

Affaire C-126/20

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

6. mars 2020

Juridiction de renvoi :

Verwaltungsgericht Berlin (Allemagne)

Date de la décision de renvoi :

24 février 2020

Partie requérante :

ExxonMobil Production Deutschland GmbH

Partie défenderesse :

Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch das
Umweltbundesamt Deutsche Emissionshandelsstelle

[omissis]

VERWALTUNGSGERICHT BERLIN (TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE
BERLIN, ALLEMAGNE)

ORDONNANCE

Dans le litige administratif opposant

ExxonMobil Production Deutschland GmbH,
Riethorst 12, 30659 Hanovre,

requérante

[omissis]

à la

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

Allemagne)

[omissis]

Deutsche Emissionshandelsstelle (service allemand de vente de droits d'émission)

[omissis] 14193 Berlin

défenderesse,

la 10^{ème} chambre du Verwaltungsgericht Berlin (tribunal administratif de Berlin) [omissis]

a décidé, le 24 février 2020 :

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

Les questions suivantes sont soumises à titre préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne, conformément à l'article 267 TFUE : **[Or. 2]**

1.

Le CO₂ libéré du mélange gazeux dans l'atmosphère, dans le contexte du traitement du gaz naturel (se présentant sous forme de gaz acide) au cours du « procédé Claus » impliquant une séparation du CO₂ naturellement présent dans le gaz naturel, constitue-t-il des émissions qui résultent, au sens de l'article 3, sous h), première phrase, de la décision 2011/278/UE de la Commission, du procédé visé à l'article 3, sous h), chiffre v) ?

2.

Des émissions peuvent-elles « résulter », au sens de l'article 3, sous h), première phrase, de la décision 2011/278/UE de la Commission, d'un procédé au cours duquel le CO₂ naturellement présent dans la ressource naturelle est libéré dans l'atmosphère, sans que ce procédé ne crée par ailleurs de CO₂ supplémentaire ? Ou bien cette disposition exige-t-elle nécessairement que le CO₂ libéré dans l'atmosphère naisse pour la première fois du fait de ce procédé ?

3.

Y a-t-il « utilisation » de matières premières contenant du carbone au sens de l'article 3, sous h), chiffre v) de la décision 2011/278/UE de la Commission, lorsque, au cours du « procédé Claus », le gaz naturel dans son état originel est utilisé pour la production de soufre et que, dans ce contexte, le CO₂ naturellement présent dans le gaz naturel est libéré dans l'atmosphère sans qu'il ne participe à la réaction chimique du procédé ? Ou bien le terme « utilisation » implique-t-il nécessairement que le carbone participe, voire même soit nécessaire, à la réaction chimique qui a lieu ?

4.

Si les questions 1 à 3 font l'objet d'une réponse affirmative :

Lorsqu'une installation soumise à l'obligation d'échanges de quotas d'émission de gaz à effet de serre satisfait aussi bien aux conditions matérielles pour constituer une sous-installation avec référentiel de chaleur qu'aux conditions matérielles pour constituer une sous-installation avec émissions de procédé, quel sera le référentiel retenu pour l'allocation de quotas d'émission à titre gratuit ? Le droit à une allocation de quotas au titre du référentiel de chaleur l'emporte-t-il sur le droit à une allocation au titre des émissions de procédé ? Ou bien le droit à une allocation de quotas au titre des émissions de procédé l'emporte-t-il, du fait du principe de spécialité, sur le droit à une allocation au titre du référentiel de chaleur et au titre du référentiel de combustibles ?

5. Si les questions 1 à 3 font l'objet d'une réponse 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 bien les droits d'allocation non encore satisfaits s'éteignent-ils lorsque la troisième période d'échange prend fin ? **[Or. 3]**

Motifs

I.

La requérante exploite à 26197 Großenkneten (Basse-Saxe, Allemagne) une installation de traitement de gaz naturel dans laquelle est produit du soufre. L'installation de production de soufre applique le procédé dit « de Claus ». L'installation est agréée au regard du droit de la protection contre les émissions en tant qu'installation de production de soufre, conformément au 4^{ème} règlement d'application de la loi fédérale sur la protection contre les émissions (Vierte Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes, ci-après la « 4. BImSchV »). En raison de l'exploitation d'unités de combustion destinées à brûler des combustibles dont la puissance calorifique totale de combustion est égale ou supérieure à 20 MW, l'installation entre dans le champ d'application de la loi sur les échanges de droits d'émission de gaz à effet de serre (Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz, ci-après le « TEHG »).

