Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M[ME] JULIANE KOKOTT
présentées le 12 novembre 2015 [1]

Affaires jointes C-191/14 et C-192/14

Borealis Polyolefine GmbH (C-191/14)
et OMV Refining & Marketing GmbH (C-192/14)
contre
Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft
[demandes de décision préjudicielle formées par le Landesverwaltungsgericht Niederösterreich, chambre administrative indépendante (Autriche)]
et
Affaire C-295/14
DOW Benelux BV e.a.
contre
Staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu
[demande de décision préjudicielle formée par le Raad van State, Conseil d'État (Pays-Bas)]
ainsi que
Affaires jointes C-389/14, C-391/14 à C-393/14
Esso Italiana Srl e.a.
contre
Comitato nazionale per la gestione della direttiva 2003/87/CE,
Ministero dell'Ambiente et della Tutela del Territorio e del Mare,
Ministero dell'Economia e delle Finanze et
Presidenza del Consiglio dei Ministri

[demandes de décision préjudicielle formées par le Tribunale Amministrativo regionale per il Lazio, tribunal administratif régional du Latium (Italie)]

«Droit de l'environnement — Système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre — Méthode d'allocation de quotas — Allocation de quotas à titre gratuit — Facteur de correction uniforme transsectoriel — Calcul — Gaz résiduaires — Cogénération — Activités nouvellement incluses à partir de l'année 2008 et de l'année 2013 — Motivation — Comitologie — Propriété — Affectation individuelle — Limitation des effets d'une annulation»

1 — Langue originale: l'allemand.

Table des matières

I – Introduction 3

II – Le cadre juridique 4

A – La directive 2003/87 4

B – La décision 2011/278/UE 7

C – La décision 2013/448/UE 8

III – Les procédures nationales et les demandes de décision préjudicielle 9

A – Les questions préjudicielles dans les affaires jointes C-191/14 (Borealis Polyolefine) et C-192/14 (OMV Refining & Marketing) 9

B – Les questions préjudicielles dans l'affaire C-295/14 (DOW Benelux) 10

C – Les questions préjudicielles dans les affaires jointes C-389/14, C-391/14 à C-393/14 (Esso Italiana e.a.) 11

D – La procédure devant la Cour 12

IV – Analyse juridique 12

A – La qualification juridique du facteur de correction 12

1. La demande reconnue des installations industrielles calculée par les États membres 13

2. Le plafond imposé à l'industrie calculé par la Commission 14

a) L'article 10 bis, paragraphe 5, sous a), de la directive 2003/87 14

b) L'article 10 bis, paragraphe 5, sous b), de la directive 2003/87 15

3. Le facteur de correction déterminé 16

4. Les objectifs de la directive 2003/87 relatifs au facteur de correction 16

B – La prise en compte de la production d'électricité à partir de gaz résiduaires et de l'utilisation industrielle de la chaleur issue de la cogénération 17

1. La production d'électricité à partir de gaz résiduaires 18

2. Les installations de cogénération 20

C – Les données relatives aux secteurs intégrés pour la première fois à partir de l'année 2008 ou 2013 utilisées pour le plafond imposé à l'industrie 21

1. Les dispositions d'exécution 21

2. La qualité des données 22

a) L'extension à partir de l'année 2013 22

i) L'absence de prise en compte de nouvelles activités dans les données de quelques États membres 22

ii) La prise en compte de nouvelles activités dans les données d'autres États membres 23

b) L'extension à partir de l'année 2008 24

D – La motivation de la fixation du facteur de correction 25

1. La motivation nécessaire de la fixation du facteur de correction dans la décision 2013/448 26

2. Les données utilisées par la Commission 26

3. Le document explicatif de la DG «Action pour le climat» 29

4. La nécessité d'une rétropolation 29

5. Conclusion relative à la motivation de la fixation du facteur de correction 30

E – Le droit fondamental de propriété (sixième question des affaires jointes Borealis Polyolefine et OMV Refining & Marketing ainsi que deuxième question de l'affaire Esso Italiana e.a.) ... 30

F – La procédure d'adoption de la décision 2013/448 31

G – La possibilité de saisir directement les juridictions de l'Union 33

H – Les conséquences de l'illégalité de la décision 2013/448 36

V – Conclusion 38

I – Introduction

1. Le système d'échange de droits d'émission aux termes de la directive 2003/87/CE [2] prévoit toujours, à titre provisoire, d'allouer des droits d'émission de gaz à effet de serre à titre gratuit, appelés quotas. La directive comporte toutefois une réglementation compliquée qui limite, sur la base d'un examen d'ensemble des émissions antérieures et de la demande reconnue des installations, la quantité des quotas à allouer à titre gratuit par un facteur de correction.

2 — Directive 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), dans la version du traité d'adhésion de la Croatie (JO 2012, L 112, p. 21, ci-après la «directive 2003/87»).

2. Dans les présentes conclusions, j'examine les demandes de décision préjudicielle émanant des juridictions néerlandaise, autrichienne et italienne concernant la fixation de ce facteur de correction. Elles résultent de recours introduits par des entreprises qui contestent certains aspects du calcul de ce facteur de correction pour arriver à obtenir une quantité plus importante de droits d'émission à titre gratuit. Outre ces procédures, d'autres demandes de décision préjudicielle ayant le même objet émanant de juridictions allemande, espagnole, italienne, finlandaise et suédoise sont pendantes devant la Cour et soulèvent des questions globalement similaires [3].

3. La question qui est au cœur de ces procédures est celle de savoir si la Commission européenne a correctement tenu compte de certaines activités en calculant le facteur de correction. Cette question porte sur l'utilisation des gaz dits résiduaires en tant que combustibles, sur l'utilisation de la chaleur issue de la cogénération ainsi que sur les activités industrielles qui ne sont soumises au système de la directive 2003/87 que depuis l'année 2008 ou 2013. En outre, ces entreprises exigent le plein accès à toutes les données que la Commission a utilisées dans le cadre du calcul afin de pouvoir vérifier s'il existe d'autres raisons de le contester.

4. De plus, il convient de clarifier si la Commission a renoncé à juste titre à appliquer une procédure déterminée dite de comitologie, si le droit fondamental de propriété des entreprises a été violé, si les entreprises auraient dû directement saisir les juridictions de l'Union en lieu et place des juridictions nationales, et de déterminer les conséquences juridiques qu'auraient leurs objections si elles devaient prospérer en tout ou partie.

II – Le cadre juridique

A – *La directive 2003/87*

5. Les procédures concernent des décisions que la Commission a adoptées sur la base de la directive 2003/87. Les dispositions pertinentes en l'occurrence ont, pour l'essentiel, été introduites dans la directive citée tout d'abord dans la directive modificative 2009/29/CE [4].

6. Parmi les définitions visées à l'article 3 de la directive 2003/87, il convient de souligner les deux suivantes:

«Aux fins de la présente directive, on entend par:

[…]

e) 'installation', une unité technique fixe où se déroulent une ou plusieurs des activités indiquées à l'annexe I ainsi que toute autre activité s'y rapportant directement qui est liée techniquement aux activités exercées sur le site et qui est susceptible d'avoir des incidences sur les émissions et la pollution;

[…]

u) 'producteur d'électricité', une installation qui, à la date du 1er janvier 2005 ou ultérieurement, a produit de l'électricité destinée à la vente à des tiers et dans laquelle n'a lieu aucune activité énumérée dans l'annexe I, autre que la 'combustion de combustibles'.»

3 — Affaires C-502/14, Buzzi Unicem e.a.; C-506/14, Yara Suomi Oy e.a.; C-180/15, Borealis e.a.; C-369/15 à C-373/15, Siderúrgica Sevillana; C-456/15, BASF; C-457/15, Vattenfall Europe Generation; C-460/15, Schaefer Kalk, et C-461/15, E. ON Kraftwerke.

4 — Directive du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 (JO L 140, p. 63).

7. L'article 9 de la directive 2003/87 prévoit la quantité de droits d'émission disponibles et leur diminution annuelle:

«La quantité de quotas délivrée chaque année pour l'ensemble de la Communauté à compter de 2013 diminue de manière linéaire à partir du milieu de la période 2008-2012. Cette quantité diminue d'un facteur linéaire de 1,74 % par rapport au total annuel moyen de quotas délivré par les États membres conformément aux décisions de la Commission relatives à leurs plans nationaux d'allocation de quotas pour la période 2008-2012. La quantité de quotas délivrée pour l'ensemble de la Communauté n'augmentera à la suite de l'adhésion de la Croatie que de la quantité de quotas que la Croatie met aux enchères en vertu de l'article 10, paragraphe 1.

La Commission publie, au plus tard le 30 juin 2010, la quantité totale de quotas pour l'ensemble de la Communauté pour 2013, en se fondant sur les quantités totales de quotas délivrées ou à délivrer par les États membres conformément aux décisions de la Commission relatives à leurs plans nationaux d'allocation de quotas pour la période 2008-2012.

[…]»

8. L'article 9 bis, paragraphe 2, de la directive 2003/87 régit la manière dont les émissions des installations qui n'ont été intégrées dans le système qu'à compter de l'année 2013 doivent être calculées aux fins de l'allocation de droits d'émission:

«En ce qui concerne les installations qui poursuivent les activités énumérées à l'annexe I et ne sont intégrées dans le système communautaire qu'à compter de 2013, les États membres veillent à ce que les exploitants desdites installations présentent à l'autorité compétente concernée des données d'émissions dûment étayées et vérifiées de manière indépendante afin que ces données puissent être prises en considération en vue de l'adaptation de la quantité de quotas à délivrer pour l'ensemble de la Communauté.

Ces données sont communiquées à l'autorité compétente concernée le 30 avril 2010 au plus tard, conformément aux dispositions adoptées en vertu de l'article 14, paragraphe 1.

Si les données communiquées sont dûment étayées, l'autorité compétente en informe la Commission, le 30 juin 2010 au plus tard, et la quantité de quotas à délivrer, adaptée en utilisant le facteur linéaire visé à l'article 9, est adaptée en conséquence. En ce qui concerne les installations émettant des gaz à effet de serre autres que le CO_2, l'autorité compétente peut notifier une quantité d'émissions plus faible en fonction du potentiel de réduction des émissions desdites installations.»

9. L'article 10 bis, paragraphes 1 et 2, de la directive 2003/87 régit la détermination des «référentiels» pour les différentes activités:

«1. Le 31 décembre 2010 au plus tard, la Commission arrête des mesures d'exécution pleinement harmonisées à l'échelle communautaire relatives à l'allocation harmonisée des quotas visés aux paragraphes 4, 5, 7 et 12, y compris toute disposition nécessaire pour l'application harmonisée du paragraphe 19.

Ces mesures, qui visent à modifier des éléments non essentiels de la présente directive en la complétant, sont arrêtées en conformité avec la procédure de réglementation avec contrôle visée à l'article 23, paragraphe 3.

Les mesures visées au premier alinéa déterminent, dans la mesure du possible, des référentiels ex[ ]ante pour la Communauté, de façon à garantir que les modalités d'allocation des quotas encouragent l'utilisation de techniques efficaces pour réduire les émissions de gaz à effet de serre et améliorer le rendement énergétique, en recourant aux techniques les plus efficaces, aux solutions et aux procédés

de production de remplacement, à la cogénération à haut rendement, à la récupération efficace d'énergie à partir des gaz résiduaires, à l'utilisation de la biomasse, ainsi qu'au captage et au stockage du CO_2, lorsque ces moyens sont disponibles, et n'encouragent pas l'accroissement des émissions. Aucun quota n'est délivré à titre gratuit pour la production d'électricité, à l'exception des cas relevant de l'article 10 quater et de l'électricité produite à partir de gaz résiduaires.

[…]

2. Pour définir les principes d'établissement des référentiels ex[ ]ante par secteur ou sous-secteur, le point de départ est la performance moyenne des 10 % d'installations les plus efficaces d'un secteur ou sous-secteur de la Communauté pendant les années 2007-2008. […]»

10. L'article 10 bis, paragraphe 3, de la directive 2003/87 exclut en particulier l'allocation de quotas à titre gratuit pour la production d'électricité:

«Sous réserve des paragraphes 4 et 8, et sans préjudice de l'article 10 quater, aucun quota n'est alloué à titre gratuit aux producteurs d'électricité, aux installations de captage de CO_2, aux pipelines destinés au transport de CO_2 ou aux sites de stockage de CO_2.»

11. L'article 10 bis, paragraphe 4, de la directive 2003/87 comporte toutefois des dispositions particulières pour la cogénération:

«Des quotas gratuits sont alloués au chauffage urbain ainsi qu'à la cogénération à haut rendement […] en vue de répondre à une demande économiquement justifiable par rapport à la production de chaleur ou de froid. Chaque année postérieure à 2013, le total des quotas délivrés à ces installations pour la production de ce type de chaleur est adapté en utilisant le facteur linéaire visé à l'article 9.»

12. L'article 10 bis, paragraphe 5, de la directive 2003/87 concerne la détermination d'un facteur de correction pour l'allocation de quotas:

«La quantité annuelle maximale de quotas servant de base au calcul des quotas pour les installations qui ne sont pas couvertes par le paragraphe 3 et qui ne sont pas de nouveaux entrants n'est pas supérieure à la somme:

a) de la quantité annuelle totale pour l'ensemble de la Communauté, telle que déterminée en vertu de l'article 9, multipliée par la part des émissions des installations qui ne sont pas couvertes par le paragraphe 3 dans les émissions totales moyennes vérifiées au cours de la période 2005-2007 en provenance d'installations incluses dans le système communautaire au cours de la période 2008-2012; et

b) des émissions annuelles totales moyennes vérifiées au cours de la période 2005-2007 qui ne sont incluses dans le système communautaire qu'à partir de 2013 et qui ne sont pas couvertes par le paragraphe 3, adaptées à l'aide du facteur linéaire visé à l'article 9.

Un facteur de correction uniforme transsectoriel est appliqué, le cas échéant.»

B – *La décision 2011/278/UE*

13. L'article 10 de la décision 2011/278/UE[5] régit l'allocation de quotas à titre gratuit. Conformément au paragraphe 2, les États membres commencent par calculer, sur la base des émissions antérieures et des référentiels de produits préalablement identifiés par la Commission à titre provisoire, le nombre de quotas à allouer aux différentes installations industrielles. Les résultats sont communiqués à la Commission en application de l'article 15, paragraphe 2, sous e).

14. Conformément à l'article 15, paragraphe 3, de la décision 2011/278, la Commission calcule le facteur de correction visé à l'article 10 bis, paragraphe 5, de la directive 2003/87 sur la base de ces informations transmises par les États membres:

«Dès réception de la liste visée au paragraphe 1 du présent article, la Commission examine l'inclusion de chaque installation sur la liste, ainsi que les quantités annuelles totales provisoires correspondantes de quotas d'émission alloués à titre gratuit.

Après la notification, par tous les États membres, des quantités annuelles totales provisoires de quotas d'émission alloués à titre gratuit durant la période 2013-2020, la Commission détermine le facteur de correction uniforme transsectoriel visé à l'article 10 bis, paragraphe 5, de la directive 2003/87/CE. Ce facteur est déterminé en comparant la somme des quantités annuelles totales provisoires de quotas d'émission alloués à titre gratuit aux installations non productrices d'électricité chaque année durant la période 2013-2020 sans application des facteurs indiqués à l'annexe VI à la quantité annuelle de quotas calculée conformément à l'article 10 bis, paragraphe 5, de la directive 2003/87/CE pour les installations qui ne sont ni des producteurs d'électricité ni de nouveaux entrants, en tenant compte de la part correspondante de la quantité annuelle totale pour l'ensemble de l'Union, déterminée conformément à l'article 9 de ladite directive, et de la quantité correspondante d'émissions qui ne sont intégrées dans le système d'échange de l'Union qu'à partir de 2013.»

