

Affaire C-91/22

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

9 février 2022

Jurisdiction de renvoi :

Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Italie)

Date de la décision de renvoi :

25 janvier 2022

Partie requérante :

Fenice – Qualità per l’ambiente SpA

Parties défenderesses :

Ministero della Transizione Ecologica

Ministero dello Sviluppo Economico

Comitato nazionale per la gestione della Direttiva 2003/87/CE e per il supporto nella gestione delle attività di progetto del protocollo di Kyoto

Autres parties à la procédure :

Hera SpA, FCA Italy SpA

[OMISSIS]

RÉPUBLIQUE ITALIENNE

Le Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (tribunal administratif régional pour le Latium, Italie)

(deuxième chambre bis)

rend la présente

ORDONNANCE

sur le recours [OMISSIS] formé par

Fenice Spa [OMISSIS] ;

contre

Comitato nazionale per la gestione della Direttiva 2003/87/CE e per il supporto nella gestione delle attività di progetto del protocollo di Kyoto, qui ne s'est pas constituée partie à l'instance ;

Ministero della Transizione Ecologica [OMISSIS] ;

en présence de

Hera Spa, [OMISSIS] qui ne s'est pas constituée partie à l'instance ;

Fca Italy S.p.A. [OMISSIS] ;

tendant à l'annulation

- de la décision n° 42/2021, adoptée par le Comitato Nazionale per la Gestione della Direttiva 2003/87/CE e per il Supporto nella Gestione delle Attività di Progetto del Protocollo di Kyoto (comité national pour la gestion de la directive 2003/87/CE et pour le soutien à la gestion des activités de projets relevant du protocole de Kyoto, ci-après le « comité national »), publiée le 12 avril 2021, portant « Mise à jour de la liste nationale d'allocation visée à l'article 11 de la directive 2003/87/CE tel que modifié par la directive (UE) 2018/410 visée dans la décision 143/2019 », en tant qu'elle n'alloue aucun quota d'émission gratuit au site autorisé de Mirafiori (autorisation n° 26) ;
- de la note transmise par le comité national en date du 21 octobre 2020 relative au site de Mirafiori n° 26 ;

[OMISSIS] [considérations d'ordre procédural]

L'objet de la procédure au principal et les faits pertinents

Par recours [OMISSIS], la société Fenice – Qualità per l'ambiente S.p.a., a demandé à la juridiction de céans d'annuler la décision du comité national du 12 avril 2021, portant le numéro de protocole 42/2021, publiée sur le site Internet du ministère de la Transition écologique le 12 avril 2021, en tant que, concernant la période quinquennale 2021-2025 (dite « phase 4 »), elle alloue 0 (zéro) quota d'émission à titre gratuit, à l'usine de Mirafiori (IT000000000000023), objet de l'autorisation n° 26, y compris la note du comité national du 21 octobre 2020 [OMISSIS].

FENICE – Qualità per l'ambiente S.p.a., qui est une société exerçant des activités dans le domaine environnemental et des énergies alternatives, après avoir précisé

qu'elle exploite trois installations dont la puissance calorifique de combustion totale est supérieure à 20 MW au service d'installations industrielles de tiers, parmi lesquelles figure celle susmentionnée, a indiqué que :

a) l'installation en question relève du champ d'application du système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans l'Union (ci-après le « SEQUE ») établi par 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 2003, L 275, p. 32), telle que 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, p. 63) et, plus récemment, par la directive (UE) 2018/410 du Parlement européen et du Conseil du 14 mars 2018 modifiant la directive 2003/87/CE afin de renforcer le rapport coût-efficacité des réductions d'émissions et de favoriser les investissements à faible intensité de carbone, et la décision (UE) 2015/1814 (JO 2018, L 76, p. 3), transposée en droit italien par le décret législatif n° 47 du 9 juin 2020 (ci-après le « décret législatif 47/2020 ») ;

b) au mois de juin 2019, en qualité d'exploitant de ladite installation, participant au SEQUE, la société a transmis au comité national la documentation relative à la demande d'allocation de quotas d'émission gratuits pour la quatrième phase (2021-2025), en utilisant le portail AGES [*Autorizzazione ad emettere gas ad effetto serra* (autorisation à émettre des gaz à effet de serre)] et en complétant le formulaire NIMS [*National Implementation Measures* (mesures nationales d'exécution)] dans lequel ont été insérées les données sur l'évolution historique des émissions et des activités de l'installation autorisée, en particulier en ce qui concerne la période 2014-2018. Le système a donc généré automatiquement, sur la base de ces données, une simulation des quotas gratuits auxquels elle pouvait prétendre, qui prévoyait l'allocation au site « Mirafiori » d'une certaine quantité de ces quotas ;