L'installation de la requérante sert à traiter le gaz naturel (brut) extrait de réserves naturelles. Le gaz naturel brut est composé de sulfure d'hydrogène (H₂S), de vapeur d'eau (H₂O), de méthane (CH₄) et de dioxyde de carbone (CO₂). En raison de sa forte teneur en sulfure d'hydrogène, le gaz naturel brut est également appelé « gaz acide ». Le gaz naturel présent dans le sous-sol contient naturellement du dioxyde de carbone (ci-après : « CO₂ »), dont la teneur varie en fonction du site de

forage et du gisement. Avant que le gaz naturel ne soit injecté dans le réseau, le CO₂ – tout comme d'autres composants naturels du gaz naturel brut – doit être en partie retiré, afin que le niveau de qualité prescrit par le gestionnaire de réseau soit respecté. Dans l'installation de traitement de gaz naturel de la requérante, des composants soufrés et le CO₂ sont retirés du gaz naturel extrait et l'on y produit du soufre élémentaire. L'installation de traitement du gaz naturel se compose notamment d'un dispositif de production de soufre (comprenant des dispositifs « Claus », un surchauffeur de vapeur, un dispositif de chaudière à vapeur et un dispositif de moteurs à gaz), de dispositifs de désulfuration (nettoyage) et de déshydratation du gaz naturel, de dispositifs d'épuration des gaz résiduels, ainsi que de dispositifs de torchage d'urgence. Les dispositifs Claus sont la source principale des émissions de CO₂.

Par avis du 17 février 2014, la Deutsche Emissionshandelsstelle (Service allemand d'échange de quotas d'émission, ci-après la « DEHSt ») a alloué à la requérante pour la période d'allocation 2013-2020 (troisième période d'échange) au total 4 216 048 quotas d'émission à titre gratuit. L'allocation était fondée pour partie sur l'application d'un référentiel de chaleur (en tenant compte du risque de fuite de carbone) et pour partie en vertu de la valeur d'émission du combustible (en tenant compte du risque de fuite de carbone). L'allocation – également sollicitée par la requérante – de quotas au titre des émissions de procédé a été refusée au motif que les émissions de CO₂ ne résuleraient pas du procédé de traitement du gaz naturel (procédé Claus) mais serait déjà inhérent à la matière première employée lors du traitement du gaz naturel. Partant, les émissions ne feraient que transiter par l'installation, du fait du procédé. [Or. 4]

La réclamation introduite le 12 mars 2014 par la requérante contre la décision d'allocation a été rejetée par la DEHSt – après que la procédure d'opposition, qui avait été suspendue, a été rouverte à la suite de l'arrêt de la Cour du 20 juin 2019, ExxonMobil Production Deutschland, C-682/17, EU:C:2019:518 – par décision sur réclamation du 7 octobre 2019. À titre de motivation, il a été indiqué, en substance, qu'une allocation en vertu de la valeur d'émission du procédé, conformément à l'article 2, point 29, sous b), sous ee), seconde alternative, du règlement allemand 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 ») n'était pas possible. Le procédé qui se déroule dans les dispositifs Claus est [selon la DEHSt] une réaction chimique exothermique au cours de laquelle du sulfure d'hydrogène est transformé en soufre. La chaleur produite lors de cette opération est captée dans l'installation en cause par les chaudières de récupération puis utilisée par l'installation elle-même. C'est à bon droit [selon la DEHSt] que l'allocation de quotas pour l'utilisation de la chaleur créée dans les dispositifs Claus s'est faite au titre du référentiel de chaleur. Lors du traitement du gaz brut pour en faire du gaz naturel, [selon la DEHSt,] il y a transformation du soufre dans une réaction exothermique ; le CO₂ ne participe pas à la réaction de Claus et n'est d'ailleurs pas nécessaire pour cette réaction. Le CO₂ ne doit [selon la DEHSt] être considéré que comme un gaz associé au combustible utilisé. Seul le sulfure d'hydrogène, exempt de CO₂, est « utilisé »

au sens de la disposition pertinente du règlement d'allocation. La réaction de Claus ne fait pas naître de CO₂ supplémentaire. Il s'ensuit donc [selon la DEHSt] que le CO₂ qui est par la suite émis dans l'atmosphère au moyen d'une cheminée n'est pas issu du procédé Claus.