15. Si l'on multiplie la quantité de quotas calculée provisoirement à allouer aux différentes installations industrielles par le facteur de correction, l'on obtient la quantité annuelle totale finale visée à l'article 10, paragraphe 9, de la décision 2011/278 correspondant à chaque installation.

16. Aux fins de la prise en compte de la cogénération dans les référentiels, le considérant 21 de la décision 2011/278 présente un intérêt particulier:

«Lorsque de la chaleur mesurable est échangée entre deux installations ou davantage, il convient que l'allocation de quotas d'émission à titre gratuit repose sur la chaleur consommée par une installation et tienne compte du risque de fuite de carbone. C'est pourquoi, pour faire en sorte que le nombre de quotas d'émission à allouer à titre gratuit soit indépendant de l'entité produisant la chaleur, il convient que les quotas d'émission soient alloués au consommateur de chaleur.»

17. La prise en compte des gaz résiduaires dans la fixation des référentiels de produits est expliquée au considérant 32 de la décision 2011/278:

«Il est également approprié que les référentiels de produits tiennent compte de la récupération efficace d'énergie à partir des gaz résiduaires et des émissions liées à l'utilisation de ces gaz. À cet effet, la teneur en carbone de ces gaz résiduaires a été prise en compte dans une large mesure aux fins de la détermination des valeurs des référentiels relatifs aux produits dont la fabrication génère des gaz résiduaires. Lorsque des gaz résiduaires sont exportés du procédé de production en dehors des limites du système du référentiel de produit pertinent et sont brûlés pour la production de chaleur en dehors

5 — 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 (JO L 130, p. 1).

des limites du système d'un procédé faisant l'objet d'un référentiel, telles que définies à l'annexe I, il y a lieu de prendre en compte les émissions connexes en allouant des quotas d'émission supplémentaires sur la base du référentiel de chaleur ou de combustibles. À la lumière du principe général selon lequel aucun quota d'émission ne doit être alloué à titre gratuit pour la production d'électricité, afin d'éviter des distorsions de concurrence indues sur les marchés de l'électricité destinée aux installations industrielles et compte tenu du coût du carbone compris dans le prix de l'électricité, il convient que, lorsque des gaz résiduaires sont exportés du procédé de production hors des limites du système du référentiel de produit pertinent et sont brûlés à des fins de production d'électricité, aucun quota supplémentaire ne soit alloué en plus de la part allouée des quotas correspondant à la teneur en carbone du gaz résiduaire qui est prise en compte dans le référentiel de produit applicable.»

C – *La décision 2013/448/UE*

18. L'article 4 de la décision 2013/448/UE [6] concerne le facteur de correction pour les années 2013 à 2020:

«Le facteur de correction transsectoriel uniforme visé à l'article 10 bis, paragraphe 5, de la directive 2003/87/CE et déterminé conformément à l'article 15, paragraphe 3, de la décision 2011/278/UE figure à l'annexe II de la présente décision.»

19. Conformément à l'annexe II de la décision 2013/448, le facteur de correction se montait pour 2013 à 94,272151 %. Au cours des années suivantes, ce taux est réduit jusqu'à 82,438204 % pour l'année 2020.

20. Au considérant 25, la Commission explique comment elle est parvenue à ces chiffres:

«La limite fixée à l'article 10 bis, paragraphe 5, de la directive 2003/87/CE s'élève à 809 315 756 quotas en 2013. Pour déterminer cette limite, la Commission a, dans un premier temps, recueilli des informations auprès des États membres et des pays AELE-EEE pour savoir si les installations pouvaient être considérées comme des producteurs d'électricité ou d'autres installations couvertes par l'article 10 bis, paragraphe 3, de la directive 2003/87/CE. Elle a ensuite déterminé la part des émissions produites entre 2005 et 2007 par les installations ne relevant pas de ces dispositions, mais incluses dans le SEQE de l'Union européenne au cours de la période 2008-2012. La Commission a alors appliqué cette part de 34,78289436 % à la quantité déterminée sur la base de l'article 9 de la directive 2003/87/CE (1 976 784 044 quotas). Au résultat de ce calcul, elle a ensuite ajouté 121 733 050 quotas, sur la base des émissions annuelles moyennes vérifiées des installations en question pour la période 2005-2007, compte tenu de l'extension du SEQE de l'Union européenne en 2013. À cet égard, la Commission a utilisé les informations fournies par les États membres et les pays de l'AELE-EEE pour l'adaptation du plafond. Lorsque les émissions annuelles vérifiées pour la période 2005-2007 n'étaient pas disponibles, la Commission a extrapolé, dans la mesure du possible, les chiffres d'émission correspondants à partir des émissions vérifiées des années antérieures en appliquant le facteur de 1,74 % en sens inverse. La Commission a consulté les autorités des États membres qui ont confirmé les informations et données utilisées à cet effet. La comparaison de la limite fixée à l'article 10 bis, paragraphe 5, de la directive 2003/87/CE et de la somme des quantités annuelles provisoires de quotas allouées à titre gratuit sans application des facteurs visés à l'annexe VI de la décision 2011/278/UE donne le facteur de correction transsectoriel annuel figurant à l'annexe II de la présente décision.»

6 — Décision 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).

III – Les procédures nationales et les demandes de décision préjudicielle

21. En 2012, la République italienne, le Royaume des Pays-Bas et la République d'Autriche ont calculé (à titre provisoire) les quotas d'émission de gaz à effet de serre à allouer à titre gratuit aux entreprises requérantes dans les procédures au principal et en ont informé la Commission.

22. Le 5 septembre 2013, la Commission a adopté la décision 2013/448 et a fixé, dans cette décision, le facteur de correction uniforme transsectoriel.

23. Sur la base de ce facteur de correction, les trois États membres précités ont alloué aux entreprises requérantes une quantité de quotas d'émission réduite par rapport au calcul provisoire.

24. Les entreprises parties au litige au principal ont formé des recours qui ont donné lieu aux présentes demandes de décision préjudicielle.

A – *Les questions préjudicielles dans les affaires jointes C-191/14 (Borealis Polyolefine) et C-192/14 (OMV Refining & Marketing)*

25. Le Landesverwaltungsgericht Niederösterreich (chambre administrative indépendante, Autriche) soumet à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

«1) La décision 2013/448 est-elle nulle et contraire à l'article 10 bis, paragraphe 5, de la directive 2003/87 dans la mesure où elle exclut de la base de calcul visée à l'article 10 bis, paragraphe 5, points a) et b), les émissions dues aux gaz résiduaires qui sont produites par des installations relevant de l'annexe I de la directive 2003/87 et à la chaleur qui est utilisée par des installations relevant de l'annexe I de la directive 2003/87 et qui provient d'installations de cogénération, pour lesquelles une allocation de quotas à titre gratuit est autorisée conformément à l'article 10 bis, paragraphes 1 et 4, de la directive 2003/87 et à la décision 2011/278?

2) La décision 2013/448 est-elle nulle et contraire à l'article 3, points e) et u), de la directive 2003/87, individuellement et/ou en combinaison avec l'article 10 bis, paragraphe 5, de la directive 2003/87, dans la mesure où elle indique que les émissions de CO_2 dues aux gaz résiduaires produites par les installations relevant de l'annexe I de la directive 2003/87 et à la chaleur qui est utilisée par les installations relevant de l'annexe I de la directive 2003/87 et qui a été produite par des installations de cogénération, sont des émissions provenant des 'producteurs d'électricité'?

3) La décision 2013/448 est-elle nulle et contraire aux objectifs de la directive 2003/87 dans la mesure où elle crée un déséquilibre en excluant les émissions dues à la combustion de gaz résiduaires et à la chaleur produite par la cogénération de la base de calcul visée à l'article 10 bis, paragraphe 5, points a) et b), alors que celles-ci ouvrent droit à l'allocation de quotas à titre gratuit conformément à l'article 10 bis, paragraphes 1 et 4, de la directive 2003/87 et à la décision 2011/278?

4) La décision 2011/278 est-elle nulle et contraire à l'article 290 TFUE et à l'article 10 bis, paragraphe 5, de la directive 2003/87 dans la mesure où son article 15, paragraphe 3, modifie l'article 10 bis, paragraphe 5, points a) et b), de la directive 2003/87 en ce sens qu'il remplace les termes 'installations qui ne sont pas couvertes par le paragraphe 3' par 'installations non productrices d'électricité'?

5) La décision 2013/448 est-elle nulle et contraire à l'article 23, paragraphe 3, de la directive 2003/87 dans la mesure où cette décision n'a pas été adoptée sur la base de la procédure de réglementation avec contrôle prescrite par l'article 5 bis de la décision 1999/468 du Conseil et par l'article 12 du règlement nº 182/2011?

6) L'article 17 de la [charte des droits fondamentaux de l'Union européenne] doit-il être interprété en ce sens qu'il exclut la rétention d'allocations de quotas à titre gratuit fondée sur le calcul illégal d'un facteur de correction transsectoriel?

7) L'article 10 bis, paragraphe 5, de la directive 2003/87, individuellement et/ou en combinaison avec l'article 15, paragraphe 3, de la décision 2011/278, doit-il être interprété en ce sens qu'il exclut l'application d'une disposition nationale prévoyant l'application du facteur de correction uniforme transsectoriel calculé illégalement, tel qu'il est déterminé à l'article 4 de la décision 2013/448 et à son annexe II, aux allocations de quotas à titre gratuit dans un État membre?

8) La décision 2013/448 est-elle nulle et contraire à l'article 10 bis, paragraphe 5, de la directive 2003/87 dans la mesure où elle inclut uniquement les émissions provenant d'installations qui ont fait partie du système communautaire à partir de 2008, de sorte qu'elle exclut les émissions dues aux activités relevant du système communautaire depuis 2008 (dans l'annexe I modifiée de la directive 2003/87) si lesdites activités ont eu lieu dans des installations qui faisaient déjà partie du système communautaire avant 2008?

9) La décision 2013/448 est-elle nulle et contraire à l'article 10 bis, paragraphe 5, de la directive 2003/87 dans la mesure où elle inclut uniquement les émissions provenant d'installations qui ont fait partie du système communautaire à partir de 2013, de sorte qu'elle exclut les émissions dues aux activités relevant du système communautaire depuis 2013 (dans l'annexe I modifiée de la directive 2003/87) si lesdites activités avaient lieu dans des installations qui faisaient déjà partie du système communautaire avant 2013?»

B – *Les questions préjudicielles dans l'affaire C-295/14 (DOW Benelux)*

26. Les questions préjudicielles posées par le Raad van State (Conseil d'État, Pays-Bas) sont libellées comme suit:

«1) L'article 263, quatrième alinéa, TFUE doit-il être interprété en ce sens que les exploitants d'installations auxquelles les règles relatives à l'échange de quotas d'émission prévues par la directive 2003/87 s'appliquaient à partir de 2013, à l'exception des exploitants d'installations visées à l'article 10 bis, paragraphe 3, de cette directive et des nouveaux entrants, auraient sans aucun doute pu demander au Tribunal l'annulation de la décision de la Commission 2013/448 en tant qu'elle détermine le facteur de correction uniforme transsectoriel?

2) La décision 2013/448 est-elle illégale en tant qu'elle détermine le facteur de correction uniforme transsectoriel au motif qu'elle n'a pas été adoptée conformément à la procédure de réglementation avec contrôle visée à l'article 10 bis, paragraphe 1, de la directive 2003/87?

3) L'article 15 de la décision 2011/278 viole-t-il l'article 10 bis, paragraphe 5, de la directive 2003/87 parce qu'il empêche de prendre en compte les émissions des producteurs d'électricité pour déterminer le facteur de correction uniforme transsectoriel? Dans l'affirmative, quelles sont les conséquences de cette violation sur la décision 2013/448?

4) La décision 2013/448 est-elle illégale en tant qu'elle détermine le facteur de correction uniforme transsectoriel au motif qu'elle se fonde notamment sur des données communiquées en exécution de l'article 9 bis, paragraphe 2, de la directive 2003/87/CE, sans qu'aient été arrêtées les dispositions visées audit paragraphe, adoptées en vertu de l'article 14, paragraphe 1?

5) La décision 2013/448 est-elle, en tant qu'elle détermine le facteur de correction uniforme transsectoriel, contraire notamment à l'article 296 TFUE ou à l'article 41 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne au motif qu'elle ne mentionne que partiellement les quantités d'émissions et de quotas d'émission déterminantes pour le calcul du facteur de correction?

6) La décision 2013/448 est-elle, en tant qu'elle détermine le facteur de correction uniforme transsectoriel, contraire notamment à l'article 296 TFUE ou à l'article 41 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne au motif que ce facteur de correction a été déterminé à partir de données dont les exploitants des installations concernées par les échanges de quotas d'émission n'ont pas pu prendre connaissance?»

C – *Les questions préjudicielles dans les affaires jointes C-389/14, C-391/14 à C-393/14 (Esso Italiana e.a.)*

27. Enfin, le Tribunale Amministrativo regionale per il Lazio (tribunal administratif régional du Latium, Italie) soumet à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

«1) La décision 2013/448 est-elle invalide en ce qu'elle n'a pas tenu compte, dans le calcul des quotas à allouer gratuitement, de la part d'émissions associées à la combustion de gaz résiduaires – ou gaz sidérurgiques de procédé –, ni de celles associées à la chaleur produite par la cogénération, méconnaissant ainsi l'article 290 TFUE et l'article 10 bis, paragraphes 1, 4 et 5, de la directive 2003/87, outrepassant les limites de la délégation conférée par la directive et allant à l'encontre des finalités de la directive (encouragement de technologies énergétiques plus efficaces et respect des exigences du développement économique et de l'emploi)?

2) La décision 2013/448 est-elle invalide, à la lumière de l'article 6 TUE, en ce qu'elle est contraire à l'article 1er du protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) ainsi qu'à l'article 17 de la même convention, du fait qu'elle a indûment porté atteinte à la confiance légitime des sociétés requérantes qu'elles conserveraient le bien que représente le nombre de quotas alloués à titre provisoire et leur revenant sur la base des dispositions de la directive, entraînant ainsi une privation de l'utilité économique liée audit bien?

3) La décision 2013/448 est-elle invalide en tant qu'elle détermine le facteur de correction transsectoriel, considérant que la décision viole l'article 296, paragraphe 2, TFUE et l'article 41 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, en ce qu'elle est dépourvue d'une motivation appropriée?

4) La décision 2013/448 est-elle invalide en tant qu'elle détermine le facteur de correction transsectoriel, considérant qu'elle viole l'article 10 bis, paragraphe 5, de la directive 2003/87, le principe de proportionnalité consacré par l'article 5, paragraphe 4, TUE, et qu'elle est en outre entachée des vices de défaut d'instruction et erreur d'appréciation, en considération du fait que le calcul du nombre maximal des quotas à allouer à titre gratuit (donnée pertinente pour la fixation du facteur de correction uniforme transsectoriel) n'a pas tenu compte des effets des modifications d'interprétation intervenues quant à la notion d'"installation de combustion' entre la première (2005 à 2007) et la seconde phase (2008 à 2012) de mise en œuvre de la directive 2003/87?

5) La décision 2013/448 est-elle invalide en tant qu'elle détermine le facteur de correction transsectoriel, en raison de la violation de l'article 10 bis, paragraphe 5, de la directive 2003/87, de l'article 9 bis, paragraphe 2, de la directive 2003/87, ainsi qu'en raison d'un défaut d'instruction et erreur d'appréciation, eu égard au fait que le calcul de la quantité maximale des quotas à allouer à titre gratuit (donnée pertinente aux fins de la détermination du facteur de correction uniforme

transsectoriel) a été effectué sur la base de données fournies par les États membres qui étaient incohérentes puisque basées sur une interprétation différente de l'article 9 bis, paragraphe 2, de la directive 2003/87?

6) Enfin, la décision 2013/448 est-elle invalide en tant qu'elle détermine le facteur de correction transsectoriel, en raison de la violation des dispositions relatives à la procédure visées aux articles 10 bis, paragraphe 1, et 23, paragraphe 3, de la directive 2003/87?»