c) au cours de la procédure, au mois de mars 2020, des demandes de clarification ont été directement adressées à la requérante par la Commission européenne, au moyen d'un questionnaire à remplir sur le portail AGES, par lesquelles il lui était demandé de préciser si l'installation en cause, ayant été qualifiée de producteur d'électricité, était une unité de cogénération à haut rendement au sens de la directive 2012/27/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 relative à l'efficacité énergétique, modifiant les directives 2009/125/CE et 2010/30/UE et abrogeant les directives 2004/8/CE et 2006/32/CE (JO 2012, L 315, p. 1). La société a donc répondu à ces demandes en indiquant que le site Mirafiori n'est pas, en son état actuel, une unité à haut rendement ;

e) par courriel du 26 mai 2020, la Commission européenne a relevé que, selon la liste prévue à cet effet (ci-après la « liste NIMs »), l'installation en cause

pouvait être qualifiée de producteur d'électricité et a demandé ainsi qu'il soit confirmé si l'installation est équipée de la cogénération à haut rendement telle que définie dans la directive 2012/27. Conformément à l'article 10 bis, paragraphe 4, de la directive 2003/87, l'allocation peut lui être reconnue ; en l'absence de cogénération à haut rendement, la Commission a indiqué qu'il y avait lieu de retirer l'installation de la liste NIMs (« *If there is no [high-efficiency cogeneration], please remove this installation's allocation from the NIMs List* »). Cette indication a été transmise par le comité national à la société qui y a répondu en précisant que le site de Mirafiori était en réalité constitué de plusieurs sources de combustion autres que la cogénération, de sorte que l'installation pouvait prétendre, dans son ensemble, à l'allocation de quotas gratuits ;

f) la société requérante a précisé au cours de l'instance que le site de Mirafiori comptait de multiples sources d'énergie thermique autres que la cogénération qui, en tant telles, devraient bénéficier de l'allocation des quotas pertinents, étant donné que la composante de production d'électricité étant tout à fait marginale et pouvait, en tout état de cause, être séparé des autres sources de combustion. La requérante précise que, actuellement, la seule installation de production d'électricité présente et active sur le site de production est une turbine à vapeur [OMISSIS]. La centrale thermoélectrique utilise comme combustible uniquement du gaz naturel et a une puissance thermique de 382,1 MWt et une puissance électrique de 59,86 MWe. L'installation a bénéficié durant la troisième phase (période 2013-2020) de l'allocation de quotas à titre gratuit ;

g) après les approfondissements effectués et les autres contacts ultérieurs intervenus, le comité national a, par note [OMISSIS] du 21 octobre 2020, communiqué à la société le résultat de l'instruction menée en accord avec la Commission européenne, indiquant que l'installation en cause serait donc qualifiée de « producteur d'électricité » et, partant, ne serait pas susceptible de bénéficier des quotas d'émission à titre gratuit ;

f) le comité national, par décision n° 42/2021 du 12 avril 2021 (la « décision ») a mis à jour la liste nationale visée à l'article 11 de la directive 2003/87 et n'a alloué aucun quota d'émission à la « centrale thermoélectrique de Mirafiori ».

Eu égard aux faits susmentionnés, la requérante a contesté cette décision par laquelle elle s'est vue injustement privée de l'allocation de quotas d'émission et a donc attaqué l'acte litigieux en soulevant les moyens suivants :

1) Violation et application erronée des dispositions légales et réglementaires : article 3 de la loi 241/1990. Excès de pouvoir pour erreur et manquement aux conditions, dénaturation, défaut de motivation et motivation erronée, caractère contradictoire. Injustice manifeste ;

2) Violation et application erronée des dispositions légales et réglementaires : article 10bis de la loi 241/1990. Excès de pouvoir pour erreur et manquement aux

conditions, dénaturation, défaut de motivation et motivation erronée, caractère contradictoire. Injustice manifeste ;

3) Violation et application erronée des dispositions légales et réglementaires : article 97 de la constitution ; article 11 des dispositions préliminaires du code civil italien (*preleggi*). Excès de pouvoir pour erreur et manquement aux conditions, dénaturation, défaut de motivation et motivation erronée, caractère contradictoire. Injustice manifeste.