Par le recours introduit le 8 novembre 2019, la requérante maintient sa demande et soutient en substance ce qui suit :

Aux fins du procédé Claus, il est nécessaire que la charge gazeuse ait une teneur élevée en sulfure d'hydrogène. Le sulfure d'hydrogène ainsi que le CO₂ sont tout d'abord séparés du gaz acide par lavage dans un dispositif de nettoyage de gaz ; le sulfure d'hydrogène et le CO₂ sont ensuite libérés du liquide de lavage par réchauffement. Dans les dispositifs de nettoyage de gaz, l'on emploie des bains alcaliques de sulfinol, lesquels absorbent le sulfure d'hydrogène tout comme le CO₂. De ce fait, [selon la requérante,] il n'y a, lors du fonctionnement normal, aucune émission de CO₂. La charge gazeuse qui est produite par le réchauffement du bain alcalique de sulfinol (et qui est également appelée « gaz Claus ») est un mélange de sulfure d'hydrogène, de CO₂ et de vapeur d'eau. Après le lavage, ce mélange est conduit aux dispositifs Claus.

Lors du procédé Claus, il se produit [selon la requérante] une transformation exothermique du sulfure d'hydrogène en soufre, en deux temps : lors d'une première étape thermique, environ un tiers du sulfure d'hydrogène est brûlé dans le four Claus (à 950 – 1200 °C) et du dioxyde de soufre est produit ; ce dernier réagit déjà en partie dans le four Claus avec le sulfure d'hydrogène présent pour donner du soufre élémentaire et de l'eau ; afin de maintenir le processus d'oxydation [Or. 5] et d'optimiser le procédé, [selon la requérante,] de la chaleur est retirée à l'opération de transformation sous forme de vapeur, au moyen de la chaudière à récupération ; le sulfure d'hydrogène restant réagit alors par catalyse avec le dioxyde de soufre pour donner du soufre élémentaire ; derrière le four Claus, le mélange gazeux est refroidi dans un échangeur de chaleur ; du fait du refroidissement, le soufre produit est expulsé sous forme liquide. Lors d'une seconde étape, du soufre supplémentaire est obtenu dans une réaction exothermique en deux ou trois étages catalytiques successifs impliquant une réaction exothermique ; après le dernier étage catalytique, le gaz Claus contient encore – outre de l'azote, de la vapeur d'eau et du CO₂ – des traces de composés soufrés qui sont éliminés dans le dispositif d'épuration des gaz branché directement en aval. Le CO₂ dont le statut fait ici débat – qui est injecté dans le dispositif Claus depuis le laveur à gaz et qui est naturellement présent dans la matière première qu'est le gaz acide – ne participe pas [selon la requérante] au procédé Claus qui se produit mais est au contraire dirigé, avec le gaz « Claus » contenant du sulfure d'hydrogène, vers le dispositif d'épuration des gaz puis il est libéré dans l'atmosphère au moyen d'une cheminée. C'est le CO₂ déjà naturellement présent dans le gaz acide qui constitue [selon la requérante] la source principale d'émission de CO₂ ; ce dernier est libéré dans l'atmosphère à la suite de l'obtention de soufre au moyen du procédé Claus.

Nonobstant le fait qu'il ne participe pas aux réactions chimiques, le CO₂ présent dans le gaz brut joue [selon la requérante] un rôle technique important dans le cadre du procédé Claus au sein de l'installation en cause. En tant que gaz incombustible, il est utilisé pour contrôler la température de combustion lors du procédé Claus. Les dispositifs Claus de l'installation de la requérante sont réglés pour fonctionner avec la teneur spécifique en CO₂ qu'a le gaz acide. Si la teneur en CO₂ dans le gaz acide est plus élevée, cela réduira la température de la chambre de combustion et la transformation du soufre s'en trouvera ralentie ou réduite. Il s'ensuit que le CO₂ contenu dans le gaz acide a une fonction de régulation de la température dans le cadre de la production de soufre au sein de l'installation de la requérante. En moyenne, une bonne moitié des émissions de CO₂ de l'installation proviennent [selon la requérante] du CO₂ naturellement présent dans le gaz acide. En vertu de l'arrêt de la Cour du 20 juin 2019, *ExxonMobil Production Deutschland*, C-682/17, EU:C:2019:518, la libération de CO₂ intrinsèque est soumise au régime du système d'échange de quotas d'émission. [Selon la requérante,] le statut des autres émissions de CO₂ de l'installation ne donne lieu à aucun litige.

