transsectoriel pour l'allocation à titre gratuit pour les années 2013 à 2020 à l'article 4 et à l'annexe II de la décision 2011/278/UE. La Commission a reproduit les limitations dans le temps correspondant à l'arrêt de la Cour du 28 avril 2016 au considérant 12 de la décision (UE) 2017/126. Le considérant 13 s'y réfère : les mesures prévues par les États membres en ce qui concerne l'allocation de quotas pour la période 2013-2020 et tout changement ou ajout apporté ultérieurement à ces mesures jusqu'à l'entrée en vigueur de la présente décision demeurent valides. En outre, le facteur de correction transsectoriel fixé s'applique aux décisions adoptées à partir du 1er mars 2017 relatives à l'acquisition ou la modification des droits à l'allocation, le facteur de correction transsectoriel s'appliquant à la détermination de ces droits.

28 Selon la chambre, il s'ensuit que, en ce qui concerne les années 2013 à 2020, il y a lieu d'appliquer à des allocations antérieures au 1er mars 2017 le facteur de correction transsectoriel, tel qu'il est défini dans la version initiale de l'article 4 et de l'annexe II de la décision 2013/448/UE. Si les allocations sont intervenues avant le 1er mars 2017, une aggravation rétroactive du facteur de correction des années 2013 à 2020 devrait être exclue pour des motifs de protection de la confiance légitime. C'est également la position que défend la Commission dans le document « Note for the Attention of Members of the Climate Change Cross Committee » du 13 février 2017 [Ref. Ares(2017)770188 – 13/02/2017] concernant la mise en œuvre des valeurs révisées du facteur de correction transsectoriel. Selon ce document, les décisions d'allocation **[Or. 16]** d'ores et déjà adoptées restent inchangées et c'est le facteur de correction transsectoriel existant jusqu'alors qui s'applique à toutes les décisions adoptées jusqu'au 28 février 2017. Par ailleurs, ce sont les critères existant jusqu'alors qui

DOCUMENT DE TRAVAIL

s'appliquent notamment en ce qui concerne certaines communications officielles d'un Etat membre jusqu'au 28 février 2017.

29 Il est également nécessaire de clarifier si, en ce qui concerne les suppléments d'allocation de quotas d'émissions prononcés par un juge après le 28 février 2017, selon les critères fixés par la décision 2017/126/UE, le facteur de correction transsectoriel doit s'appliquer à la totalité des quantités de suppléments d'allocation pour les années 2013 à 2020 ou uniquement au supplément d'allocation pour les années 2018 à 2020.

[OMISSIS]

DOCUMENT DE TRAVAIL