D – *La procédure devant la Cour*

28. En tant que parties aux litiges au principal en cause, Borealis Polyolefine GmbH et OMV Refining & Marketing GmbH, dans les procédures autrichiennes, DOW Benelux BV, Esso Nederland e.a., Akzo Nobel Chemicals e.a. ainsi que Yara Sluiskil e.a., dans la procédure néerlandaise, et Esso Italiana srl, Eni SpA ainsi que Linde Gas Italia srl (ci-après «Linde»), dans la procédure italienne, se sont prononcées par écrit. En outre, les gouvernements allemand, espagnol et néerlandais (uniquement dans la procédure italienne) ainsi que la Commission ont présenté des observations écrites.

29. Si la Cour a respectivement joint les deux demandes de décision préjudicielle autrichiennes et les quatre demandes de décision préjudicielle italiennes, elle s'est toutefois abstenue, jusque-là, de procéder à une jonction formelle des présentes affaires. Elle a néanmoins organisé une audience commune le 3 septembre 2015. À l'exception de Linde, toutes les parties précédemment citées ainsi que Luchini e.a. et Buzzi Unicem SpA, en tant que parties à la procédure italienne, ont participé à cette audience.

30. J'examine toutes les affaires en cause dans un seul et même jeu de conclusions, et il me semblerait logique que la Cour suive cet exemple en les joignant aux fins de l'arrêt.

IV – Analyse juridique

31. Les questions soulevées dans les demandes de décision préjudicielle visent à remettre en question le facteur de correction uniforme transsectoriel prévu à l'article 10 bis, paragraphe 5, de la directive 2003/87, que la Commission a fixé à l'article 4 et à l'annexe II de la décision 2013/448.

32. Pour comprendre ces questions, d'abord il convient d'expliquer le calcul de ce facteur de correction et sa signification dans le système de la directive 2003/87 (voir à cet égard sous A). Ensuite j'examinerai les questions portant sur la prise en compte insuffisante de certaines sources d'émission (voir à cet égard sous B et C), puis la motivation de la fixation du facteur de correction (voir à cet égard sous D), le droit fondamental de propriété (voir à cet égard sous E) et la procédure appliquée dans le cadre de la décision (voir à cet égard sous F). Afin d'éviter toute interruption dans l'exposé de la matière juridiquement très complexe, j'expliquerai seulement ultérieurement que les entreprises requérantes au principal n'étaient pas obligées de faire valoir leurs objections directement auprès des juridictions de l'Union (voir à cet égard sous G), et les conséquences qui devraient résulter de l'examen de la décision (voir à cet égard sous H).

A – *La qualification juridique du facteur de correction*

33. Conformément à l'article 1er de la directive 2003/87, celle-ci établit un système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre afin de favoriser la réduction des émissions de gaz à effet de serre dans des conditions économiquement efficaces et performantes.

34. Les installations qui sont soumises au système doivent acquérir des droits pour l'émission de gaz à effet de serre, appelés quotas. En pratique, cela concerne presque exclusivement l'émission de CO_2. Conformément aux articles 9 et 9 bis de la directive 2003/87, la quantité totale de quotas disponibles est limitée et réduite annuellement de 1,74 % à compter de l'année 2010. Aux termes du considérant 13 de la directive 2009/29, la diminution contribue à réduire, d'ici à l'année 2020, les émissions nuisibles au climat d'au moins 20 % par rapport à l'année 1990.

35. Depuis l'année 2013, ces quotas ne sont plus alloués que partiellement à titre gratuit et sont, pour le reste, mis aux enchères. L'on distingue les producteurs d'électricité, qui, à quelques exceptions près, ne reçoivent *aucun* quota à titre gratuit [7], des installations industrielles qui reçoivent tous [8] les quotas dont elles ont besoin, ou tout au moins une partie [9], à titre gratuit.

36. Les questions en cause concernent directement la seule situation des installations industrielles susceptibles de bénéficier d'une allocation de quotas à titre gratuit et non les producteurs d'électricité. En effet, le facteur de correction litigieux entraîne une réduction des quotas d'émission alloués à titre gratuit aux installations industrielles.

37. Le facteur de correction est arrêté sur la base du calcul effectué par les États membres, d'une part, et par la Commission, d'autre part, du nombre total de quotas à répartir sur toutes les installations industrielles existantes. À cet égard, les deux parties appliquent des méthodes de calcul différentes. La plus faible des deux valeurs détermine le nombre de quotas qui seront finalement alloués à titre gratuit.

38. Si la valeur calculée par les États membres avait été la plus faible, aucune correction n'aurait été nécessaire. Les États membres auraient pu effectuer l'allocation à titre gratuit sur la base de leur valeur de départ.

39. Cependant, c'est la valeur de la Commission qui a en fait été la plus basse. Par conséquent, le cas de figure envisagé à l'article 10 bis, paragraphe 5, second alinéa, de la directive 2003/87 s'est réalisé: il est devenu nécessaire d'appliquer un facteur de correction uniforme transsectoriel. La première année, il s'élevait à 94,3 % et sera ramené à environ 80,4 % d'ici à l'année 2020. Cela signifie que, sur la quantité de quotas à allouer à titre gratuit, calculée provisoirement par les États membres, seul ce pourcentage peut en définitive être attribué.

1. La demande reconnue des installations industrielles calculée par les États membres

40. Les États membres déterminent la valeur mentionnée au début de l'article 10 bis, paragraphe 5, de la directive 2003/87, à savoir la quantité de quotas servant de base au calcul des allocations annuelles (futures) à titre gratuit aux installations industrielles. Cette quantité est en quelque sorte calculée en partant de la base, c'est-à-dire sur le fondement de l'activité antérieure de chaque installation et des «référentiels» que la Commission a fixés dans la décision 2011/278 pour l'activité correspondante. Les référentiels représentent une certaine quantité d'émissions de CO_2 que la Commission reconnaît comme nécessaire pour la fabrication d'une certaine quantité du produit concerné. Je désignerai ci-après cette valeur sous l'appellation de *demande reconnue*.

7 — Article 10 bis, paragraphe 1, troisième alinéa, deuxième phrase, paragraphe 3, et article 7, paragraphe 7, troisième alinéa, de la directive 2003/87.

8 — Ce sont, aux termes de l'article 10 bis, paragraphe 12, de la directive 2003/87, les installations des secteurs ou des sous-secteurs qui sont exposés à un risque important de fuite de carbone, appelé «carbon leakage».

9 — En application de l'article 10 bis, paragraphe 11, de la directive 2003/87, elles reçoivent d'abord 80 % des quotas nécessaires gratuitement. Cette quote-part diminue ensuite de façon linéaire pour atteindre 30 % à compter de l'année 2020, puis 0 % en 2027.

41. Conformément à l'article 10 bis, paragraphe 2, premier alinéa, de la directive 2003/87, le point de départ pour définir les référentiels est la performance moyenne des 10 % d'installations les plus efficaces du secteur ou sous-secteur concerné de l'Union européenne. En outre, ces référentiels doivent garantir, aux termes de l'article 10 bis, paragraphe 1, troisième alinéa, que les modalités d'allocation des quotas encouragent l'utilisation de techniques efficaces pour réduire les émissions de gaz à effet de serre et améliorer le rendement énergétique, en recourant, entre autres, à la cogénération à haut rendement et à la récupération efficace d'énergie à partir des gaz résiduaires, et n'encouragent pas l'accroissement des émissions. Il incombe à la Commission de réaliser ces objectifs lorsqu'elle fixe les référentiels pour les différentes activités.

42. Les référentiels fixés par la Commission pour les installations industrielles incluent en particulier les émissions dues à l'utilisation de gaz résiduaires comme combustibles, qui sont dégagées dans certains processus de production (voir à cet égard sous B, 1), et ils tiennent compte de l'utilisation industrielle de la chaleur issue de la cogénération (voir à cet égard sous B, 2). En outre, ils sont appliqués à toutes les installations industrielles qui sont aujourd'hui soumises au système de la directive 2003/87, et donc également à toutes les installations qui ne sont incluses dans ce système que depuis l'année 2008 [voir à cet égard sous C, 2, b)] ou depuis l'année 2013 [voir à cet égard sous C, 2, a)].

43. Les États membres déterminent la demande reconnue de toutes les installations industrielles situées sur leur territoire résultant de l'application de ces référentiels en multipliant, conformément à l'article 10 de la décision 2011/278, les référentiels pour l'activité en cause par le niveau de l'activité antérieure des sous-installations concernées. En application de l'article 11, paragraphe 1, de la directive 2003/87, ils transmettent ces données au plus tard le 30 septembre 2011 à la Commission. Cette dernière additionne les chiffres qui lui sont transmis et détermine ainsi la demande reconnue globale de toutes les installations industrielles de l'Union.

2. Le plafond imposé à l'industrie calculé par la Commission

44. La Commission calcule la deuxième valeur, appelée plafond imposé à l'industrie, en prenant de la hauteur d'une certaine manière, lorsqu'elle détermine, sur la base de l'historique des données d'émissions, la part de la quantité totale des quotas d'émission disponibles qui revient globalement aux installations industrielles. Ce plafond imposé à l'industrie est constitué de deux fractions de quantité qui sont régies par l'article 10 bis, paragraphe 5, sous a) et b), de la directive 2003/87.

a) L'article 10 bis, paragraphe 5, sous a), de la directive 2003/87

45. Le point de départ pour définir la première fraction de quantité visée à l'article 10 bis, paragraphe 5, sous a), de la directive 2003/87 est la quantité totale annuelle moyenne de quotas telle que déterminée en vertu de l'article 9, paragraphe 1, qui ont été alloués pour la deuxième période d'allocation de 2008 à 2012, c'est-à-dire la demande antérieure de toutes les installations soumises au système de la directive au cours de cette période. Cette quantité totale inclut les deux groupes, les producteurs d'électricité et les installations industrielles.

46. La quantité de ces quotas a été fixée par les États membres respectifs. Pour ce faire, la directive 2003/87, dans sa version alors applicable, ne leur prescrivait pas de méthode spécifique [10].

10 — Arrêt Commission/Estonie, C-505/09 P, EU:C:2012:179, point 52.

47. La quantité moyenne des années 2008 à 2012 déterminée sur la base de ces allocations nationales pour l'ensemble de l'Union est diminuée, pour le calcul de la quantité totale annuelle applicable à l'avenir à partir du milieu de cette période, soit l'année 2010 [11], du facteur linéaire de 1,74 %.

48. L'article 10 bis, paragraphe 5, sous a), de la directive 2003/87 prévoit toutefois que seule la part d'installations qui ne sont pas couvertes par l'article 10 bis, paragraphe 3, peut être prise en compte aux fins du calcul du plafond imposé à l'industrie. En pratique, les quotas alloués aux producteurs d'électricité jusqu'en 2012 n'entrent donc pas en considération. La Commission mesure cette quote-part au regard de la quantité moyenne de quotas qui ont été alloués aux installations industrielles au cours de la période 2005-2007.

49. Dès lors, les quotas qui avaient été alloués dans le passé aux producteurs d'électricité pour les émissions provenant de l'utilisation des gaz résiduaires comme combustibles (voir à cet égard sous B, 1) ou de l'utilisation industrielle de la chaleur issue de la cogénération (voir à cet égard sous B, 2) ne font pas partie du plafond imposé à l'industrie. En outre, la référence à la part de l'industrie pendant la période 2005-2007 empêche de tenir compte des installations industrielles qui ne sont soumises à la directive 2003/87 que depuis l'année 2008 [voir à cet égard sous C, 2, b)]. Cela concerne certaines installations de combustion et des installations situées sur le territoire des États de l'Espace économique européen (EEE). Toutes ces émissions sont néanmoins prises en compte dans les référentiels industriels.

b) L'article 10 bis, paragraphe 5, sous b), de la directive 2003/87

50. La seconde fraction de quantité visée à l'article 10 bis, paragraphe 5, sous b), de la directive 2003/87 comprend les installations qui ne sont soumises au système de la directive que depuis l'année 2013. Ainsi, depuis cette année, les émissions issues notamment de la production d'aluminium et de certains secteurs de l'industrie chimique ont été incluses dans le système.

51. Cette inclusion se fait sur la base des émissions totales moyennes vérifiées de ces installations au cours de la période 2005-2007. Cette valeur est également diminuée annuellement du facteur linéaire précité de 1,74 %, et les producteurs d'électricité ne sont pas pris en compte.

52. À cet égard, le fait que les mêmes données d'émissions n'aient pas été utilisées pour tous les États membres pose problème. Pour certains États membres, seules sont utilisées des données d'émissions relatives à des installations qui ne sont, dans l'ensemble, rattachées au système que depuis l'année 2013. En revanche, pour d'autres États membres, les données d'émissions provenant d'activités nouvellement soumises au système, exercées dans des installations qui étaient déjà rattachées au système auparavant en raison d'autres activités, ont également été utilisées [voir à cet égard sous C, 2, a)].

11 — Pour clarifier, voir considérant 13 de la décision 2010/384/UE de la Commission, du 9 juillet 2010, relative à la quantité de quotas à délivrer pour l'ensemble de la Communauté pour 2013 dans le cadre du système d'échange de quotas d'émission de l'Union européenne (JO L 175, p. 36).

3. Le facteur de correction déterminé

53. L'on pourrait a priori s'attendre à ce qu'une demande reconnue fondée sur les installations les plus efficaces, telle que les États membres la calculent, soit nécessairement inférieure aux allocations antérieures à l'ensemble des installations y compris les moins efficaces, telles que celles sur lesquelles repose la valeur de la Commission [12]. Aussi la comparaison des deux valeurs ne devrait-elle mettre en évidence que la diminution linéaire annuelle du plafond imposé à l'industrie qui s'élève à chaque fois à 1,74 %. Un facteur de correction ne devrait s'avérer nécessaire qu'après effacement de l'«avance» liée à la référence aux installations les plus efficaces grâce aux diminutions.

54. Or, le résultat de la comparaison entre la valeur des États membres et la valeur de la Commission donne en réalité l'impression que la demande reconnue, qui est à l'origine de la décision 2013/448, est *plus étendue* que les allocations antérieures. En effet, le facteur de correction a depuis le départ des effets plus importants que la réduction linéaire: le facteur de correction de 94,272151 %, qui était applicable la première année, soit l'année 2013, réduit l'allocation à titre gratuit de 5,727849 %. La réduction linéaire appliquée jusqu'à cette date pour les années 2011 à 2013 ne s'élève cependant qu'à 5,22 %. Cet effet se réduit toutefois quelque peu avec le temps. Au cours de la dernière année, soit l'année 2020, le facteur de correction s'élèvera à 82,438204 %, ce qui génère une diminution de 17,561796 %. Ce chiffre est à peine supérieur à la diminution linéaire cumulée de 17,4 % pour ces dix années.

55. C'est pourquoi les entreprises requérantes dans les procédures au principal considèrent que la correction est trop élevée. Elles attribuent cet effet en particulier au fait que si certaines activités ont été prises en considération, à tort, dans le cadre de la demande reconnue [13], elles ne l'ont toutefois pas été dans le calcul du plafond imposé à l'industrie [14]. En outre, elles demandent l'accès aux données nécessaires afin de pouvoir contrôler de manière exhaustive le calcul du facteur de correction.

4. Les objectifs de la directive 2003/87 relatifs au facteur de correction

56. Il faut bien admettre qu'il y a une prise en compte «asymétrique» [15] de certaines activités, en contradiction avec l'un des objectifs du facteur de correction. Ces objectifs n'ont certes pas été expressément fixés, mais le contexte réglementaire du facteur de correction montre qu'il poursuit un double objectif.

57. Tout d'abord, il met en œuvre le facteur de correction linéaire de 1,74 %. La fixation de ces objectifs n'est pas affectée par l'asymétrie reprochée. Toutefois, l'on aurait également pu mettre en œuvre le facteur de correction sans la comparaison compliquée entre la demande reconnue et le plafond imposé à l'industrie.