La requérante est d'avis qu'elle a droit à une allocation à titre gratuit sur la base d'un élément avec émissions de procédé, conformément à l'article 2, point 29, sous b), sous ee), de la ZuV 2020 ou encore conformément à l'article 3, sous h), chiffre v), de [la décision 2011/278/UE]. Il est [selon elle] incontestable que les émissions de CO₂ générées dans le contexte de la production de soufre ne relèvent pas d'un élément d'allocation avec émissions de procédé. La requérante affirme que son installation n'a reçu, en moyenne, que des certificats d'émission à titre gratuit couvrant 49 % des émissions annuelles. **[Or. 6]**

Selon la requérante, les émissions litigieuses de CO₂ résultent de l'utilisation d'une matière première contenant du carbone. Le gaz acide utilisé pour obtenir du soufre est prélevé dans des gisements souterrains naturels et contient un mélange de sulfure d'hydrogène, de vapeur d'eau, de méthane et de CO₂ ; or, le CO₂ contient du carbone.

Selon la requérante, contrairement à ce que soutient la défenderesse, le CO₂ ne doit pas être simplement considéré comme un gaz associé ; c'est le gaz acide qui constitue la matière première, et non le sulfure d'hydrogène qui y est naturellement contenu, puisque ce dernier n'est pas une matière première existant à l'état naturel. De plus, [selon la requérante,] les émissions de CO₂ résultent de l'utilisation d'une matière première contenant du carbone ; en effet, si le gaz acide n'était pas utilisé dans le procédé Claus, il n'y aurait pas de libération de CO₂ dans l'atmosphère. Est sans importance [selon la requérante] le fait que le CO₂ soit d'emblée présent dans la matière première et ne participe pas lui-même à la réaction chimique visant à obtenir du soufre ; en effet, il n'existe aucune exigence législative d'une telle participation dans les procédés en cause, lesquels impliquent une simple utilisation d'une matière première contenant du carbone. Et contrairement à ce qu'affirme la défenderesse, [selon la requérante,] il n'est pas non plus question d'un simple transit du CO₂ ; en effet, le procédé Claus sert

précisément à extraire le CO₂ de la matière première employée pour l'obtention de soufre ; sans cette extraction, il est impossible de fabriquer du soufre pur à partir du gaz acide employé.

Selon la requérante, le libellé de la définition du terme « sous-installation avec émissions de procédé » suppose justement que la matière première employée contienne du carbone. L'élément déterminant est que ce soit la matière première qui apporte au processus de production concerné le CO₂ qui sera plus tard libéré dans l'atmosphère ; et tel est bien le cas en l'espèce. Le libellé des dispositions pertinentes n'exige pas que le carbone participe de surcroît à la réaction chimique qui se produit ; l'utilisation implique seulement que quelque chose est employé dans une certaine finalité ; est seul exigé le lien de causalité entre les procédés concernés et la naissance de l'émission de CO₂. C'est également ce qui ressort des diverses versions linguistiques de l'article 3, sous h), chiffre v), de [la décision 2011/278/UE]. Contrairement à ce qui est le cas dans la disposition pertinente de l'article 3, sous h), chiffre v), de [la décision 2011/278/UE], en ce qui concerne par exemple les processus visés à l'article 3, sous h), chiffre iv), le libellé exige expressément que la matière carbonée participe à la réaction.

Des considérations d'ordre systématique plaident également pour le point de vue de la requérante. Si l'on exigeait que le carbone participe à la réaction, cette participation serait déjà couverte par le cas de figure de la synthèse chimique visé à l'article 2, point 29, sous b), sous dd), de la ZuV 2020 [Or. 7] et il ne resterait plus de champ d'application propre au cas de figure considéré en l'espèce. En ce qui concerne la condition que les émissions résultent du processus d'utilisation d'une matière première contenant du carbone – condition à laquelle est suspendu le rattachement à une sous-installation avec émissions de procédé – elle est déjà remplie [selon la requérante] par le simple emploi d'une matière première contenant du carbone. La seule existence d'un lien de causalité entre le procédé Claus et la naissance des émissions litigieuses de CO₂ suffit.

En outre, la requérante affirme qu'elle est même dans l'obligation de déclarer en tant qu'émission le CO₂ naturellement présent dans le gaz acide, dès lors qu'elle le libère ; il devrait donc [selon elle] exister un droit à une allocation de quotas à titre gratuit correspondant à cette obligation de déclaration.

Un tel droit à l'allocation est du reste conforme à l'esprit et à la finalité de la norme car il s'agit ici d'inévitables émissions de procédé que ni un changement du combustible de l'installation, ni des techniques plus efficaces ne permettent de prévenir. Le fait d'inclure le CO₂ inhérent dans le système d'échange de quotas d'émission tout en l'excluant d'une allocation à titre gratuit constitue une atteinte illicite et disproportionnée aux droits fondamentaux et ce, a fortiori, dans la mesure où la requérante n'a aucune possibilité de réduire ses émissions.