4) Violation et application erronée des dispositions légales et réglementaires : directive 2003/87 ; directive 2018/410 ; décret législatif n° 47 du 9 juin 2020. Excès de pouvoir pour erreur et manquement aux conditions, dénaturation, défaut de motivation et motivation erronée, caractère contradictoire. Injustice manifeste.

Le ministère de la Transition écologique s'est constitué partie à l'instance et a conclu au rejet du recours en tant que non fondé, en faisant valoir à cet effet que les griefs tirés du défaut de motivation et de la violation des garanties de procédure équitable étaient dénués de fondement ; il souligne, en particulier, que la société requérante aurait participé activement à la collecte de données ayant précédé la décision d'exclusion ; cette décision procéderait d'appréciations de la Commission et la décision du comité national serait purement et simplement liée par ces appréciations ; sur le fond, les conditions d'allocation de quotas gratuits ne seraient pas réunies, étant donné que l'installation en cause ne relève pas des hypothèses exceptionnelles dans lesquelles il est possible d'attribuer de tels quotas à des installations de production d'électricité [OMISSIS].

[Le] 20 juillet 2021, le Tribunal a soulevé d'office une possible fin de non-recevoir du recours pour défaut de compétence.

[La] requérante [conclut] à l'existence de la compétence administrative, le ministère de la Transition écologique ayant invoqué quant à lui le défaut de compétence.

[OMISSIS]. [considérations d'ordre procédural]

Les dispositions pertinentes

Le système d'échange de quotas d'émission de l'Union européenne (SEQUE) est une pièce maîtresse de la politique de l'Union en matière de lutte contre le changement climatique et un outil essentiel pour réduire de manière économiquement efficace les émissions de gaz à effet de serre. Il s'agit du premier marché mondial du dioxyde de carbone et également du plus vaste.

Ce système, qui fonctionne dans 31 pays (les 28 États membres de l'Union, ainsi que l'Islande, le Liechtenstein et la Norvège), s'applique aux émissions produites par plus de 11 000 installations grandes consommatrices d'énergie (centrales électriques et installations industrielles) et par les compagnies aériennes assurant les liaisons entre ces pays, concerne environ 45 % des émissions de gaz à effet de

serre de l'Union et repose sur un principe de plafonnement et d'échange des droits d'émission.

Un plafond est fixé concernant la quantité totale de certains gaz à effet de serre qui peuvent être émis par les installations qui relèvent du système et ce plafond diminue progressivement de sorte à faire baisser le niveau total des émissions.

Dans les limites de ce plafond, les entreprises reçoivent ou achètent des quotas d'émission qu'elles peuvent échanger si nécessaire. Elles peuvent également acheter des quantités limitées de crédits internationaux dégagés par des projets de réduction des émissions dans le monde entier. C'est le plafonnement du nombre total de quotas disponibles qui garantit qu'ils conservent une certaine valeur.

À la fin de l'année, chaque société doit restituer un nombre suffisant de quotas pour compenser ses émissions, sous peine de s'exposer à de lourdes amendes. Une entreprise ayant réduit ses émissions peut conserver l'excédent de quotas pour répondre à ses besoins futurs ou bien les vendre à une autre entreprise qui en a besoin.

Les échanges apportent une souplesse et garantissent que la réduction des émissions intervient lorsqu'elle est la plus opportune. Le prix stable du CO₂ incite également à investir dans des technologies propres et sobres en CO₂.

La directive 2003/87 (modifiée par la directive 2009/29 et, en dernier lieu par la directive 2018/410), qui est à la base du système SEQUE, prévoit donc que, à compter du 1^{er} janvier 2005, les installations grandes émettrices de l'Union ne peuvent pas fonctionner sans une autorisation d'émettre des gaz à effet de serre. Chaque installation autorisée doit compenser annuellement ses émissions par des quotas (*European Union Allowances* – EUA, équivalant à une tonne d'équivalent-dioxyde de carbone) qui peuvent, comme indiqué, être achetés et vendus par chaque opérateur concerné. Les installations peuvent acheter les quotas dans le cadre d'enchères publiques européennes ou en recevoir à titre gratuit. À titre d'alternative, elles peuvent s'en procurer sur le marché.