58. C'est pourquoi la deuxième fonction du facteur de correction est plus importante. Il vise à garantir que les allocations à titre gratuit ne modifient pas, compte tenu des référentiels, l'équilibre instauré par l'ancien système d'allocation entre les activités industrielles et la production d'électricité en faveur de l'industrie.

12 — Contrairement à ce qu'affirme la Commission dans les présentes procédures, cette approche correspondait aussi, en 2010, d'après les propos d'Esso Nederland, à la thèse de la Commission.

13 — Voir ci-dessus, point 42.

14 — Voir ci-dessus, points 49 et 52.

15 — Direction générale (DG) «Action pour le climat» de la Commission, «Calculations for the determination of the cross-sectoral correction factor in the EU ETS in 2013 to 2020», du 22 octobre 2013, annexe 1, p. 4, du mémoire von Borealis Polyolefine, du 12 août 2015, également accessible sur le site de la Commission http://ec.europa.eu/clima/policies/ets/cap/allocation/docs/cross_sectoral_correction_factor_en.pdf.

59. Cet équilibre est important. En effet, si la part des activités industrielles dans la quantité totale de quotas disponibles augmentait, la quantité de quotas à mettre aux enchères diminuerait corrélativement. Si cette quantité ne suffisait pas à couvrir la demande globale par la mise aux enchères, l'on pourrait craindre des hausses de prix excessives. Cela pèserait avant tout sur l'industrie de l'électricité et les consommateurs d'électricité. En outre, certains secteurs industriels, qui doivent acheter une partie des quotas dont ils ont besoin, seraient quand même également touchés.

60. Or, cet équilibre historique sera mis à mal si, en raison d'une nouvelle méthode de calcul, l'on ajoute aujourd'hui à l'industrie certaines activités qui étaient auparavant attribuées à la production d'électricité ou qui n'étaient pas du tout prises en compte.

61. Comme Linde l'explique, un besoin de correction aussi asymétrique est, de surcroît, en contradiction avec l'objectif de la directive 2003/87 qui tend à éviter le *«carbon leakage»*. Cette notion recouvre la délocalisation d'activités, qui provoquent des émissions de gaz à effet de serre, vers des pays tiers. Un tel transfert ne serait pas seulement défavorable au plan de la politique économique, mais irait également à l'encontre de l'objectif principal consistant à réduire les émissions de gaz à effet de serre.

62. Pour éviter le *«carbon leakage»*, l'article 10 bis, paragraphe 12, de la directive 2003/87 prévoit que les installations des secteurs ou des sous-secteurs qui sont exposés à un risque important de fuite de carbone reçoivent une quantité de quotas gratuits représentant 100 % de la demande reconnue à l'aide des référentiels. Un facteur de correction trop élevé peut toutefois aboutir à ce qu'elles reçoivent en définitive moins de 100 % des quotas nécessaires et que le système de la directive 2003/87 crée donc une incitation à la délocalisation de ces activités.

63. Par ailleurs, la prise en compte asymétrique de l'utilisation des gaz résiduaires est conforme au principal objectif de la directive 2003/87 tendant à réduire les émissions nuisibles au climat. En réduisant la quantité de quotas gratuits, elle renforce l'incitation à réduire les émissions de CO_2. Par conséquent, elle contribue à la préservation et à la protection de l'environnement, à la lutte contre le changement climatique et au maintien d'un niveau de protection élevé, conformément à l'article 191 TFUE.

64. Il convient d'examiner en détail, à la lumière de ces éléments, les quatre domaines dans lesquels les entreprises requérantes dénoncent de telles exceptions, à savoir la prise en compte des gaz résiduaires et des installations de cogénération (voir à cet égard sous B) et la prise en compte des activités et des installations qui ne sont soumises au système de la directive 2003/87 que depuis l'année 2008 ou 2013 (voir à cet égard sous C).

B – *La prise en compte de la production d'électricité à partir de gaz résiduaires et de l'utilisation industrielle de la chaleur issue de la cogénération*

65. Les quatre premières questions préjudicielles de l'affaire Borealis Polyolefine, la troisième question de l'affaire Dow Benelux et la première question de l'affaire Esso Italiana e.a. concernent la prise en compte de la production d'électricité à partir de gaz résiduaires (voir à cet égard sous 1) et l'utilisation industrielle de la chaleur issue de la cogénération (installations de cogénération, voir à cet égard sous 2) dans le calcul du facteur de correction. Les deux activités sont à présent attribuées à l'industrie alors qu'elles étaient auparavant prises en compte dans la production d'électricité.

1. La production d'électricité à partir de gaz résiduaires

66. Les gaz résiduaires se dégagent de certains processus de production industriels tels que la production de coke et d'acier, et peuvent être utilisés comme combustibles, en particulier pour la production d'électricité. Cette démarche est plus rationnelle en termes de gestion durable des ressources que d'évacuer ces gaz ou de les brûler inutilement.

67. Cette utilisation pourrait expliquer que l'article 10 bis, paragraphe 1, troisième alinéa, première phrase, de la directive 2003/87 compte la promotion de l'utilisation de gaz résiduaires au rang des incitations à la réduction des émissions de gaz à effet de serre et à l'utilisation de techniques efficaces. Ce devrait être la même raison qui justifie que la deuxième phrase de cette disposition prévoit une exception à l'exclusion de la production d'électricité de l'allocation de quotas à titre gratuit pour l'électricité produite à partir de gaz résiduaires.

68. Comme l'explique la Commission, en fixant les référentiels de produits, elle a donc tenu compte du fait que, dans quelques branches, des gaz résiduaires sont brûlés pour produire de l'électricité. Cela aurait entraîné en particulier une augmentation des référentiels de produits pour le coke, le fer brut liquide et le minerai fritté et, donc, une augmentation de la demande reconnue dans ces secteurs.

69. La Commission admet que les émissions correspondantes n'ont été que partiellement intégrées au plafond imposé à l'industrie, c'est-à-dire uniquement en proportion des gaz résiduaires qui avaient été brûlés dans les installations industrielles. En revanche, les gaz résiduaires brûlés par un producteur d'électricité au sens de l'article 10, paragraphe 3, de la directive 2003/87 n'étaient pas pris en compte dans le calcul du plafond imposé à l'industrie. Étant donné que le plafond est proportionnellement inférieur, la prise en compte de gaz résiduaires dans les référentiels augmente le facteur de correction en conséquence.

70. Il convient dès lors d'examiner si cette prise en compte asymétrique de l'utilisation des gaz résiduaires est conforme à la directive 2003/87.

71. À cet égard, l'on doit constater que l'asymétrie figure dans le libellé de l'article 10 bis, paragraphes 1, 3 et 5 de la directive 2003/87. Conformément aux paragraphes 3 et 5, les producteurs d'électricité, et donc aussi la production d'électricité à partir de gaz résiduaires, n'ont pas à être pris en compte dans le calcul du plafond imposé à l'industrie. Par ailleurs, il ressort du paragraphe 1, troisième alinéa, que la Commission devrait tenir compte de la production d'électricité à partir de gaz résiduaires dans la détermination des référentiels dont découle la demande reconnue des installations industrielles.

72. En revanche, les entreprises requérantes dans les procédures au principal ne peuvent pas non plus sous-entendre que la référence de l'article 10 bis, paragraphe 5, de la directive 2003/87 aux «installations qui ne sont pas couvertes par le paragraphe 3» ne devrait pas être interprétée en ce sens que les émissions des producteurs d'électricité sont exclues de la prise en compte. Ils sont certes d'avis que cela recouvre les installations qui sont prises en compte pour l'allocation gratuite de quotas, mais cette supposition ne trouve aucun fondement dans le texte.

73. En particulier, contrairement à l'argument de Buzzi Unicem SpA, l'application de l'article 10 bis, paragraphe 3, de la directive 2003/87 n'est pas soumise à la condition que la production d'électricité ne bénéficie d'aucune allocation gratuite. L'exclusion d'une allocation gratuite est au contraire la conséquence juridique de cette disposition, à laquelle d'autres dispositions autorisent des exceptions.

74. Comme cela a été expliqué précédemment [16], l'on doit bien reconnaître que cette asymétrie n'est pas vraiment adaptée à l'objectif du facteur de correction qui vise à garantir l'équilibre historique entre les installations industrielles et la production d'électricité. Elle renforce même l'incitation à la délocalisation des activités génératrices d'émissions. Elle est néanmoins également compatible avec les objectifs environnementaux de la directive 2003/87.

75. Dans cette situation caractérisée par des objectifs contradictoires et des considérations systématiques, l'on pourrait espérer que le législateur dévoile ses intentions de manière explicite. Il l'a fait, par exemple, pour une autre règle de la directive 2003/87, l'article 9, paragraphe 1, troisième phrase, qui a été introduit dans la directive à l'occasion de l'adhésion de la Croatie. Aux termes de cette disposition, la quantité de quotas délivrée pour l'ensemble de l'Union n'augmentera à la suite de l'adhésion de la Croatie que de la quantité de quotas que la Croatie met aux enchères en vertu de l'article 10, paragraphe 1. Étant donné que les quotas alloués à titre gratuit par la Croatie ne sont donc pas pris en considération, cela aboutit nécessairement à une diminution des quotas disponibles dans l'ensemble de l'Union et à un besoin de correction au sens de l'article 10 bis, paragraphe 5.

76. Concernant les gaz résiduaires, l'on ne perçoit aucune règle claire en ce sens ni indication dans les considérants ou les travaux législatifs préparatoires. Certains éléments donnent plutôt à penser que le législateur a simplement négligé le problème lors de la rédaction de la directive modificative 2009/29. En effet, la mention des gaz résiduaires n'a été introduite dans le texte que relativement tardivement – dans le cadre du trilogue sur l'adoption de la directive 2009/29 en première lecture. Les gaz résiduaires sont cités pour la première fois dans un amendement du Parlement européen [17] qui a abouti, en quelques semaines, à l'adoption de la directive 2009/29 dans le cadre du compromis interinstitutionnel [18]. Différents membres du Parlement ont déploré à cet égard l'urgence dans laquelle la directive a été adoptée [19].

77. Par ailleurs, le législateur n'a pas non plus fait savoir de manière explicite qu'il privilégiait en toute hypothèse une vraie garantie de l'équilibre entre les installations industrielles et les producteurs d'électricité ainsi que l'allègement en faveur des installations industrielles.

78. Dès lors, les conflits d'objectifs liés à la prise en compte asymétrique de la production d'électricité à partir de gaz résiduaires ne justifient pas d'interpréter la directive 2003/87 de manière si extensive que cette asymétrie serait évitée.

79. La question de savoir si la Commission aurait quand même été fondée à éliminer l'asymétrie dans la prise en compte des gaz résiduaires au moyen de la réglementation d'exécution peut également rester en suspens. Si l'article 10 bis, paragraphe 1, de la directive 2003/87 l'habilite à arrêter des mesures d'exécution qui visent à modifier des éléments non essentiels de la présente directive en la complétant, elle n'était pas obligée pour autant de faire usage de cette prérogative pour éliminer l'asymétrie compte tenu des objectifs contradictoires.

80. Il convient donc de constater que l'examen des questions relatives à la production d'électricité issue de gaz résiduaires n'a révélé aucun élément de nature à remettre en cause la légalité de la fixation du facteur de correction par la décision 2013/448.

16 — Voir ci-dessus, points 56 et suiv.

17 — 48e amendement (document du Conseil 14764/08 du 24 octobre 2008, p. 80).

18 — Accepté par le Parlement le 17 décembre 2008 (voir document du Conseil 17146/08, du 14 janvier 2010), confirmé par le Conseil le 4 avril 2009.

19 — Document du Conseil 17146/08 du 14 janvier 2010, p. 5.

2. Les installations de cogénération

81. La cogénération garantit l'utilisation la plus complète de l'énergie issue de combustibles. Si l'on utilise exclusivement l'énergie produite, comme c'est le cas de la production d'électricité, la chaleur créée est gâchée. C'est pourquoi, dans les installations de cogénération, la chaleur dégagée est récupérée et mise à disposition pour d'autres activités. Cette chaleur est également utilisée en partie pour produire du froid.

82. Les questions relatives à la prise en compte des installations de cogénération concernent uniquement les installations de cogénération qui relèvent de la définition d'un producteur d'électricité visée à l'article 3, sous u), de la directive 2003/87. Les producteurs d'électricité sont des installations qui produisent de l'électricité destinée à la vente à des tiers et dans lesquelles n'a lieu aucune activité énumérée à l'annexe I, autre que la «combustion de combustibles».

83. Après avoir été divisées au cours de la procédure écrite sur les modalités de prise en compte de ces installations de cogénération productrices d'électricité dans le calcul du facteur de correction, les parties sont tombées d'accord à l'issue d'une consultation lors de l'audience.

84. À cet égard, le cas dans lequel une installation de cogénération transmet de la chaleur ou du froid à des clients industriels est intéressant. Comme cela ressort en particulier du considérant 21 de la décision 2011/278, il en est tenu compte dans le référentiel du consommateur industriel. Ainsi sa demande reconnue est augmentée alors que les émissions correspondantes ne sont pas incluses dans le plafond imposé à l'industrie car elles sont dégagées au sein des installations de cogénération, c'est-à-dire des producteurs d'électricité. Par conséquent, la chaleur provenant des installations de cogénération utilisée industriellement augmente le facteur de correction et entraîne une asymétrie supplémentaire.

85. L'on peut transposer ici, pour l'essentiel, le raisonnement qui a été développé à propos de la production d'électricité issue de gaz résiduaires.

86. Cette asymétrie figure à l'article 10 bis, paragraphes 1, 3 et 5, de la directive 2003/87. D'un côté, les producteurs d'électricité, et donc également les installations de cogénération productrices d'électricité, ne sont toujours pas pris en compte dans la détermination du plafond imposé à l'industrie. D'un autre côté, le paragraphe 1, troisième alinéa, première phrase, prévoit que les référentiels encouragent l'utilisation de techniques efficaces pour réduire les émissions de gaz à effet de serre et améliorer le rendement énergétique, en recourant, entre autres, à la cogénération à haut rendement.

87. L'intégration de l'utilisation de la chaleur dans les référentiels de produits industriels prévue par la Commission dans la décision 2011/278 répond à cet objectif et facilite la gestion de l'utilisation de la chaleur dans l'industrie dans le cadre de l'allocation à titre gratuit. La facilitation résulte du fait que les installations produisant elles-mêmes de la chaleur, et les installations qui l'achètent à des installations de cogénération, sont traitées de la même manière. Il n'est donc pas nécessaire, pour allouer des quotas à ces installations, d'examiner individuellement les sources d'approvisionnement de chaleur et la quantité de chaleur provenant de chaque source. L'effet d'encouragement en découle car, en utilisant de la chaleur provenant d'installations de cogénération, les installations industrielles économisent des quotas qu'elles peuvent vendre.

88. Une différence semble à première vue résulter de l'article 10 bis, paragraphe 4, première phrase, de la directive 2003/87. Aux termes de cette disposition, des quotas gratuits sont alloués à la cogénération à haut rendement en vue de répondre à une demande économiquement justifiable par rapport à la *production* de chaleur ou de froid. La possibilité d'une telle allocation directe n'exclut cependant pas une prise en compte dans les référentiels, mais permet avant tout d'allouer des quotas aux installations de cogénération pour la production de chaleur ou de froid qu'ils livrent à des clients qui ne sont pas soumis au système de la directive. Il peut s'agir, par exemple, de foyers privés.

89. C'est pourquoi la détermination des référentiels concernant l'utilisation industrielle de la chaleur provenant d'installations de cogénération relève des compétences d'exécution de la Commission visées à l'article 10 bis, paragraphe 1, de la directive 2003/87.

90. Par ailleurs, ce point appelle les mêmes remarques que celles formulées au sujet de la prise en compte des gaz résiduaires. S'il existe des conflits d'objectifs et aucune déclaration claire du législateur, cela n'impose pas pour autant une interprétation de la directive 2003/87 qui exclurait l'asymétrie, ni une obligation pour la Commission d'éliminer celle-ci dans l'exercice de ses compétences d'exécution.