Enfin, [selon la requérante,] la finalité principale de la matière première carbonée employée dans le dispositif Claus n'est pas la production de chaleur, mais la fabrication de soufre. Le fait que soit également produite, dans ce contexte, de la

chaleur qui est utilisée pour l'installation elle-même, ne fait pas obstacle à la classification en tant que sous-installation avec émissions de procédé. L'obtention de soufre est un processus exothermique et elle est donc nécessairement associée à la production de chaleur ; la génération de la chaleur n'est qu'un effet collatéral de la réaction chimique.

[Selon la requérante,] le fait que des quotas au titre du critère de la valeur d'émission de chaleur soient alloués pour la chaleur mesurable produite dans l'installation concernée est sans incidence pour l'allocation litigieuse demandée en l'espèce ; l'élément d'allocation lié à la valeur d'émission par produit n'est prioritaire que si cette valeur s'applique ; les autres éléments d'allocation sont égaux en rang ; l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 8 septembre 2016, *Borealis e.a.* (C-180/15, ECLI:EU:C:2016:647) a uniquement tranché la question de l'existence d'une hiérarchie entre, d'une part, le référentiel de produit et, d'autre part, les trois autres options de repli (« Fall-Back »). [Selon la requérante,] la Cour se limite à considérer, dans les motifs de son arrêt, que les éléments d'allocation distincts des trois autres catégories s'excluent mutuellement. **[Or. 8]** [Selon la requérante,] cela ne permet justement pas de conclure à une hiérarchie en cascade des éléments d'allocation distincts dans un esprit d'« options de repli ».

Quant au fait que la défenderesse invoque au soutien de sa position juridique les documents d'orientation (en l'espèce, le document n° 8) de la Commission européenne, ces documents n'ont [selon la requérante] pas un caractère contraignant, pas plus qu'ils ne peuvent être utilisés comme outil d'interprétation. En particulier, [selon la requérante,] il ne peut pas non plus être déduit de l'arrêt de la Cour du 8 septembre 2016 dans l'affaire C-180/15 que les documents d'orientation pourraient être déterminants pour l'interprétation de la décision 2011/278/UE. Par ailleurs, même sur le fond, [selon la requérante,] le document précité ne porte pas du tout sur le cas de figure en cause ici, qui est celui de l'utilisation d'une matière première carbonée ainsi que du CO₂ inhérent.

La requérante considère que les règles d'allocation harmonisées de l'Union européenne ne visaient pas à limiter les installations de production de soufre à une allocation au titre du seul référentiel de chaleur. Compte tenu des nombreux autres produits chimiques pour lesquels des référentiels de produit ont été expressément prévus à l'annexe I de la décision, une limitation à la seule valeur d'émission de chaleur constituerait une discrimination injustifiée. Il convient [selon la requérante] de tenir compte du fait que les quantités de CO₂ extraites du sous-sol ne sont couvertes par aucun autre élément d'allocation.

La requérante conclut à ce qu'il plaise au tribunal :

annuler la décision du 17 février 2014, dans sa version de la décision sur réclamation du 7 octobre 2019, et ordonner à la défenderesse d'allouer à la requérante, dans une quantité qui sera chiffrée

ultérieurement, des droits d'émission à titre gratuit supplémentaires pour autant que la Commission européenne ne s'y oppose pas.

La partie défenderesse conclut

au rejet du recours.

La défenderesse affirme qu'il ressort des déclarations faites par la requérante elle-même dans sa demande d'allocation que la réaction chimique de Claus ne génère pas d'émissions de CO₂. Un élément d'allocation en vertu de l'article 29, sous b), de la ZuV 2020 englobe [selon elle] les émissions de dioxydes de carbone qui résultent d'un des procédés visés par cette disposition. Il en ressort que la naissance du gaz à effet de serre doit être le résultat ou la conséquence d'un des procédés énumérés. Il n'y a [selon elle] pas de lien de causalité lorsque le CO₂ ne fait que transiter, dans sa totalité et sans modification, par les divers procédés et processus de l'installation pour être finalement libéré. [Or. 9]

L'élément matériel de l'utilisation d'une matière première contenant du carbone fait lui aussi défaut [selon la défenderesse]. Il ressort de cette expression que la matière première contenant du carbone doit être employée ou engagée et, partant, que le carbone lui-même doit être utile ou nécessaire pour le processus en cause. [Selon la défenderesse,] cela fait naître la condition que le carbone participe nécessairement aux processus mis en œuvre ou à la réaction. Cela est également corroboré [selon la défenderesse] par l'emploi de l'expression « contenant du carbone » dans la disposition ; si la participation du carbone n'était pas déterminante, le législateur aurait pu décrire l'élément matériel comme « des émissions résultant de l'utilisation d'additifs et de matières premières ». La défenderesse affirme que des considérations systématiques plaident également en faveur de son point de vue : dans les cas de figure visés à l'article 2, point 29, sous b), de la ZuV 2020, tous les processus qui y sont énumérés impliquent une participation d'atomes de carbone ou de composés carbonés.