La directive 2003/87 dispose que, à compter de 2013, les installations de production d'électricité et les installations qui exercent une activité de captage, de transport et de stockage du CO₂ (CSC) doivent s'approvisionner aux enchères de quotas pour satisfaire à l'intégralité de leurs besoins (allocation à titre onéreux). Au contraire, les installations relevant des secteurs manufacturiers ont droit à l'allocation à titre gratuit, sur la base de leur niveau d'activité et d'un référentiel (*benchmark*) élaboré par la Commission et valable au niveau européen.

Les secteurs à haut risque de fuite de carbone, c'est-à-dire exposés au risque de délocalisation des émissions de CO₂ en raison des coûts du carbone vers des pays ayant des politiques environnementales moins strictes, bénéficient d'une allocation de quotas à titre gratuit s'élevant à 100 % de leur référentiel propre.

L'article 10 bis, paragraphe 6, de la directive 2003/87 dispose que les États membres peuvent prendre « des mesures financières [...] en faveur des secteurs ou sous-secteurs qui sont exposés à un risque réel de fuite de carbone en raison des coûts indirects significatifs qu'ils supportent effectivement du fait de la répercussion des coûts des émissions de gaz à effet de serre sur les prix de l'électricité, pour autant que ces mesures financières soient conformes aux règles relatives aux aides d'État » en vigueur et à adopter dans ce contexte. Ces règles sont publiées au Journal officiel de l'Union européenne (JO 2012, C 158, p. 4).

En Italie, par décret législatif n° 216/2006, puis par décret législatif n° 30/2013, le comité national a été désigné en tant qu'autorité nationale compétente pour la mise en œuvre du SEQE.

Le comité national est un organe interministériel présidé par le ministère de l'Environnement avec la participation des ministères du Développement Économique et des Infrastructures. Parmi d'autres fonctions, le comité national détermine la quantité annuelle de quotas à allouer à titre gratuit aux exploitants éligibles conformément aux règles du droit de l'Union, en particulier au regard des règles d'allocation des quotas à titre gratuit (article 24 du décret législatif 47/2020).

Le comité national, en tant qu'autorité nationale chargée de la mise en œuvre de la directive 2003/87 et de la directive 2018/410, est doté de pouvoirs d'instruction et de décision (voir articles 4 et suivants du décret législatif 47/2020).

À cet égard, il convient de relever que les membres du comité national sont choisis, conformément à l'article 4, paragraphe 3, du décret législatif 47/2020, « parmi des personnes ayant des qualifications professionnelles élevées et une expérience avérée dans les secteurs concernés par le présent décret ». En outre, en vertu de l'article 4, paragraphe 6, du décret législatif 47/2020, tel qu'en vigueur, précisément aux fins d'effectuer une enquête préliminaire appropriée (avant d'émettre les décisions définitives relatives aux installations fixes), un « secrétariat technique » spécial a été créé, composé de cinq fonctionnaires du ministère de la Transition écologique, pourvus d'une expertise sectorielle afin de pouvoir gérer les aspects complexes du SEQE et les difficultés qui peuvent surgir.

Le comité national assure la transmission à la Commission de la liste pertinente visée à l'article 11, paragraphe 1, de la directive 2003/87. Cette liste contient, pour chaque installation en place demandant l'allocation de quotas à titre gratuit, les informations suivantes : a) l'identification de l'installation et de ses limites, au moyen du code d'identification d'installation du journal des transactions de l'Union européenne (EUTL) ; b) des informations relatives à l'activité de l'installation et à son admissibilité au bénéfice de l'allocation à titre gratuit ; c) la description de chacune des sous-installations de l'installation ; d) le niveau d'activité annuel et les émissions annuelles de chacune des sous-installations pour chaque année de la période de référence considérée ; e) pour chaque sous-installation, des informations permettant de déterminer si elle relève ou non

d'un secteur ou sous-secteur considéré comme étant exposé à un risque important de fuite de carbone, tel que déterminé conformément à l'article 10 ter, paragraphe 5, de la directive 2003/87, y compris, le cas échéant, les codes Procom des produits qui y sont produits ; f) les données déclarées pour chacune des sous-installations, conformément à l'annexe IV.

Dès réception de la liste visée à l'article 11, paragraphe 1, de la directive 2003/87, la Commission examine l'inscription de chaque installation sur la liste ainsi que les données associées fournies conformément à cette disposition et, si la Commission ne rejette pas l'inscription d'une installation sur cette liste, les données sont utilisées pour le calcul des valeurs révisées des référentiels visés à l'article 10 bis, paragraphe 2, de la directive 2003/87. Si demande lui en est faite, chaque État membre met les déclarations et rapports reçus contenant les données relatives à l'installation et à ses sous-installations, ainsi que les rapports de vérification, à la disposition de la Commission.