91. Par conséquent, l'examen des questions relatives à la prise en compte de la cogénération n'a pas non plus révélé d'éléments de nature à remettre en cause la légalité de la fixation du facteur de correction par le législateur dans la décision 2013/448.

C – *Les données relatives aux secteurs intégrés pour la première fois à partir de l'année 2008 ou 2013 utilisées pour le plafond imposé à l'industrie*

92. Les trois juridictions de renvoi émettent des doutes concernant les données relatives aux secteurs ayant dû être intégrés pour la première fois à partir de l'année 2013 et qui sont utilisées pour le plafond imposé à l'industrie. Toutefois, par sa quatrième question, le Raad van State (Conseil d'État) demande si les dispositions d'exécution nécessaires à la communication des données existaient déjà (voir à cet égard sous 1), alors que les questions des deux autres juridictions concernent la qualité et le volume des données transmises et utilisées [voir à cet égard sous 2, a)]. Ces deux juridictions émettent aussi des doutes sur la prise en compte appropriée des installations et des activités qui ont été incluses pour la première fois en 2008 [voir à cet égard sous 2, b)].

1. Les dispositions d'exécution

93. Par sa quatrième question, le Raad van State (Conseil d'État) souhaite savoir si la détermination du facteur de correction est illégale au motif qu'elle se fonde notamment sur des données communiquées en exécution de l'article 9 bis, paragraphe 2, de la directive 2003/87, sans qu'aient été arrêtées les dispositions visées à ce paragraphe, adoptées en vertu de l'article 14, paragraphe 1.

94. C'est seulement au second abord que l'on s'aperçoit que l'article 9 bis, paragraphe 2, de la directive 2003/87 a un rapport avec le facteur de correction litigieux. Il précise en effet comment sont calculées, aux termes de l'article 10 bis, paragraphe 5, sous b), les émissions annuelles totales moyennes vérifiées au cours de la période 2005-2007, à ajouter au plafond imposé à l'industrie, provenant d'installations qui ne sont incluses dans le système qu'à partir de l'année 2013 et qui ne sont pas des producteurs d'électricité.

95. Concernant ces installations, l'article 9 bis, paragraphe 2, premier alinéa, de la directive 2003/87 précise que les exploitants doivent présenter aux autorités compétentes des données d'émissions dûment étayées et vérifiées de manière indépendante afin que ces données puissent être prises en considération en vue de l'adaptation du plafond imposé à l'industrie.

96. À cet égard, l'article 9 bis, paragraphe 2, deuxième alinéa, de la directive 2003/87 prévoit que ces données sont communiquées conformément aux dispositions adoptées en vertu de l'article 14, paragraphe 1.

97. Le Raad van State (Conseil d'État) part du principe que ces dispositions sont celles du règlement (UE) nº 601/2012[20], lequel n'était toutefois pas encore adopté au moment de la communication de ces données à la Commission. Conformément à l'article 9 bis, paragraphe 2, deuxième alinéa, de la directive 2003/87, les données devaient en effet être communiquées le 30 avril 2010 au plus tard.

98. Comme le gouvernement allemand le souligne à juste titre, la communication des données en 2010 pouvait quand même être fondée sur des règles harmonisées qui figuraient dans la décision 2007/589/CE[21]. Celles-ci étaient prévues dans la version de l'article 14, paragraphe 1, de la directive 2003/87 applicable avant la directive modificative 2009/29.

99. L'on doit également partir du principe que l'article 9 bis, paragraphe 2, deuxième alinéa, de la directive 2003/87 fait référence aux dispositions de la décision 2007/589. En effet, il exigeait la communication des données à une date à laquelle les nouvelles dispositions d'exécution du règlement nº 601/2012 ne devaient pas encore être adoptées. Dans sa nouvelle version, l'article 14, paragraphe 1, de la directive 2003/87 fixait effectivement un délai au 31 décembre 2011 pour cela.

100. Par ailleurs, les dispositions pertinentes ne comportent aucun élément indiquant que les données nécessaires au calcul du facteur de correction devaient être déterminées et communiquées à nouveau sur la base du règlement nº 601/2012.

101. Par conséquent, cette question du Raad van State (Conseil d'État) n'a révélé aucun élément de nature à remettre en cause la légalité de la fixation du facteur de correction visée à l'article 4 et à l'annexe II de la décision 2013/448.

2. La qualité des données

102. Les demandes de décision préjudicielle des juridictions de renvoi italienne et autrichienne émettent aussi des doutes, dans ce contexte, sur la qualité et le volume des données communiquées par les États membres. Ces questions tiennent au fait que le système de la directive 2003/87 a été encore étendu tant entre la première phase (2005 à 2007) et la deuxième phase (2008 à 2012) [voir à cet égard sous b)], qu'avec la troisième phase (2013 à 2020) [voir à cet égard sous a)].

a) L'extension à partir de l'année 2013

i) L'absence de prise en compte de nouvelles activités dans les données de quelques États membres

103. Dans sa neuvième question, le Landesverwaltungsgericht Niederösterreich (chambre administrative indépendante) part du principe que les données d'émissions qui n'étaient que *partiellement* soumises au système de la directive 2003/87 avant l'année 2013 n'ont pas été totalement prises en compte dans la détermination du plafond imposé à l'industrie et, plus précisément, uniquement dans les proportions dans lesquelles elles étaient déjà soumises au système auparavant.

104. Cette hypothèse sous-tend en définitive aussi la cinquième question posée par le Tribunale Amministrativo regional per il Lazio (tribunal administratif régional du Latium), qui porte à première vue sur les différentes interprétations de l'article 9 bis, paragraphe 2, de la directive 2003/87 par les États membres. En effet, ces différences concernent précisément la question de savoir si les États

20 — Règlement de la Commission du 21 juin 2012 relatif à la surveillance et à la déclaration des émissions de gaz à effet de serre au titre de la directive 2003/87 (JO L 181, p. 30).

21 — Décision de la Commission du 18 juillet 2007 définissant des lignes directrices pour la surveillance et la déclaration des émissions de gaz à effet de serre, conformément à la directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil (JO L 229, p. 1).

membres ne doivent communiquer que des données relatives aux installations soumises au système pour la première fois à partir de l'année 2013, ou également des données relatives à des activités nouvellement soumises au système, exercées dans des installations qui faisaient déjà partie du système en raison d'autres activités.

105. L'article 10 bis, paragraphe 5, sous b), et l'article 9 bis, paragraphe 2, troisième alinéa, première phrase, de la directive 2003/87 apportent une réponse claire à ces questions, car ils n'évoquent pas les émissions provenant d'*activités* nouvellement intégrées, exercées dans des installations qui sont déjà dans le système. Les deux dispositions citent uniquement les émissions vérifiées provenant d'*installations* qui ne sont incluses dans le système qu'à partir de l'année 2013.

106. Or, si les émissions provenant d'activités qui ne sont soumises au système que depuis l'année 2013, et qui sont exercées dans des installations déjà incluses, ne sont pas prises en compte dans la détermination du plafond imposé à l'industrie, cela aboutit nécessairement à augmenter le facteur de correction. En effet, ces activités sont quand même ajoutées à la demande reconnue.

107. Comme pour la prise en compte de la production d'électricité issue de gaz résiduaires [22] et de la chaleur issue d'installations de cogénération [23], le libellé de la réglementation pertinente aboutit donc à une prise en compte asymétrique des émissions. Là aussi, les conflits d'objectifs existent et les déclarations claires du législateur font défaut.

108. Ainsi, même dans ce cas, une autre interprétation de l'article 10 bis, paragraphe 5, sous b), de la directive 2003/87 ne s'imposait pas et la Commission n'était pas obligée de pallier l'asymétrie résultant des dispositions d'exécution.

109. Force est donc de constater que l'examen des questions relatives aux installations et activités nouvellement soumises, depuis l'année 2013, au système de la directive 2003/87 n'a pas révélé que l'*absence* de prise en compte de nouvelles activités exercées dans des installations déjà incluses dans les données de certains États membres lors du calcul du plafond imposé à l'industrie remettait en cause la légalité de la fixation du facteur de correction à l'article 4 et à l'annexe II de la décision 2013/448.

ii) La prise en compte de nouvelles activités dans les données d'autres États membres

110. Cependant, cet examen a montré que la prise en compte de nouvelles activités exercées dans des installations déjà incluses dans les données *d'autres* États membres lors du calcul du plafond imposé à l'industrie remettait bien en cause la légalité de la fixation du facteur de correction à l'article 4 et à l'annexe II de la décision 2013/448. En effet, l'article 10 bis, paragraphe 5, sous b), de la directive 2003/87 ne prévoit précisément que la prise en compte des nouvelles installations.

111. Contrairement à ce que soutient le gouvernement allemand, l'interprétation de l'article 10 bis, paragraphe 5, sous b), de la directive 2003/87 ne laisse aucune marge de manœuvre qui permettrait à certains États membres de ne tenir compte que des installations nouvellement soumises au système tout en intégrant également d'autres activités nouvelles exercées dans des installations déjà incluses. Les services des États membres disposent certainement d'une marge de manœuvre dans l'évaluation des données transmises par les exploitants, mais la base juridique pour prendre en compte de nouvelles activités exercées dans des installations déjà incluses fait simplement défaut.

22 — Voir ci-dessus, points 71 et suiv.

23 — Voir ci-dessus, points 86 et suiv.

112. Certes, la Commission – tout comme le gouvernement allemand – explique à juste titre que la directive 2003/87 ne lui permet pas de modifier les données transmises par les États membres. Cela ne signifie pas pour autant que le facteur de correction peut être déterminé sur la base de données qui, d'après les dispositions applicables, ne doivent pas être prises en compte. La Commission doit au contraire examiner au moins les doutes relatifs à la qualité des données et veiller, le cas échéant, à ce que les États membres procèdent aux corrections nécessaires aussi rapidement que possible. Conformément à l'article 17, paragraphe 1, TUE, elle a pour mission de surveiller l'application du droit de l'Union.

113. Rien d'autre ne découle d'ailleurs de l'arrêt Commission/Estonie. Cet arrêt concernait effectivement la version antérieure de la directive 2003/87, qui laissait aux États membres une marge de manœuvre nettement plus importante que le droit aujourd'hui applicable. Par ailleurs, la Cour n'a pas non plus exclu un contrôle de légalité dans cette affaire [24].

114. Même la nécessité de fixer le facteur de correction à une certaine date ne change rien à cela. Si l'on ne parvient pas à savoir à temps quelles données doivent être utilisées, la Commission doit fixer, le cas échéant, un facteur de correction provisoire sous réserve d'une adaptation ultérieure.

115. Il convient donc de constater que l'article 10 bis, paragraphe 5, sous b), de la directive 2003/87 n'autorise que la prise en compte des émissions provenant d'installations nouvellement soumises au système de la directive à partir de l'année 2013, et non la prise en compte d'activités nouvellement rattachées au système qui sont exercées dans des installations déjà incluses.

116. Au cours de la présente procédure, il a cependant été indiqué que le Royaume de Belgique, la République fédérale d'Allemagne, le Royaume d'Espagne, la République française et la République italienne tout au moins avaient aussi transmis des données d'émissions provenant d'activités nouvellement soumises au système, qui étaient exercées dans des installations déjà rattachées au système en raison d'autres activités. En outre, la Commission a utilisé ces données dans le calcul du plafond imposé à l'industrie.

117. La Commission a donc retenu un plafond imposé à l'industrie trop *élevé* en tenant compte, dans son calcul, des émissions provenant d'activités nouvellement soumises au système à partir de l'année 2013, qui étaient exercées dans des installations déjà incluses. Dans cette mesure, la fixation du facteur de correction est illégale et l'article 4 ainsi que l'annexe II de la décision 2013/448 sont invalides.

118. Par ailleurs, il convient de noter que le même raisonnement devrait s'appliquer non seulement au calcul du facteur de correction, mais aussi à la détermination de la quantité totale disponible de quotas visée à l'article 9 bis, paragraphe 2. Dans ce cas, l'asymétrie entraînerait une diminution non pas de l'allocation à titre gratuit, mais de la quantité de quotas disponible, c'est-à-dire une réduction des émissions nuisibles à l'environnement. Cela serait même *encore plus conforme* aux objectifs environnementaux primordiaux de la directive 2003/87 et de l'article 191 TFUE que la limitation de l'allocation à titre gratuit. Toutefois, la question de la quantité totale disponible n'étant pas soulevée dans les présentes procédures, il n'est pas nécessaire que la Cour prenne position sur ce point.

b) L'extension à partir de l'année 2008

119. Par sa quatrième question, le Tribunale Amministrativo regionale per il Lazio (tribunal administratif régional du Latium) veut en outre savoir si le calcul du plafond imposé à l'industrie est erroné car l'extension du système qui est intervenue entre la première phase (2005 à 2007) et la deuxième (2008 à 2012) de mise en œuvre de la directive 2003/87 n'a pas été prise en compte dans le

24 — Arrêt Commission/Estonie, C-505/09 P, EU:C:2012:179, point 54.

calcul du plafond imposé à l'industrie. C'est aussi en cela que réside l'erreur présumée, que le Landesverwaltungsgericht Niederösterreich (chambre administrative indépendante) souhaite faire examiner par sa huitième question. Il considère que les données d'émissions provenant d'installations qui n'étaient que *partiellement* soumises au système de la directive 2003/87 avant l'année 2008 n'ont pas été pleinement prises en compte et, plus précisément, ne l'ont été que dans les proportions dans lesquelles elles étaient déjà soumises au système auparavant.

120. Les modifications apportées dans la deuxième phase d'allocation ont résulté de clarifications apportées par la Commission concernant le concept d'installation de combustion, en raison de laquelle certains États membres devaient inclure d'autres installations [25]. En outre, la République d'Islande, la Principauté de Liechtenstein et le Royaume de Norvège ont adhéré au système.

121. Pour calculer les émissions antérieures aux fins de la détermination du plafond imposé à l'industrie, la Commission s'est basée sur le registre des émissions de l'Union [26]. Toutefois, ce registre ne contenait pas de données d'émissions pour les installations qui avaient été rattachées pour la première fois au système au cours de la deuxième période d'allocation.

122. Comme la Commission le souligne à juste titre, cette situation est conforme à l'article 10 bis, paragraphe 5, sous a), de la directive 2003/87. Aux termes de cette disposition, seules les émissions moyennes vérifiées au cours de la période 2005-2007 peuvent être utilisées dans le calcul du plafond imposé à l'industrie. Concernant les activités déjà incluses à partir de l'année 2008, il manque une réglementation similaire à celle de l'article 9 bis, paragraphe 2, qui obligerait les États membres à communiquer des données d'émissions vérifiées pour ces activités également. Les émissions qui n'ont été incluses qu'à partir de l'année 2008 n'étaient donc pas vérifiées et ne pouvaient dès lors pas être prises en compte.

123. Dans cette mesure également, le libellé de la réglementation pertinente aboutit donc à une prise en compte asymétrique des émissions. Partant, cette situation appelle les mêmes considérations que celles qui ont été exposées concernant les asymétries précédemment examinées.

124. Par conséquent, l'examen de ces questions n'a révélé aucun élément de nature à remettre en cause la validité de la fixation du facteur de correction dans la décision 2013/448.

D – *La motivation de la fixation du facteur de correction*

125. Le Raad van State (Conseil d'État) (cinquième et sixième questions) et le Tribunale Amministrativo regionale per il Lazio (tribunal administratif régional du Latium) (troisième question) font également part à la Cour de doutes relatifs à la motivation de la fixation du facteur de correction.