[Selon la défenderesse,] contrairement à ce qu'affirme la requérante, l'existence d'obligations de déclaration ne fait pas naître dans le même temps un droit à une allocation de quotas. D'un point de vue systématique, l'absence de tout droit à une allocation pour le torchage sans réutilisation des gaz d'échappement confirme également qu'un processus tel que le procédé Claus – au cours duquel il n'y a pas d'utilisation ni de valorisation du carbone ni de composés carbonés – ne doit pas non plus ouvrir un droit à une allocation à titre gratuit. Dans la mesure où ce n'est pas au titre de l'activité « production de soufre » que l'installation litigieuse est obligée de participer au système d'échange des quotas d'émission, mais seulement au titre de l'activité consistant à « brûler des combustibles », il ne peut y avoir [selon la défenderesse aucune allocation au titre du produit « soufre », pas plus qu'au titre de l'intégralité de son processus de fabrication. Partant, le fait de savoir quelles émissions sont inévitables lors de la fabrication de soufre est sans importance.

[Selon la défenderesse,] la requérante ne peut pas non plus invoquer le fait qu'il s'agirait d'émissions inévitables ; le caractère inévitable ne peut être supposé que lorsque les gaz résiduels employés, dont la combustion donne lieu aux émissions, ne sont en réalité que la conséquence directe et immédiate du procédé industriel.

[Selon la défenderesse,] le document d'orientation n° 8 de la Commission indique lui aussi clairement que les seules émissions de procédé sont celles où le CO₂ est directement créé par le processus de production ou par la réaction chimique.

La défenderesse considère en outre que les éléments d'allocation s'orientant à un référentiel de chaleur, à un référentiel de combustibles ou à des émissions de procédé ne sont pas placés sur un pied d'égalité ; il existe au contraire une hiérarchie et le référentiel de chaleur a la priorité sur le référentiel de combustibles et sur les émissions de procédé. **[Or. 10]**

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 quotas d'émission de gaz à effet de serre (JO 2009, L 140 du 5.6.2009, p. 63), modifiée en dernier lieu par la décision (UE) 2015/1814 du Parlement européen et du Conseil du 6 octobre 2015 (JO 2015, L 264, p. 1), notamment à l'article 2, paragraphe 1, lu en combinaison avec l'annexe I de ladite directive et à l'article 10bis, paragraphes 1, 4 et 13 de la directive, ainsi qu'à l'article 3, sous c) et sous h), chiffre v), 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 droits 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 sur les échanges de droits d'émission de gaz à effet de serre (TEHG 2011)

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

(1) Les exploitants d'installations reçoivent une allocation à titre gratuit de droits d'émission conformément aux principes énoncés à l'article 10bis, 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).

[...] [paragraphes 2 à 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. **[Or. 11]**

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, abrégé « ZuV 2020 »)

Article 2 – Définitions

[...] [nos 1 à 28]

29. Sous-installation avec émissions de procédé

Terme englobant :

- a) les émissions des gaz à effet de serre, autres que le CO₂, qui sont produites hors des limites du système d'une sous-installation disposant d'une valeur d'émission par produit ;
- b) les émissions de CO₂ qui sont produites hors des limites du système d'une sous-installation disposant d'une valeur d'émission par 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 ;
 - ff) la réduction chimique ou électrolytique d'oxydes métalloïdes ou d'oxydes non métalliques, tels que les oxydes de silicium et les phosphates ;
- c) les 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.

30. Sous-installation avec référentiel de chaleur

Ensemble des intrants, des extrants et des émissions y relatives non couvertes par une sous-installation du point 28, en relation avec la production de chaleur mesurable ou de l'importation de celle-ci depuis une **[Or. 12]** installation tombant dans le champ d'application de la loi sur les échanges de droits d'émission de gaz à effet de serre, pour autant que la chaleur n'a été générée à partir d'électricité ni lors de la production d'acide nitrique et n'a pas été consommée pour produire de l'électricité ni exportée en vue de la production d'électricité et pour autant que ladite chaleur

- a) est consommée dans l'installation mais hors des limites une sous-installation visée au point 28, afin de fabriquer des produits, de produire de l'énergie mécanique ou à des fins de chauffage ou de refroidissement, ou

b) est restituée à des installations et autres dispositifs qui n'entrent pas dans le champ d'application de la loi sur les échanges de droits d'émission de gaz à effet de serre.