Le SEQE a montré que la fixation d'un prix pour le CO₂ et les échanges de quotas de CO₂ peuvent fonctionner : les émissions des installations participant au système diminuent comme prévu, d'un peu plus de 5 % depuis le début de la phase 3 (2013-2020).

En 2020, les émissions des secteurs auxquels s'applique le système seront inférieures de 21 % par rapport à 2005.

Le système s'applique aux secteurs et gaz suivants, l'accent étant mis sur les émissions qui peuvent être mesurées, déclarées et vérifiées avec une grande précision :

- le dioxyde de carbone (CO₂) issu :
 - de la production d'électricité et de chaleur,
 - de secteurs industriels à forte intensité énergétique, y compris les raffineries de pétrole, les aciéries et la production de fer, métaux, aluminium, ciment, chaux, verre, céramique, pâte de bois, papier, carton, acides et produits chimiques organiques à grande échelle,
 - de l'aviation civile,
- l'oxyde d'azote (N₂O) résultant de la production d'acide nitrique, d'acide adipique d'acide glyoxylique et de glyoxal,
- les hydrocarbures perfluorés (PFC) résultant de la production d'aluminium.

Bien que la participation au SEQE-UE soit obligatoire pour les entreprises de ces secteurs :

- dans certains secteurs, seules les installations d'une certaine taille sont prises en considération,
- certaines installations de dimensions réduites peuvent être exclues si les pouvoirs publics mettent en place des mesures fiscales ou autres qui permettent une réduction équivalente de leurs émissions,
- dans le secteur de l'aviation, jusqu'au 31 décembre 2023, le système SEQE ne s'applique qu'aux vols entre des aéroports situés dans l'Espace économique européen (EEE).

S'agissant de la période en cours (ci-après également la « quatrième phase SEQE »), à savoir la période entre 2021 et 2030, les interactions entre la Commission, les États membres et les opérateurs économiques impliqués, visant à recueillir les informations utiles pour déterminer les bénéficiaires d'allocation et la quantité de quotas alloués à titre gratuit à chacun d'eux (procédé dit de « collecte de données »), ont débuté au cours de la première moitié de l'année 2019.

Les informations demandées aux installations relevant du champ d'application de la directive 2003/87, ainsi que les modalités et procédures permettant aux États membres de communiquer les données à la Commission (par l'intermédiaire de l'autorité nationale compétente de chaque État membre, qui, pour l'Italie, est le comité national), sont prévues par le règlement délégué (UE) 2019/331 de la Commission du 19 décembre 2018 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 2019, L 59, p. 8).

L'article 14 du règlement 2019/331 (intitulé « Mesures nationales d'exécution ») prévoit les étapes suivantes, nécessaires à l'établissement de la liste des opérateurs bénéficiaires d'allocation à titre gratuit :

- l'autorité nationale compétente soumet à la Commission une liste au moyen d'un modèle électronique prédéfini, comportant toutes les principales informations relatives aux installations soumises (éléments d'identification, description des activités, niveaux d'activité pour chaque sous-installation, émissions annuelles au cours de la période de référence, codes Prodcom pour chaque produit, paragraphe 2),
- la liste fait l'objet de contrôles de complétude et de cohérence de la part de la Commission et, après révisions et exclusions éventuelles, elle est utilisée pour définir les quantités annuelles provisoires de quotas gratuits pour chaque installation.

L'objet du litige

La société requérante, à laquelle aucun quota gratuit n'a été attribué, estime que cette circonstance résulte d'une erreur dans la prise en compte de la situation de

fait particulière dans laquelle se trouve l'installation thermoélectrique exploitée par Fenice.

L'article 10 bis, paragraphe 3, de la directive 2003/87 aurait été appliqué de manière erronée à l'installation de Fenice sur la base d'une interprétation erronée de l'arrêt du 20 juin 2019, ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:518) dans lequel la Cour a interprété la notion de « producteur d'électricité », qui se caractérise par l'injection continue, « fût-elle faible, [...] contre rémunération, [d'une] partie d'électricité dans le réseau électrique public ». L'installation en cause au principal ne saurait être considérée comme un « producteur d'électricité » au sens de la jurisprudence dégagée dans cet arrêt, puisque la Cour n'a pas examiné le cas spécifique d'installations (telles que celle en cause au principal) disposant de plusieurs sources.