126. Ces questions tiennent au fait que la motivation de la décision 2013/448, reprise en substance au considérant 25, ne comporte pas toutes les indications nécessaires pour comprendre le calcul du facteur de correction. L'interrogation concerne en particulier le fait que certains chiffres ne résulteraient qu'indirectement de la motivation (voir à cet égard sous 4) et qu'un document explicatif de la DG «Action pour le climat» publié ultérieurement contiendrait certes des indications complémentaires, mais que, premièrement, il ne ferait pas partie de la motivation (voir à cet égard sous 3) et que, deuxièmement, il manquerait toujours beaucoup d'informations nécessaires (voir à cet égard sous 2). Pour répondre à ces questions, il convient tout d'abord de préciser les exigences relatives à la motivation (voir à cet égard sous 1).

25 — Communication de la Commission du 22 décembre 2005, «Orientations complémentaires relatives aux plans d'allocation de la période 2008-2012 du système d'échange de quotas d'émission» [COM(2005) 703 final, point 36 et annexe 8].

26 — Document de la DG «Action pour le climat» (cité à la note 15, p. 2).

1. La motivation nécessaire de la fixation du facteur de correction dans la décision 2013/448

127. Comme on le sait, la motivation exigée par l'article 296, paragraphe 2, TFUE doit être adaptée à la nature de l'acte en cause et doit faire apparaître de façon claire et non équivoque le raisonnement de l'institution, auteur de l'acte, de manière à permettre aux intéressés de connaître les justifications de la mesure prise et à la juridiction compétente d'exercer son contrôle [27].

128. La Cour a précisé cette règle en ce sens que la motivation des *décisions individuelles* a ainsi pour but, outre de permettre un contrôle judiciaire, de fournir à l'intéressé une indication suffisante pour savoir si la décision est éventuellement entachée d'un vice permettant d'en contester la validité [28].

129. S'agissant en revanche *d'actes à portée générale*, la motivation peut se borner à indiquer, d'une part, la situation d'ensemble qui a conduit à son adoption et, d'autre part, les objectifs généraux qu'il se propose d'atteindre. Elle doit simplement faire ressortir l'essentiel de l'objectif poursuivi avec l'acte en cause [29]. Dans ce cas, il ne serait pas nécessaire d'exiger une motivation spécifique pour les différents choix techniques opérés par l'institution [30].

130. La fixation du facteur de correction litigieuse n'est incontestablement pas une décision individuelle mais constitue à la fois un acte à portée générale et un choix technique de la Commission. L'on pourrait dès lors supposer que les exigences de motivation sont limitées.

131. Toutefois, cette supposition serait erronée.

132. Les exigences de motivation limitées pour les actes à portée générale s'expliquent par la marge de manœuvre législative avec laquelle ils sont habituellement adoptés. Cette marge de manœuvre n'est susceptible de contrôle juridictionnel que dans des limites strictes, de sorte qu'il suffit que la motivation contienne les éléments nécessaires pour permettre un examen aussi limité.

133. Lors de la fixation du facteur de correction dans la décision 2013/448, la Commission n'a toutefois exercé aucune compétence qui ouvrirait une telle marge de manœuvre. La méthode de calcul et les données à utiliser résultent de la directive 2003/87 et de la décision 2011/278. Par conséquent, un contrôle juridictionnel porte, en substance, sur le point de savoir si cette méthode a été correctement appliquée et si les données exactes ont été utilisées. Dès lors, la motivation doit contenir les indications nécessaires pour permettre ce contrôle.

2. Les données utilisées par la Commission

134. Il en résulte déjà un élément central de la réponse à la sixième question du Raad van State (Conseil d'État), tendant à déterminer si la motivation doit contenir *toutes* les données qui sont nécessaires pour contrôler le calcul du facteur de correction de manière détaillée.

27 — Voir, notamment, arrêts Régie Networks, C-333/07, EU:C:2008:764, point 63; AJD Tuna, C-221/09, EU:C:2011:153, point 58, ainsi que Banco Privado Português et Massa Insolvente do Banco Privado Português, C-667/13, EU:C:2015:151, point 44.

28 — Arrêts SISMA/Commission, 32/86, EU:C:1987:187, point 8; Corus UK/Commission, C-199/99 P, EU:C:2003:531, point 145; Ziegler/Commission, C-439/11 P, EU:C:2013:513, point 115, ainsi que Dole Food et Dole Fresh Fruit Europe/Commission, C-286/13 P, EU:C:2015:184, point 93.

29 — Arrêts AJD Tuna, C-221/09, EU:C:2011:153, point 59, ainsi qu'Inuit Tapiriit Kanatami e.a./Commission, C-398/13 P, EU:C:2015:535, point 29.

30 — Arrêts Eridania zuccherifici nazionali e.a., 250/84, EU:C:1986:22, point 38; Italie/Conseil et Commission, C-100/99, EU:C:2001:383, point 64; British American Tobacco (Investments) et Imperial Tobacco, C-491/01, EU:C:2002:741, point 166; Arnold André, C-434/02, EU:C:2004:800, point 62; Alliance for Natural Health e.a., C-154/04 et C-155/04, EU:C:2005:449, point 134; AJD Tuna, C-221/09, EU:C:2011:153, point 59, ainsi qu'Estonie/Parlement et Conseil, C-508/13, EU:C:2015:403, point 60.

135. La motivation de la décision 2013/448 doit en effet porter précisément sur ces données car, dans le cas contraire, la Cour ne peut pas contrôler si la Commission a utilisé les données exactes pour le calcul du facteur de correction et si elle a correctement appliqué la méthode de calcul. Par conséquent, les personnes concernées ont également besoin de ces données pour pouvoir introduire les recours correspondants – devant les juridictions de l'Union ou les juridictions nationales.

136. La motivation de la fixation du facteur de correction figurant au considérant 25 de la décision 2013/448 ne répond manifestement pas à ces exigences, car elle ne contient pas toutes les données que la Commission a utilisées pour le calcul du facteur de correction. Le Raad van State (Conseil d'État) souligne à cet égard trois points en particulier.

137. *Premièrement*, pour pouvoir vérifier le calcul de la part que les installations qui ne sont pas des producteurs d'électricité représentent dans les émissions relatives à la période 2005-2007, l'on devrait savoir quelles sont les installations que la Commission considère comme des producteurs d'électricité.

138. *Deuxièmement*, l'on ne peut comprendre le calcul de la quantité totale des émissions provenant d'installations auxquelles les règles relatives à l'échange de quotas d'émission ne s'appliquent que depuis l'année 2013 que si l'on a un aperçu des données transmises par les États membres en la matière à la Commission en application de l'article 9 bis, paragraphe 2, de la directive 2003/87.

139. *Troisièmement*, l'on ne peut vérifier l'allocation corrigée que si l'on a accès aux listes transmises par les États membres avec les quantités annuelles totales provisoires de quotas d'émission à allouer à titre gratuit.

140. Toutefois, il ne me semble pas nécessaire d'intégrer la totalité de ces données dans la motivation, qui serait alors très longue. Ainsi la Cour a reconnu que le degré de précision de la motivation d'une décision doit être proportionné aux possibilités matérielles et aux conditions techniques ou de délai dans lesquelles elle doit intervenir [31]. Dès lors, il aurait suffi de laisser la possibilité d'accéder aux données brutes nécessaires et d'inclure, dans la motivation, une indication dans ce sens.

141. Or, cette mention fait défaut. Ce n'est pas tout: la Commission a même refusé l'accès aux données après avoir reçu des demandes dans ce sens. Ce faisant, elle a soustrait le calcul du facteur de correction à la protection juridique.

142. Cependant, la Commission et le gouvernement allemand font valoir que ces données contiendraient des secrets d'affaires.

143. Force est d'admettre que la protection des informations confidentielles ainsi que des secrets d'affaires doit être adaptée de manière à concilier celle-ci avec les exigences d'une protection juridique effective et le respect des droits de la défense des parties au litige [32].

144. Cela signifie généralement que l'organisme de contrôle, qui est souvent un tribunal, doit disposer de l'ensemble des informations requises pour être à même de se prononcer en toute connaissance de cause. Cela inclut les informations confidentielles et les secrets d'affaires. En revanche, il doit être possible de cacher ces informations à une partie dès lors que la partie adverse convainc l'autorité de contrôle qu'il existe un intérêt supérieur justifiant leur traitement confidentiel [33].

31 — Arrêt Delacre e.a./Commission, C-350/88, EU:C:1990:71, point 16.

32 — Arrêts Mobistar, C-438/04, EU:C:2006:463, point 40, et Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, point 52.

33 — Voir arrêts Varec, C-450/06, EU:C:2008:91, points 53 et 54, ainsi que, concernant des informations en matière de sécurité, Commission e.a./Kadi, C-584/10 P, C-593/10 P et C-595/10 P, EU:C:2013:518, points 117 à 129.

145. Toutefois, l'existence d'un intérêt supérieur justifiant le traitement confidentiel de l'ensemble des données nécessaires est douteuse en l'espèce. En effet, l'article 17 de la directive 2003/87 prévoit que les décisions relatives à l'allocation de quotas ainsi que les déclarations d'émission requises dans l'autorisation d'émettre des gaz à effet de serre, qui sont détenues par l'autorité compétente, doivent être mises à la disposition du public conformément à la directive 2003/4/CE [34]. Des dispositions similaires découlent de l'article 15 bis de la directive 2003/87.

146. Comme cela est indiqué à l'article 15 bis, paragraphe 2, de la directive 2003/87, cela n'exclut certes pas la protection de secrets d'affaires qui existent néanmoins, mais la motivation d'un tel secret doit répondre à des exigences très élevées, car l'obligation de respecter ce secret ne peut être interprétée extensivement au point de vider l'exigence de motivation de son contenu essentiel, au détriment des droits de la défense [35].

147. Il convient en particulier de noter que, conformément à l'article 4, paragraphe 2, quatrième phrase, de la directive concernant l'information en matière d'environnement et à l'article 6, paragraphe 1, première phrase, du règlement (CE) nº 1367/2006 [36], l'accès à l'information concernant les émissions dans l'environnement ne peut être refusé sous prétexte de la confidentialité des informations commerciales ou industrielles.

148. Contrairement à ce que soutient la Commission, l'arrêt Ville de Lyon (C-524/09, EU:C:2010:822) ne change rien à cela. Cet arrêt concernait certes également l'accès à certaines informations relatives à l'application de la directive 2003/87, mais ces informations étaient soumises à une réglementation spécifique qui excluait l'accès par dérogation à la directive concernant l'information en matière d'environnement [37]. En revanche, s'agissant des informations en cause dans la présente espèce, il n'existe aucune réglementation spécifique qui exclurait de transposer l'appréciation de la directive concernant l'information en matière d'environnement et du règlement (CE) nº 1367/2006 à l'obligation de motivation.

149. Il semble pour le moins évident que beaucoup, voire peut-être toutes les informations pertinentes en l'espèce, concernent les émissions dans l'environnement. Il conviendrait donc d'examiner avec soin quelles sont celles des données utilisées qui ne concernent pas les émissions dans l'environnement et qui, parallèlement, doivent être traitées de manière confidentielle en tant que secrets d'affaires. Outre les considérations déjà évoquées, la Commission devra également examiner, à cette occasion, si l'intérêt tenant à la protection de secrets d'affaires devant être reconnus dès l'origine a disparu entre-temps [38]. Toutes les autres données qui sont nécessaires au contrôle de la détermination du facteur de correction devraient être accessibles au public et donc également aux entreprises concernées.

150. Dans les présentes procédures, il est impossible de se prononcer de manière définitive sur le point de savoir quelles données relatives au calcul du facteur de correction doivent être traitées de manière confidentielle pour des motifs impératifs. Ainsi le gouvernement allemand a précisé, lors de l'audience, que les données relatives aux émissions annuelles totales provenant d'installations étaient publiques alors que les données relatives aux parties d'installations seraient considérées comme des secrets

34 — Directive du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement et abrogeant la directive 90/313/CEE du Conseil (JO L 41, p. 26, ci-après la «directive concernant l'information en matière d'environnement»).

35 — Arrêt Pays-Bas et Leeuwarder Papierwarenfabriek/Commission, 296/82 et 318/82, EU:C:1985:113, point 27.

36 — Règlement du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006 concernant l'application aux institutions et organes de la Communauté européenne des dispositions de la convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (JO L 264, p. 13).

37 — Arrêt Ville de Lyon, C-524/09, EU:C:2010:822, point 40.

38 — Voir article 4, paragraphe 7, du règlement (CE) nº 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil, du 30 mai 2001, relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission (JO L 145, p. 43) ainsi qu'arrêt Internationaler Hilfsfonds/Commission, C-362/08 P, EU:C:2010:40, points 56 et 57.

d'affaires car elles permettaient de tirer des conclusions quant à la production. La question de savoir dans quelle mesure ces dernières données sont utiles pour un examen du calcul du facteur de correction, et si elles devraient, dans ce cas, être effectivement traitées de manière confidentielle, ne fait pas l'objet de la présente procédure.

151. Il est néanmoins constant que la fixation du facteur de correction visée à l'article 4 et à l'annexe II de la décision 2013/448 n'est pas suffisamment motivée et est donc invalide. Il incombe à la Commission d'adopter une nouvelle décision avec une motivation suffisante et d'examiner, dans ce contexte, dans quelle mesure un traitement confidentiel des données de base est justifié. En cas de désaccords, une nouvelle procédure judiciaire devra nécessairement être introduite à ce sujet.

3. Le document explicatif de la DG «Action pour le climat»

152. Par ailleurs, il convient de préciser que le document explicatif de la DG «Action pour le climat» du 22 octobre 2013 [39] évoqué dans la troisième question posée par le Tribunale Amministrativo regionale per il Lazio (tribunal administratif régional du Latium) ne pouvait pas, indépendamment de son contenu, remédier au défaut de motivation précédemment exposé.

153. En effet, le Tribunale Amministrativo regionale per il Lazio (tribunal administratif régional du Latium) part à juste titre du principe, d'une part, que la motivation d'un acte de l'Union doit figurer dans celui-ci et, d'autre part, qu'elle doit être adoptée par l'auteur de l'acte lui-même [40].

154. Certes, la portée de l'obligation de motivation peut être restreinte lorsque les informations pertinentes sont connues des intéressés [41]. Toutefois, la connaissance de ces informations peut tout au plus limiter l'obligation de motivation si les intéressés ont pu prendre connaissance de ces informations au même moment que la décision. Or, le document en cause est daté du 22 octobre 2013, alors que la décision 2013/448 avait déjà adoptée le 5 septembre 2013 et qu'elle avait été publiée deux jours plus tard.

155. En revanche, des données fournies ultérieurement sont uniquement de nature à compléter une motivation en soi suffisante, mais ne peuvent remédier à des défauts de motivation. À cela s'ajoute, en l'espèce, que ces données ont été publiées non pas par la Commission en tant qu'auteur de la décision 2013/448, mais uniquement par l'un de ses services. Le fait que la Commission n'aborde absolument pas directement ce document dans les présentes procédures, et qu'elle l'ait même contredit entre-temps en ce qui concerne la prise en compte des installations de cogénération, montre que ce document n'a pas la même qualité que la motivation d'un acte.

4. La nécessité d'une rétropolation

156. Enfin, le Raad van State (Conseil d'État) demande si le fait que les quantités d'émissions et de quotas d'émission déterminantes pour le calcul du facteur de correction ne soient que partiellement indiquées dans la décision est compatible avec l'obligation de motivation. Cette question repose sur l'idée que l'on ne peut déterminer certaines valeurs de référence qu'en faisant un nouveau calcul sur la base des chiffres indiqués en application des règles de calcul.

39 — Cité à la note 15.

40 — Arrêts Commission/Parlement et Conseil, C-378/00, EU:C:2003:42, point 66, ainsi qu'Etimine, C-15/10, EU:C:2011:504, point 113.

41 — Voir, notamment, arrêt Krupp Stahl/Commission, 275/80 et 24/81, EU:C:1981:247, point 13.