Article 3 – constitution de sous-installations

(1) Dans la demande d'allocation à titre gratuit de droits d'émission pour une installation, tous les intrants, extrants et émissions y relatives de la période de référence fixée conformément à l'article 8, paragraphe 1, doivent être affectés aux éléments d'allocation suivants :

1. un ou plusieurs éléments d'allocation relatifs à la valeur d'émission par produit, conformément à l'article 2, point 28 ;
2. un élément d'allocation relatif à la valeur d'émission de chaleur, conformément à l'article 2, point 30, pour autant que les éléments d'allocation du point 1 ne sont pas applicables ;
3. un élément d'allocation relatif à la valeur d'émission du combustible, conformément à l'article 2, point 27, pour autant que les éléments d'allocation des points 1 et 2 ne sont pas applicables ; et
4. un élément d'allocation avec émissions de procédé, conformément à l'article 2, point 29, pour autant que les éléments d'allocation des points 1, 2 et 3 ne sont pas applicables.

[...] [paragraphe 2 à 4]

III.

Les questions déferées sont nécessaires à la résolution du litige.

Contrairement à ce qui prévalait dans l'affaire C-682/17 sur laquelle la Cour s'est prononcée, dans le présent cas d'espèce, ce n'est qu'en 2014 que la centrale électrique appartenant à l'installation a été raccordée au réseau et c'est à l'été 2014 – soit après l'ouverture de la 3^{ème} période d'échanges et après l'adoption de la décision d'allocation – que ladite centrale a, pour la première fois, injecté du courant dans le réseau public. La centrale de l'installation de la requérante est une installation de cogénération à haute efficacité énergétique.

Il est constant entre les parties qu'à tout le moins, en raison du classement de la centrale de la requérante comme une installation de cogénération à haute efficacité énergétique, il ne peut pas être exclu que l'installation de la requérante bénéficie d'une allocation à titre gratuit [Or. 13] de droits d'émission pour la 3^{ème} période d'échange, conformément à l'article 10 bis, paragraphe 1, troisième alinéa, paragraphe 3 et paragraphe 4, de la directive 2003/87/CE.

Les questions préjudicielles n^{os} 1 à 3, demandant si – et, le cas échéant, selon quelle valeur d'émission – un droit à l'allocation de quotas d'émission à titre gratuit existe pour le procédé « Claus » qui se déroule dans l'installation en cause, ont une incidence sur le montant total du droit de la requérante à l'allocation.

La chambre de céans fonde sa question préjudicielle n^o 4 sur les considérations suivantes formulées par la Cour de justice dans son arrêt du 8 septembre 2016 du 8 septembre 2016 [Borealis e.a., C-180/15, ECLI:EU:C:2016:647] :

« À cet égard, il y a lieu de relever que les définitions des sous-installations avec référentiel de produit, avec référentiel de chaleur, avec référentiel de combustibles et avec émissions de procédé sont mutuellement exclusives, ainsi qu'il ressort de l'article 3, sous b) à d) et h), de la décision 2011/278 » (point 62 de l'arrêt précité).

« Il ressort également de ces mêmes dispositions que la combustion d'un combustible ne peut pas donner lieu à l'application de plusieurs référentiels différents, puisqu'une seule et même activité ne peut relever que de l'une des catégories de sous-installations prévues à l'article 3, sous b) à d) et h), de la décision 2011/278, ces catégories étant, ainsi qu'il a déjà été rappelé au point 62 du présent arrêt, mutuellement exclusives. Toute autre approche serait contraire à l'interdiction du double comptage des émissions et de l'allocation double des quotas, consacrée par plusieurs dispositions de cette décision » (point 69 de l'arrêt précité).