En effet, la société requérante souligne que la centrale thermoélectrique de Mirafiori (autorisation n° 26) disposait historiquement de plusieurs installations de cogénération, désormais déclassées, dont certaines étaient considérées comme étant à haut rendement. Actuellement, il apparaît que la seule installation de production d'électricité présente sur le site de production et en service est une turbine à vapeur [OMISSIS]. La centrale thermoélectrique utilise comme combustible uniquement du gaz naturel et a une puissance thermique de 382,1 MWt et une puissance électrique de 59,86 MWe. L'installation a bénéficié au cours de la troisième phase (période 2013-2020) de l'allocation de quotas à titre gratuit.

La Commission et le comité national auraient donc dû distinguer l'énergie thermique produite par la centrale thermique (qui aurait pu recevoir des quotas gratuits) de celle produite par l'installation de cogénération qui n'est pas à haut rendement. En effet, indépendamment du contenu des échanges entre la requérante et le comité national et entre ce dernier et la Commission, cette distinction aurait été facilement vérifiable et déterminée au moyen des divers documents en possession des autorités. En particulier, il résulte des formulaires de collecte de données NIMS 2014-2018 que la production de chaleur de l'unité de cogénération est indiquée sur le feuillet D ligne 93 et que la chaleur totale de l'installation est indiquée sur le feuillet E, ligne 84. Il est donc évident que de la différence entre les deux valeurs résulte la chaleur provenant de la centrale thermique (tout ce qui n'est pas de la chaleur issue de la cogénération) qui était éligible à recevoir les quotas d'émission à titre gratuit.

Les données de référence résulteraient :

- des autorisations SEQE, dans lesquelles figure une description détaillée de chaque installation et des sources dont dispose celle-ci,
- des plans de surveillance chargés sur le portail *Emission Trading* du ministère de la Transition écologique dont il ressort clairement que l'installation est subdivisée en cogénération et en d'autres sources de chaleur.

S'agissant de la compétence pour connaître du présent litige, la partie requérante soutient que le comité national n'est pas une institution de l'Union, mais bien un « organe interministériel présidé par le ministère de l'Environnement avec la participation des ministères du Développement Économique et des Infrastructures » [voir arrêt n° 9951/2019 du Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio – Roma (tribunal administratif régional pour le Latium, antenne de Rome), deuxième chambre bis, du 24 juillet 2019]. C'est le comité national qui détermine l'inscription de l'installation sur la liste et qui décide, conformément aux dispositions expresses de l'article 25, paragraphe 6, du décret législatif 47/2020, de l'allocation définitive des quotas gratuits à chacune des installations incluses dans ladite liste.

Il agit en tant qu'organe du ministère de la Transition écologique et, comme il s'agit d'un organe national et non d'un organe de l'Union, tous les actes qu'il adopte sont pourvus du caractère de décision administrative, de sorte qu'il appartient à l'État membre – et en l'occurrence au juge administratif – d'en contrôler la légalité.

Par conséquent, il est expressément exclu que le contrôle de la légalité des actes pris par des organes des États membres soit effectué par la Cour de justice de l'Union européenne, à moins que l'acte ne soit adopté que formellement par un organe national mais que, en définitive, il soit essentiellement le produit d'un processus décisionnel mené au niveau supranational, de telle sorte que, ainsi qu'il résulte de l'arrêt du 3 décembre 2019, *Iccrea Banca* (C-414/18, EU:C:2019:1036), un particulier qui se trouve lésé par un tel acte peut l'attaquer dans les délais prescrits devant le Tribunal de l'Union européenne, à l'instar d'un acte adopté directement par les organes de l'Union.

S'étant constituée partie à l'instance, l'administration a fait valoir que, afin de comprendre le fond de la décision de la Commission, il convenait de s'appuyer sur l'arrêt du 20 juin 2019, *ExxonMobil Production Deutschland* (C-682/17, EU:C:2019:518), dans lequel la Cour a interprété la notion de « producteur d'électricité » visée à l'article 3, sous u), de la directive 2003/87.