157. Cela ne constitue toutefois pas un défaut de motivation car la portée de l'obligation de motivation doit être déterminée au regard du contexte de l'acte ainsi que de l'ensemble des règles juridiques régissant la matière concernée [42]. Dans la mesure où ce contexte permet d'obtenir, au prix d'efforts raisonnables, des informations complémentaires fiables sur la base de données tirées d'une motivation, l'obligation de motivation est respectée. Comme cela a déjà été expliqué, toutes les données nécessaires ne peuvent cependant pas être obtenues ainsi.

5. Conclusion relative à la motivation de la fixation du facteur de correction

158. La fixation du facteur de correction visée à l'article 4 et à l'annexe II de la décision 2013/448 n'est pas suffisamment motivée et donc invalide.

E – *Le droit fondamental de propriété (sixième question des affaires jointes Borealis Polyolefine et OMV Refining & Marketing ainsi que deuxième question de l'affaire Esso Italiana e.a.)*

159. Tant les demandes de décision préjudicielle de la juridiction de renvoi autrichienne que celles de la juridiction de renvoi italienne soulèvent la question de savoir si la réduction de la quantité provisoire de quotas d'émission à allouer à titre gratuit compte tenu du facteur de correction est compatible avec le droit fondamental de propriété.

160. À cet égard, le Tribunale Amministrativo regionale per il Lazio (tribunal administratif régional du Latium) fait référence à l'article 1er, paragraphe 1, du protocole additionnel (signé à Paris le 20 mars 1952) à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 (ci-après la «CEDH»), et à l'article 17 de la CEDH, lequel interdit l'abus de droit. Or, étant donné que la CEDH n'est pas directement contraignante pour l'Union [43], son application dépend des dispositions correspondantes de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la «Charte»), c'est-à-dire des articles 17 et 54, ainsi que des principes généraux correspondants du droit de l'Union.

161. Toutefois, l'on ne voit pas très bien dans quelle mesure un abus de droit au sens de l'article 54 de la Charte pourrait être caractérisé.

162. Dès lors, seuls le droit de propriété protégé par l'article 17 de la Charte et le principe général correspondant doivent être examinés. La protection conférée par l'article 17 porte non pas sur de simples intérêts ou chances d'ordre commercial, dont le caractère aléatoire est inhérent à l'essence même des activités économiques, mais sur des droits ayant une valeur patrimoniale dont découle, eu égard à l'ordre juridique, une position juridique acquise permettant un exercice autonome de ces droits par et au profit de leur titulaire [44].

163. Cependant, cela est exclu dans le cadre du calcul provisoire de l'allocation à titre gratuit visée à l'article 10 de la décision 2011/278. Ces quotas ne pouvaient pas faire naître une position juridique acquise puisque l'article 10 bis, paragraphe 5, de la directive 2003/87 prévoit la possibilité d'une réduction.

42 — Voir, notamment, arrêts Arnold André, C-434/02, EU:C:2004:800, point 62, ainsi que Gauweiler e.a., C-62/14, EU:C:2015:400, point 70.

43 — Arrêts Kamberaj, C-571/10, EU:C:2012:233, point 60; et Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105, point 44, ainsi qu'avis 2/13, EU:C:2014:2454, point 179.

44 — Arrêt Sky Österreich, C-283/11, EU:C:2013:28, point 34.

164. Même les renvois du Tribunale Amministrativo regionale per il Lazio (tribunal administratif régional du Latium) à la jurisprudence de la CEDH, selon laquelle la protection de la propriété visée à l'article 1er, paragraphe 1, du protocole additionnel à la CEDH peut également inclure des espérances légitimes d'acquérir un bien [45], n'y changent rien. S'il résulte de l'article 52, paragraphe 3, de la Charte que l'article 17 a le même sens et la même portée que le droit de propriété de la CEDH en l'état de son interprétation par la Cour européenne des droits de l'homme [46], le fait qu'un facteur de correction soit prévu pour diminuer le calcul provisoire exclut toutefois une confiance légitime [47].

165. Par conséquent, le facteur de correction ne porte pas atteinte au droit fondamental de propriété.

F – *La procédure d'adoption de la décision 2013/448*

166. Par la cinquième question préjudicielle dans les affaires Borealis Polyolefine, la deuxième question préjudicielle dans l'affaire Dow Benelux et la sixième question préjudicielle dans les affaires Esso italiana e.a., les juridictions de renvoi souhaitent respectivement savoir, en substance, si la fixation du facteur de correction est invalide car la Commission n'a pas adopté la décision 2013/448 en application de la procédure de réglementation avec contrôle visée à l'article 5 bis de la décision 1999/468/CE du Conseil, du 28 juin 1999, fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission (JO L 184, p. 23).

167. Ces questions se posent dans un contexte dans lequel la Commission est certes habilitée, en vertu de l'article 10 bis, paragraphe 1, de la directive 2003/87, à arrêter des mesures d'exécution, mais est obligée d'appliquer, pour cela, la procédure de réglementation avec contrôle. Cette procédure vise à contrôler la Commission dans l'exercice de compétences quasi législatives. Celui-ci s'effectue à la fois par la saisine d'un comité de réglementation composé de représentants des États membres et par la possibilité d'intervention ultérieure du Parlement et du Conseil de l'Union européenne.

168. La Commission a adopté la décision 2011/278 en application de cette procédure et fixé les modalités de calcul du facteur de correction à l'article 15, paragraphe 3, de cette décision – sur la base de l'article 10 bis, paragraphe 5, de la directive 2003/87. En revanche, la fixation quantitative du facteur de correction est intervenue par l'adoption de l'article 4 et de l'annexe II de la décision 2013/448 *sans* application d'une procédure distincte.

169. La base juridique directe de l'adoption de l'article 4 et de l'annexe II de la décision 2013/448 est l'article 15, paragraphe 3, de la décision 2011/278, selon lequel la Commission fixe le facteur de correction. Si l'article 15, paragraphe 3, de la décision 2011/278 n'est pas cité explicitement en tant que base juridique dans le préambule de la décision 2013/448, il est en revanche expressément cité à l'article 4 de cette décision comme base juridique [48].

170. Cependant, l'article 15, paragraphe 3, de la décision 2011/278 n'a prévu aucune modalité procédurale particulière pour la fixation du facteur de correction. C'est pourquoi la Commission était, en principe, habilitée à recourir à l'adoption simple de l'article 4 de la décision 2013/448.

171. Différentes parties à la procédure contestent toutefois le fait que la Commission se soit illicitement arrogée le droit de fixer le facteur de correction en vertu de l'article 15, paragraphe 3, de la décision 2011/278, ou qu'elle ait tout au moins contourné la procédure de réglementation avec contrôle.

45 — Cour EDH, Kopecký c. Slovaquie, nº 44912/98, § 35, CEDH 2004-IX, et Gáll c. Hongrie, nº 49570/11, § 33 et 34, 25 juin 2013.

46 — Voir, en ce sens, arrêts Abdida, C-562/13, EU:C:2014:2453, point 47, ainsi que Lanigan, C-237/15, EU:C:2015:474, points 56 et 57.

47 — Voir Cour EDH, Maurice c. France, nº 11810/03, § 65 et 66, CEDH 2005-IX.

48 — Ainsi les exigences en matière d'identification de la base juridique dans la motivation sont également satisfaites; voir arrêts Commission/Conseil, 45/86, EU:C:1987:163, point 9, et Commission/Conseil, C-370/07, EU:C:2009:590, point 56.

172. Il convient tout d'abord de déterminer si la Commission pouvait elle-même donner une base juridique au moyen de l'article 15, paragraphe 3, de la décision 2011/278 pour adopter l'article 4 de la décision 2013/448.

173. Conformément à l'article 10 bis, paragraphe 1, premier alinéa, de la directive 2003/87, la Commission arrête des mesures d'exécution relatives à l'allocation de quotas à titre gratuit. La décision 2011/278 en est une. Étant donné que l'habilitation pour fixer le facteur de correction visée à l'article 15, paragraphe 3, contribue également à l'exécution, la création d'une telle base juridique constitue, en principe, pour elle, un objet de réglementation approprié pour ces mesures d'exécution.

174. Des limites relatives au contenu des mesures d'exécution peuvent cependant résulter des articles 290 TFUE et 291 TFUE.

175. Conformément à l'article 290, paragraphe 1, TFUE, un acte législatif peut déléguer à la Commission le pouvoir d'adopter des actes non législatifs de portée générale qui complètent ou modifient certains éléments non essentiels de l'acte législatif. Il s'agit de la législation dite déléguée.

176. En revanche, l'article 291, paragraphe 2, TFUE dispose que, lorsque des conditions uniformes d'exécution des actes juridiquement contraignants de l'Union sont nécessaires, ces actes confèrent des compétences d'exécution à la Commission (ou, dans des cas spécifiques, au Conseil).

177. Le classement de la décision 2013/448 dans l'une de ces deux catégories est compliqué par le fait que la Commission ne la qualifie pas d'acte délégué ni de mesure d'exécution, bien que cette désignation soit requise par l'article 290, paragraphe 3, TFUE et par l'article 291, paragraphe 4, TFUE. Toutefois, je considère que cette irrégularité procédurale n'est pas suffisamment grave au cas particulier pour justifier une annulation de la décision, car il résulte suffisamment clairement de son contexte réglementaire et de son contenu qu'il s'agit d'une mesure d'exécution [49].

178. Le seul fait que la décision 2013/448 soit fondée sur la décision 2011/278 reflète l'intention de la Commission d'adopter une mesure d'exécution. En effet, conformément à l'article 290, paragraphe 1, TFUE, un acte délégué peut être fondé uniquement sur un acte législatif. Il s'agit, aux termes de l'article 289 TFUE, d'actes juridiques qui sont adoptés par le Parlement et le Conseil sur la base des traités, et non d'actes juridiques de la Commission. En revanche, les compétences d'exécution visées à l'article 291, paragraphe 2, TFUE sont conférées par de simples «actes juridiquement contraignants», et donc aussi par des actes juridiques de la Commission tels que la décision 2011/278.

179. Le contenu de l'article 4 et de l'annexe II de la décision 2013/448 confirme la qualification de mesure d'exécution.

180. Dans l'exercice des compétences d'exécution au sens de l'article 291 TFUE, l'organe concerné est appelé à préciser le contenu de l'acte de base, afin d'assurer sa mise en œuvre dans des conditions uniformes dans tous les États membres [50]. Une telle *précision* relève du cadre juridique autorisé si les dispositions de l'acte d'exécution qu'elle adopte, d'une part, respectent les objectifs généraux essentiels poursuivis par l'acte de base et, d'autre part, sont nécessaires ou utiles pour la mise en œuvre de celui-ci [51]. Toutefois, il est exclu de modifier ou de compléter l'acte de base, même dans ses éléments non essentiels [52]. En effet, la Commission ne peut y être habilitée qu'en vertu de l'article 290 TFUE.

49 — Voir, par analogie, la jurisprudence de la Cour relative à la désignation de la base juridique comme faisant partie de l'obligation de motivation dans les arrêts Commission/Conseil, 45/86, EU:C:1987:163, point 9, et Commission/Conseil, C-370/07, EU:C:2009:590, point 56.

50 — Voir arrêts Commission/Parlement et Conseil, C-427/12, EU:C:2014:170, point 39; Parlement/Commission, C-65/13, EU:C:2014:2289, point 43, ainsi que Commission/Parlement et Conseil, C-88/14, EU:C:2015:499, point 30.

51 — Voir arrêt Parlement/Commission, C-65/13, EU:C:2014:2289, point 46.

52 — Voir arrêts Parlement/Commission, C-65/13, EU:C:2014:2289, point 45, ainsi que Commission/Parlement et Conseil, C-88/14, EU:C:2015:499, point 31.

181. La fixation du facteur de correction par l'adoption de l'article 4 et de l'annexe II de la décision 2013/448 n'a pas modifié la décision 2011/278, pas plus que la directive 2003/87. Le texte de ces actes n'a fait l'objet d'aucune modification, leur contenu normatif étant au contraire resté inchangé [53]. Il n'a pas non plus été complété. En effet, la Commission n'a pas créé le facteur de correction par la décision 2013/448. Il figurait déjà dans la directive 2003/87 et a été précisé dans la décision 2011/278.

182. La fixation quantitative du facteur de correction est plutôt le résultat de l'application des modalités de calcul déjà prévues à cet effet et met ainsi en œuvre l'article 10 bis, paragraphe 5, de la directive 2003/87 ainsi que l'article 15, paragraphe 3, de la décision 2011/278. Étant donné que, dans ce contexte, la nécessité d'une détermination uniforme au sein de l'Union doit également être indéniablement reconnue, l'adoption de l'article 4 et de l'annexe II de la décision 2013/448 constitue une mesure d'exécution relevant de l'article 291, paragraphe 2, TFUE.

183. Concernant les mesures d'exécution de la Commission, l'article 291, paragraphe 3, TFUE prévoit que le Parlement et le Conseil établissent au préalable les règles et principes généraux relatifs aux modalités de contrôle par les États membres de l'exercice des compétences d'exécution par la Commission.

184. Ces règles et principes généraux sont inscrits dans le règlement (UE) nº 182/2011 [54]. Toutefois, celui-ci n'impose pas d'exigences procédurales contraignantes, car l'article 1er énonce que cette règle et ces principes généraux s'appliquent (uniquement) lorsqu'un acte juridiquement contraignant de l'Union exige que l'adoption d'actes d'exécution par la Commission soit soumise au contrôle des États membres.

185. Par conséquent, la Commission pouvait valablement s'autoriser, en vertu de l'article 15, paragraphe 3, de la décision 2011/278, à fixer le facteur de correction sans autre procédure de contrôle.

186. Étant donné que la fixation du facteur de correction visée à l'article 4 et à l'annexe II de la décision 2013/448 est une mesure d'exécution au sens de l'article 291 TFUE, il est également aisé de réfuter l'objection tirée d'un contournement de la procédure de réglementation avec contrôle.

187. En effet, l'article 10 bis, paragraphe 1, deuxième alinéa, de la directive 2003/87 n'exige cette procédure que pour l'adoption de mesures visant à modifier ou compléter des éléments non essentiels de la directive. Or, d'après les considérations qui précèdent, il ne s'agit précisément pas de cela.

188. L'examen des questions préjudicielles relatives au défaut d'application de la procédure de réglementation avec contrôle n'a donc révélé aucun élément de nature à remettre en cause la légalité de la fixation du facteur de correction en vertu de l'article 4 et l'annexe II de la décision 2013/448.

G – *La possibilité de saisir directement les juridictions de l'Union*

189. Par sa première question, le Raad van State (Conseil d'État) demande si les exploitants d'installations industrielles auxquelles les règles relatives à l'échange de quotas d'émission prévues par la directive 2003/87 s'appliquaient à partir de l'année 2013 auraient sans aucun doute pu demander au Tribunal, en vertu de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE, l'annulation du facteur de correction figurant dans la décision 2013/448.

53 — Voir également arrêt Commission/Parlement et Conseil, C-88/14, EU:C:2015:499, point 44.

54 — Règlement du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 établissant les règles et principes généraux relatifs aux modalités de contrôle par les États membres de l'exercice des compétences d'exécution par la Commission (JO L 55, p. 13).

190. Cette question fait référence à la jurisprudence constante selon laquelle la reconnaissance du droit d'une partie d'invoquer l'invalidité d'un acte de l'Union présuppose que celle-ci ne disposait pas du droit d'introduire, en vertu de l'article 263 TFUE, un recours direct contre ledit acte [55]. En effet, admettre qu'un justiciable, qui, sans aucun doute, aurait eu la qualité pour agir au sens de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE contre un acte de l'Union dans le cadre d'un recours en annulation, puisse, après le terme du délai de recours prévu à l'article 263, sixième alinéa, TFUE, contester, devant la juridiction nationale, la validité du même acte reviendrait à lui reconnaître la faculté de contourner le caractère définitif que revêt à son égard ledit acte après l'expiration des délais de recours [56].