De l'avis de la chambre de céans, il ressort de ces considérations que la question de la hiérarchie des trois options de repli (« Fall-Back ») dans le cadre de l'allocation ne se pose pas. Lorsque les définitions s'excluent mutuellement dans tous les cas de figure envisageables, l'allocation ne pourra de toute façon se faire qu'en vertu d'un seul des trois référentiels. Dans de nombreuses autres procédures dont la chambre de céans est saisie, la défenderesse persiste à affirmer qu'il existe une hiérarchie des trois options de repli (« Fall-Back ») et elle considère que le référentiel de chaleur a la priorité sur l'allocation au titre des émissions de procédé. Sous réserve des réponses qui seront données aux questions préjudicielles n^{os} 1 à 3, il apparaît en l'espèce possible que les émissions résultant du procédé « Claus » puissent répondre aussi bien à la définition du référentiel de chaleur qu'à la définition des émissions de procédé. Du fait de la distinction opérée entre chaleur mesurable et chaleur non mesurable, la frontière entre référentiel de chaleur et référentiel de combustible est manifeste. De l'avis de la chambre de céans, sous réserve de la réponse qui sera donnée aux questions préjudicielles n^{os} 1 à 3, il apparaît en l'espèce nécessaire de clarifier la relation entre une allocation au titre du référentiel de chaleur et une allocation au titre des émissions de procédé. En effet, [Or. 14] s'il y a, lors du procédé « Claus », utilisation d'une matière première contenant du carbone, au sens de l'article 3, sous h), chiffre v), de la décision 2011/278/UE de la Commission, alors une allocation pour la chaleur générée lors de l'exothermique procédé Claus est envisageable aussi bien au titre du référentiel de chaleur – conformément à

l'article 3, sous c) – qu'au titre du référentiel des émissions de procédés – conformément à l'article 3, sous h), chiffre v), de la décision 2011/278/UE de la Commission.

De l'avis de la chambre de céans, la question préjudicielle n° 5 est décisive pour que le litige soit tranché, dans l'hypothèse où la présente procédure de recours ne pourrait pas faire l'objet d'un jugement définitif avant la fin de la 3^{ème} période d'échange.

La 3^{ème} période d'échange se termine le 31 décembre 2020. En vertu de la jurisprudence des juridictions allemandes, la fin de la 1^{ère} et de la 2^{ème} période d'échange a eu pour conséquence que des prétentions à une allocation qui n'étaient pas encore réglées au 30 avril suivant l'expiration de la période d'échange n'ont pas pu être satisfaites mais se sont éteintes, faute d'une disposition transitoire expresse en droit national [omissis]. S'agissant de la 3^{ème} période d'échange, le droit national ne comporte pas non plus de disposition transitoire relative à des prétentions à allocation qui seraient pendantes devant un juge et qui ne seraient donc pas encore réglées. Bien au contraire, le gouvernement fédéral a expressément refusé la proposition faite par le Bundesrat (haute chambre du Parlement allemand) d'une disposition en vertu de laquelle des prétentions à allocation de la 3^{ème} période d'échange non encore réglées devraient être satisfaites par une allocation de droits d'émission, même dans l'hypothèse où un jugement définitif sur ces prétentions ne serait rendu qu'après la fin de la 3^{ème} période d'échange (document du Bundestag 19/4727, p. 59). Pour motiver ce refus, le gouvernement fédéral a indiqué que les règles d'allocation à titre gratuit de quotas de la période 2021-2030 avaient été fixés de manière exhaustive dans le règlement d'allocation de l'Union européenne pour la 4^{ème} période d'échanges 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 4^{ème} période d'échanges (lequel était encore en cours d'élaboration au moment de la réponse du gouvernement fédéral). La chambre de céans considère elle aussi que la question du sort réservé aux prétentions à allocation de la 3^{ème} période d'échange non réglées jusqu'à la fin de la 3^{ème} période doit être tranchée de manière uniforme par le 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. Et le règlement délégué (UE) 2019/331 de la Commission du 19 décembre 2018 (JO 2019, L 59, p. 8) ne comporte pas non plus la moindre disposition relative à une compensation de droits à allocation empiétant sur plusieurs périodes ; une telle disposition aurait par exemple pu prendre 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 **[Or. 15]** la question des quotas non encore alloués lorsque la 3^{ème} période d'échange

expirera. 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, 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 3^{ème} à la 4^{ème} période d'échanges n'emporte pas l'extinction de prétentions à un supplément d'allocation qui n'auront pas été satisfaites jusqu'à ce moment. Mais il n'existe aucune disposition expresse régissant le sort des prétentions à un supplément d'allocation qui n'auront pas été satisfaites jusqu'à la fin de la 3^{ème} période d'échange.

Cette question est soulevée dans plusieurs procédures en cours devant la chambre de céans, ainsi que devant d'autres juridictions nationales. Attendu qu'un jugement définitif ne pourra pas être rendu dans toutes ces procédures avant la fin de la 3^{ème} période d'échange et attendu 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 d'ores et déjà été avertie qu'elle serait 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 droits 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 3^{ème} 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 un supplément d'allocation de droits d'émission ; 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]