Il ressort de cet arrêt qu'« une installation [...] qui produit, dans le cadre de son activité de “combustion de combustibles dans des installations dont la puissance calorifique totale de combustion est supérieure à 20 MW”, visée à l'annexe I de cette directive, de l'électricité destinée essentiellement à être utilisée pour ses besoins propres, doit être considérée comme un “producteur d'électricité”, au sens de [l'article 3, sous u), de la directive 2003/87], dès lors que cette installation, d'une part, exerce simultanément une activité de fabrication d'un produit qui ne relève pas [du champ d'application du SEQE] et, d'autre part, injecte de façon continue, contre rémunération, une partie, fût-elle faible, de l'électricité produite dans le réseau électrique public, auquel ladite installation doit être raccordée en permanence pour des raisons techniques ». La conséquence de la qualification d'une installation en tant que « producteur d'électricité » est la disparition du droit à l'allocation de quotas à titre gratuit pour chaque sous-installation éventuelle,

sauf dans certains cas expressément prévus dans la directive 2003/87, à savoir le chauffage urbain et la cogénération à haut rendement, tels que définis dans la directive 2012/27, en vue de répondre à une demande économiquement justifiable par rapport à la production de chaleur ou de froid.

S'agissant de la « sous-installation avec référentiel de chaleur » au sein d'une installation qualifiée de « producteur d'électricité », il résulte de l'arrêt du 20 juin 2019, ExxonMobil Production Deutschland (C 682/17, EU:C:2019:518, point 126) que, « une installation, [...] dans la mesure où elle doit être considérée comme un “producteur d'électricité”, au sens de l'article 3, sous u), de la directive 2003/87, n'est pas en droit de se voir allouer des quotas d'émission à titre gratuit au titre de la chaleur produite dans le cadre de son activité de “combustion de combustibles dans des installations dont la puissance calorifique totale de combustion est supérieure à 20 MW”, visée à l'annexe I de cette directive, lorsque cette chaleur est utilisée à d'autres fins que la production d'électricité, dès lors qu'une telle installation ne remplit pas les conditions prévues à l'article 10 bis, paragraphes 4 et 8, de ladite directive ». Les conséquences opérationnelles de cet arrêt sont qu'une installation pouvant être qualifiée de « producteur d'électricité », telle que Fenice-Mirafiori, n'est pas en droit de se voir allouer des quotas d'émission à titre gratuit, puisqu'elle ne relève d'aucune des hypothèses dans lesquelles une exception est prévue à cette exclusion.

L'administration rappelle que la Commission a présenté, le 23 avril 2020, un powerpoint du Groupe d'experts sur le changement climatique (GECC) qui a clarifié les aspects susmentionnés. Dans ce cadre, après que Fenice a chargé, le 25 juin 2019, les données (fichier BDR) relatives à l'installation pourvue de l'autorisation n° 26, la Commission a formulé trois demandes ultérieures de clarification dans le cadre de trois échanges avec le comité national. À l'issue de ces échanges, la Commission a estimé que, l'installation n'étant pas une installation de cogénération à haut rendement, aucun des cas mentionnés à l'article 10bis, paragraphe 3, de la directive 2003/87, qui constituent des exceptions à la règle interdisant l'allocation de quotas gratuits aux producteurs d'électricité, ne trouvait à s'appliquer, dès lors que l'installation pourvue de l'autorisation n° 26 était qualifiée d'installation de production d'électricité et qu'elle tombait donc sous le coup de l'interdiction énoncée à l'article 10bis, paragraphe 3, de la directive 2003/87. Eu égard à cette position argumentée et claire de la Commission européenne et à l'article 11 de cette directive, selon lequel « [l]es États membres ne peuvent octroyer de quotas à titre gratuit en vertu du paragraphe 2 aux installations dont la Commission a refusé l'inscription sur la liste visée au paragraphe 1 », le comité national s'est contenté d'informer l'opérateur en ce sens [le] 21 octobre 2021.

L'administration défenderesse précise qu'il ressort des échanges intervenus sur la plateforme de chargement des données DECLARE mise à disposition par la Commission, que la société Fenice a non seulement activement participé à l'enquête dans le cadre d'une procédure contradictoire avec le comité national et indirectement avec la Commission, mais a en outre été mise en mesure de

répondre aux critiques soulevées par la Commission et avait parfaitement connaissance des raisons pour lesquelles celle-ci a finalement décidé de ne pas l'inclure parmi les installations bénéficiaires de quotas à titre gratuit.

Par conséquent, s'agissant de la question de la compétence, l'administration rappelle que, en vertu de l'article 11, paragraphe 2, de la directive 2003/87/CE (« Les États membres ne peuvent octroyer de quotas à titre gratuit en vertu du paragraphe 2 aux installations dont la Commission a refusé l'inscription sur la liste visée au paragraphe 1 »), la Commission conserve de par la loi un pouvoir d'appréciation définitive qui lie les États membres. En l'espèce, c'est la Commission qui a demandé l'annulation de l'allocation de quotas à titre gratuit concernant l'installation de la requérante et le comité national, étant entièrement lié dans sa décision en ce sens, a dû donner suite à cette demande de la Commission.