191. C'est pourquoi la pertinence des questions déjà examinées portant sur la validité de la fixation du facteur de correction dans la décision 2013/448 serait douteuse si les entreprises requérantes dans les procédures au principal avaient pu saisir les juridictions de l'Union et qu'elles avaient eu avec certitude cette qualité pour agir. Je vais néanmoins montrer que ce n'est pas le cas.

192. Conformément à l'article 263, quatrième alinéa, TFUE, toute personne physique ou morale peut former, dans les conditions prévues aux premier et deuxième alinéas, un recours contre les actes dont elle est le destinataire (première hypothèse) ou qui la concernent directement et individuellement (deuxième hypothèse), ainsi que contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution (troisième hypothèse).

193. Il est exclu que la qualité pour agir des entreprises requérantes dans les procédures au principal repose sur la première ou la troisième hypothèse de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE. La décision 2013/448 est adressée non pas à elles, mais aux États membres, en application de l'article 5. En outre, le facteur de correction fixé à l'article 4 requiert des mesures d'exécution des États membres et, plus précisément, une adaptation de la quantité provisoire de quotas à allouer à titre gratuit.

194. Dès lors, les entreprises requérantes ne pourraient être habilitées à saisir les juridictions de l'Union d'un recours contre la décision 2013/448 que sur le fondement de la deuxième hypothèse de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE. Cela suppose que la décision les concerne directement et individuellement.

195. Les sujets autres que les destinataires d'une décision ne sauraient prétendre être individuellement concernés que si cette décision les atteint en raison de certaines qualités qui leur sont particulières ou d'une situation de fait qui les caractérise par rapport à toute autre personne et, de ce fait, les individualise d'une manière analogue à celle dont le destinataire d'une telle décision le serait [57].

196. Si le facteur de correction est susceptible de concerner n'importe qui, puisqu'il est également applicable aux installations nouvellement rattachées au système d'échange des droits d'émission, le fait qu'une disposition ait, par sa nature et sa portée, un caractère général en ce qu'elle s'applique aux opérateurs économiques intéressés en général n'exclut toutefois pas pour autant qu'elle puisse concerner individuellement certains d'entre eux [58].

55 — Arrêts TWD Textilwerke Deggendorf, C-188/92, EU:C:1994:90, point 23; Pringle, C-370/12, EU:C:2012:756, point 41, ainsi que Banco Privado Português et Massa Insolvente do Banco Privado Português, C-667/13, EU:C:2015:151, point 28.

56 — Arrêts TWD Textilwerke Deggendorf, C-188/92, EU:C:1994:90, points 18 et 24; Pringle, C-370/12, EU:C:2012:756, point 41, ainsi que Banco Privado Português et Massa Insolvente do Banco Privado Português, C-667/13, EU:C:2015:151, point 28.

57 — Arrêts Plaumann/Commission, 25/62, EU:C:1963:17, point 238; Sahlstedt e.a./Commission, C-362/06 P, EU:C:2009:243, point 26; Stichting Woonpunt e.a./Commission, C-132/12 P, EU:C:2014:100, point 57, ainsi que T & L Sugars et Sidul Açúcares/Commission, C-456/13 P, EU:C:2015:284, point 63.

58 — Arrêt Sahlstedt e.a./Commission, C-362/06 P, EU:C:2009:243, point 29.

197. Dans la présente espèce, il existe un cercle fermé de personnes concernées, à savoir les installations industrielles déjà existantes. Le nombre de quotas d'émission à leur allouer à titre gratuit a déjà été calculé et cette quantité provisoire est réduite en application du facteur de correction. En outre, l'article 4 de la directive 2003/87 prévoit que toutes les installations relevant du système d'échange ont besoin d'une autorisation pour émettre des gaz à effet de serre.

198. La jurisprudence relative à la question de savoir si les membres de ce cercle fermé sont individuellement concernés n'est toutefois pas claire.

199. La Cour a jugé, tout d'abord, que, lorsqu'une décision affecte un groupe de personnes qui étaient identifiées ou identifiables au moment où cet acte a été pris et en fonction de critères propres aux membres de ce groupe, ces personnes peuvent être individuellement concernées par cet acte en tant qu'elles font partie d'un cercle restreint d'opérateurs économiques [59]. Il peut en être notamment ainsi lorsque la décision modifie les droits acquis par le particulier *antérieurement à son adoption* [60].

200. Contrairement à ce que pense le gouvernement néerlandais, les propriétaires des installations concernées n'ont cependant pas acquis de droits d'émission avant la décision relative au facteur de correction, car le calcul préalable de quotas avait un caractère provisoire en vertu de l'article 10, paragraphe 2, et de l'article 15, paragraphe 2, sous e), de la décision 2011/278 [61]. Comme la Commission l'explique à juste titre, la détermination des droits des entreprises requiert tout d'abord la fixation du facteur de correction. Dans cette mesure, la présente situation se distingue notamment de l'arrêt Codorniu/Conseil qui portait sur une réglementation modifiant des droits de marque existants [62], ou de l'arrêt Commission/Infront WM, lequel portait sur des droits de retransmission télévisuels existants pour des événements sportifs [63].

201. Dès lors, la jurisprudence contraire doit être prise en considération. À cet égard, la Cour a jugé que la possibilité de déterminer, avec plus ou moins de précision, le nombre ou même l'identité des sujets de droits auxquels s'applique une mesure n'implique nullement que ces sujets doivent être considérés comme étant concernés individuellement par cette mesure lorsqu'il est constant que cette application s'effectue en vertu d'une situation objective de droit ou de fait définie dans l'acte en cause [64]. Le Tribunal l'interprète en ce sens que l'appartenance à ce cercle ne saurait individualiser la personne concernée dès lors que le cercle restreint résulte de la nature même du régime établi par la réglementation contestée [65].

202. C'est pourquoi la Cour a récemment écarté une affectation individuelle dans une affaire très similaire. Cette affaire concernait la fixation d'un coefficient d'attribution qui avait été appliqué à des demandes sur le marché du sucre, lesquelles avaient été introduites au cours d'une période donnée. Cela avait certes permis de circonscrire le cercle des demandeurs [66], mais le coefficient avait été calculé uniquement en fonction de la quantité disponible et de la quantité demandée, sans tenir compte du contenu des demandes individuelles ou de la situation spécifique des demandeurs [67].

59 — Ibidem, point 30.

60 — Arrêt Stichting Woonpunt e.a./Commission, C-132/12 P, EU:C:2014:100, point 59.

61 — Voir ci-dessus, point 163.

62 — Arrêt Codorniu/Conseil, C-309/89, EU:C:1994:197, points 21 et 22.

63 — Arrêt Commission/Infront WM, C-125/06 P, EU:C:2008:159, points 73 à 77.

64 — Arrêts Sahlstedt e.a./Commission, C-362/06 P, EU:C:2009:243, point 31; Stichting Woonpunt e.a./Commission, C-132/12 P, EU:C:2014:100, point 58, ainsi que T & L Sugars et Sidul Açúcares/Commission, C-456/13 P, EU:C:2015:284, point 64.

65 — Arrêt du Tribunal T & L Sugars et Sidul Açúcares/Commission, T-279/11, EU:T:2013:299, point 84.

66 — Ibidem, point 81.

67 — Arrêt T & L Sugars et Sidul Açúcares/Commission, C-456/13 P, EU:C:2015:284, points 65 et 66.

203. C'est précisément le cas en l'espèce: le facteur de correction est calculé sur la base des données transmises par les États membres concernant la demande reconnue des installations industrielles d'après les référentiels et le plafond imposé à l'industrie, sans tenir compte de la situation des installations individuelles. Il convient donc, en vertu de la jurisprudence de la Cour, d'exclure toute affectation individuelle en dépit du cercle restreint des opérateurs économiques. La qualité pour agir faisait donc défaut.

204. Indépendamment du point de savoir si la Cour est de cet avis, cette discussion montre qu'une éventuelle qualité pour agir devant les juridictions de l'Union n'aurait de toute façon pas existé avec certitude. Elle ne ferait donc pas obstacle aux questions relatives à la validité du facteur de correction.

205. Par conséquent, il convient de répondre à la première question préjudicielle posée dans l'affaire Dow Benelux que les exploitants d'installations auxquels les règles relatives à l'échange de quotas d'émission prévues par la directive 2003/87 s'appliquaient à partir de l'année 2013, à l'exception des exploitants d'installations visées à l'article 10 bis, paragraphe 3, de cette directive et des nouveaux entrants, n'auraient pas pu sans aucun doute demander au Tribunal, en application de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE, l'annulation de la décision 2013/448 en tant qu'elle détermine le facteur de correction.

H – *Les conséquences de l'illégalité de la décision 2013/448*

206. Par sa septième question préjudicielle, le Landesverwaltungsgericht Niederösterreich (chambre administrative indépendante) souhaite savoir si la constatation de l'invalidité du facteur de correction exclut son application. Il faut donc déterminer si, en cas d'annulation du facteur de correction par la Cour, les installations bénéficieront de la quantité provisoire de quotas alloués à titre gratuit sans aucune réduction.

207. Cette question se pose car j'ai fait remarquer ci-dessus que l'article 4 et l'annexe II de la décision 2013/448 sont invalides. Un arrêt de la Cour rendu dans ce sens aurait un effet rétroactif, à l'instar d'un arrêt d'annulation [68]. En outre, la constatation de l'invalidité d'un acte constituerait une raison suffisante pour tout autre juge national de considérer également cet acte comme non valide pour les besoins des mesures qu'il doit adopter [69].

208. L'on pourrait dès lors considérer que l'annulation du facteur de correction oblige à verser une allocation définitive non réduite à hauteur du calcul provisoire. Cela reviendrait à octroyer aux installations entre 6 et 10 % respectivement de quotas supplémentaires à titre gratuit par an, au titre des années 2013 à 2015. L'on ne doit pas exclure que cette allocation supplémentaire requière, tout au moins pour le passé, une augmentation corrélative globale de la quantité totale de quotas, car les quotas non alloués à titre gratuit avaient probablement déjà été mis aux enchères. Au cours des années suivantes, la quantité de quotas à titre gratuit supplémentaires serait encore plus importante, mais ceux-ci pourraient être déduits des quotas mis aux enchères.

209. De telles allocations supplémentaires à titre gratuit seraient manifestement inappropriées. En effet, d'après la réponse aux demandes de décision préjudicielle proposée ici, l'allocation à titre gratuit était non pas trop basse, mais trop haute [70].

68 — Arrêts Roquette Frères, C-228/92, EU:C:1994:168, point 17, ainsi que CELF et ministre de la Culture et de la Communication, C-199/06, EU:C:2008:79, points 61 et 63.

69 — Arrêt International Chemical Corporation, 66/80, EU:C:1981:102, point 13, ainsi qu'ordonnance Fratelli Martini et Cargill, C-421/06, EU:C:2007:662, point 54.

70 — Voir ci-dessus, points 110 et suiv.

210. Le gouvernement allemand oppose par ailleurs à cette analyse des conséquences de l'invalidité du facteur de correction que la fixation du facteur de correction est la condition d'une allocation finale. Dans ce cas, son annulation remettrait en question la base juridique des allocations finales antérieures et ferait obstacle à de futures allocations finales. Cela pourrait nuire gravement au fonctionnement du système.

211. Or, en définitive, l'incidence de l'absence d'un facteur de correction ne saurait être déterminante. En effet, il convient de rappeler que, lorsque la Cour constate, dans le cadre d'une procédure initiée en vertu de l'article 267 TFUE, l'invalidité d'un acte adopté par une autorité de l'Union, les institutions compétentes de l'Union doivent prendre les mesures nécessaires pour remédier à l'illégalité constatée, l'obligation établie à l'article 266 TFUE en cas d'arrêt d'annulation s'appliquant en pareil cas par analogie [71].

212. L'annulation du facteur de correction aurait dès lors un caractère temporaire. La Commission devrait le réviser rapidement à la lumière de la décision relative aux présentes demandes de décision préjudicielle.

213. Pour éviter toute insécurité juridique jusqu'à la décision de la Commission, la Cour devrait donc d'ores et déjà adopter – comme la Commission l'a demandé à titre subsidiaire – une réglementation transitoire en même temps que l'annulation du facteur de correction. En effet, lorsque des considérations impérieuses de sécurité juridique le justifient, la Cour bénéficie, en vertu de l'article 264, second alinéa, TFUE, applicable, par analogie, également dans le cadre d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité des actes pris par les institutions de l'Union, au titre de l'article 267 TFUE, d'un pouvoir d'appréciation pour indiquer, dans chaque cas particulier, ceux des effets de l'acte concerné qui doivent être considérés comme définitifs [72].

214. Par conséquent, il y a lieu de maintenir les effets du facteur de correction actuel, tout au moins jusqu'à sa révision.

215. En outre, la Cour devrait également complètement exclure que soient modifiées, sur la base du nouveau facteur de correction, des allocations qui avaient déjà été effectuées et qui doivent l'être encore avant la révision du facteur de correction.

216. Une telle limitation des effets de l'arrêt est possible lorsque, d'une part, il existe un risque de répercussions économiques graves dues en particulier au nombre élevé de rapports juridiques constitués de bonne foi sur la base de la réglementation considérée comme étant validement en vigueur et que, d'autre part, il apparaît que les particuliers et les autorités nationales avaient été incités à un comportement non conforme à la réglementation de l'Union en raison d'une incertitude objective et importante quant à la portée des dispositions de l'Union, incertitude à laquelle avaient éventuellement contribué les comportements mêmes adoptés par d'autres États membres ou par la Commission [73].

217. Ces conditions sont remplies en l'espèce. En effet, une *diminution* rétroactive violerait la confiance légitime d'un grand nombre d'exploitants d'installations dans le maintien de l'allocation finale. En outre, pour la période comprise entre l'arrêt de la Cour et l'adoption d'un nouveau facteur de correction, ils seraient exposés à un risque financier qui ne leur est pas imputable si les futures allocations à titre gratuit étaient émises sous réserve de diminutions.

71 — Arrêts FIAMM e.a./Conseil et Commission, C-120/06 P et C-121/06 P, EU:C:2008:476, point 123, ainsi que Régie Networks, C-333/07, EU:C:2008:764, point 124.

72 — Arrêts Parlement/Conseil, C-22/96, EU:C:1998:258, point 42, et Régie Networks, C-333/07, EU:C:2008:764, point 121.

73 — Arrêts Bidar, C-209/03, EU:C:2005:169, point 69, et Richards, C-423/04, EU:C:2006:256, point 42.

218. Cependant, si la Cour limite, sous cette forme, l'application dans le temps du facteur de correction calculé de manière exacte, la Commission devrait le fixer aussi vite que possible. La Cour devrait donc lui impartir un délai. Une année semble, dans cette mesure, appropriée.

V – Conclusion

219. Par conséquent, je suggère à la Cour de se prononcer comme suit:

1) Les affaires C-191/14 et C-192/14, C-295/14 ainsi que C-389/14, C-391/14 à C-393/14 sont jointes aux fins du présent arrêt.

2) Les exploitants d'installations auxquels les règles prévues 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, dans la version du traité d'adhésion de la Croatie, s'appliquaient à partir de l'année 2013, à l'exception des exploitants d'installations visées à l'article 10 bis, paragraphe 3, de cette directive et des nouveaux entrants, n'auraient pas pu demander sans aucun doute au Tribunal de l'Union européenne, en application de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE, l'annulation 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 en tant qu'elle détermine le facteur de correction uniforme transsectoriel.

3) L'article 4 et l'annexe II de la décision 2013/448 sont annulés.

4) Les effets de l'article 4 et de l'annexe II de la décision 2013/448 sont maintenus jusqu'à ce que la Commission européenne adopte, dans un délai raisonnable ne pouvant excéder un an, une nouvelle décision au titre de l'article 10 bis, paragraphe 5, de la directive 2003/87 et de l'article 15, paragraphe 3, de 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 du Parlement européen et du Conseil. L'application de cette nouvelle décision aux allocations antérieures à son adoption est exclue.