Dès lors, selon l'administration, l'exclusion de l'installation de la société requérante de la liste nationale d'allocation visée à l'article 11 de la directive 2003/87 et le refus en résultant de lui reconnaître des quotas à titre gratuit sont de toute évidence des actes entièrement liés par les appréciations de la Commission. Il en résulterait que le juge administratif italien ne serait pas compétent pour connaître du litige et qu'il appartiendrait à la Cour de s'en saisir ; le recours à l'encontre des actes du comité national, dans lequel aucun moyen autonome n'a été tiré des appréciations préalables contraignantes effectuées par la Commission (dont le contrôle juridictionnel relèverait de la compétence de la Cour), devrait, en tout état de cause, être considéré comme irrecevable.

Les questions préjudicielles

Eu égard aux principales problématiques exposées dans le cadre du présent litige et aux positions prises par les parties et compte tenu, du point de vue de l'interprétation du droit communautaire, de l'importance des intérêts en jeu et de la complexité des questions soulevées, il y a lieu de saisir la Cour de justice de l'Union européenne des questions suivantes :

1) Eu égard à la procédure d'adoption de la décision prise par le Comitato nazionale per la gestione della Direttiva 2003/87/CE e per il supporto nella gestione delle attività di progetto del protocollo di Kyoto concernant l'inclusion des installations dans la liste d'allocation de quotas CO₂ et, en particulier, au mécanisme d'interaction avec la Commission européenne prévu en la matière dans le règlement délégué (UE) 2019/331, une telle décision peut-elle faire l'objet d'un recours autonome devant le Tribunal de l'Union européenne au titre de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE lorsque l'acte attaqué produit des effets juridiques contraignants et qu'il concerne directement l'opérateur économique requérant ?

2) Si tel n'est pas le cas, un opérateur économique privé ayant subi un préjudice directement lié à son exclusion de l'allocation de quotas de CO₂ sur le

fondement de l’instruction menée de concert par la Commission européenne et par le Comitato nazionale per la gestione della Direttiva 2003/87/CE e per il supporto nella gestione delle attività di progetto del protocollo di Kyoto, peut-il attaquer la décision prise par la Commission européenne de rejeter l’inscription de l’installation sur la liste, au sens de l’article 14, paragraphe 4, du règlement délégué (UE) 2019/331, devant le Tribunal de l’Union européenne au titre de l’article 263, quatrième alinéa, TFUE ?

3) La notion de « producteur d’électricité », au sens de l’article 3, sous u), de la directive 2003/87/CE, telle qu’elle résulte de l’arrêt du 20 juin 2019, ExxonMobil Production Deutschland (C-682/17, EU:C:2019:518), ayant pour objet une demande de décision préjudicielle adressée à la Cour en vertu de l’article 267 TFUE par le Verwaltungsgericht Berlin (tribunal administratif de Berlin, Allemagne), par décision du 28 novembre 2017, s’étend-elle également à des situations dans lesquelles une installation qui dispose de plusieurs sources d’énergie thermique autres que la cogénération et qui est pourvue des caractéristiques lui donnant droit à des quotas d’émission gratuits, produit, pour une partie minimale, de l’électricité par cogénération, sans que celle-ci soit à haut rendement ?

4) Une telle interprétation de la définition de la notion de « producteur d’électricité » est-elle compatible avec les principes généraux du droit de l’Union de respect des conditions de concurrence entre opérateurs en cas d’octroi d’incitants et de proportionnalité de la mesure, lorsqu’une installation caractérisée par de multiples sources d’énergie est totalement exclue sans distinction des valeurs d’émission en fonction des sources de chaleur autres que la cogénération, celles-ci étant pleinement éligibles à bénéficier des avantages prévus ?

[OMISSIS]. [considérations d’ordre procédural]

PAR CES MOTIFS

Le Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (tribunal administratif régional pour le Latium) (deuxième chambre bis)

1) saisit la Cour de justice de l’Union européenne, conformément à l’article 267 TFUE, des questions préjudicielles énoncées dans les motifs ;

[OMISSIS]. [considérations d’ordre procédural]

[OMISSIS] Rome [OMISSIS], le 17 décembre 2021 [OMISSIS]